

GEORGE IBRAHIM FARATH

UM ENSAIO SOBRE A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Tese de Doutorado em Direito Civil

Orientador: Professor Doutor Alcides Tomasetti Jr.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

GEORGE IBRAHIM FARATH

UM ENSAIO SOBRE A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

Tese depositada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Alcides Tomasetti Jr.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Banca Examinadora

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	p. 001
CAPÍTULO I - A FENOMENOLOGIA DA JURIDICIZAÇÃO	p. 003
I.1. A juridicização	p. 003
I.2. Mundo total, mundo dos pensamentos, mundo jurídico	p. 003
I.3. Norma jurídica	p. 005
I.4. Suporte fático	p. 006
I.5. Incidência jurídica	p. 007
I.6. Subsunção, linguagem e autoridade	p. 008
CAPÍTULO II - OS FATOS JURÍDICOS E SUA CLASSIFICAÇÃO	p. 012
II.1. Elementos nucleares do suporte fático. A contrariedade a direito	p. 012
II.2. Fatos jurídicos em sentido estrito	p. 014
II.3. Atos-fatos jurídicos	p. 015
II.4. Atos jurídicos em sentido amplo	p. 017
II.4.1. Atos jurídicos caracterizados pela contrariedade a direito	p. 017
II.4.2. Atos jurídicos <i>em abstrato</i> permitidos pelo ordenamento	p. 018
II.4.2.1. Negócios jurídicos	p. 018
II.4.2.2. Atos jurídicos em sentido estrito	p. 020
II.4.2.3. Contrariedade a direito. Sanções invalidantes	p. 020
II.4.2.4. Contrariedade a direito. Sanções ineficacizantes	p. 023
II.5. Síntese sobre a classificação dos fatos jurídicos	p. 025
CAPÍTULO III - A EFICÁCIA JURÍDICA	p. 026
III.1. As situações jurídicas básicas	p. 028
III.2. As situações jurídicas unissubjetivas	p. 029
III.3. As situações jurídicas complexas ou intersubjetivas unilaterais	p. 030
III.4. Outras situações jurídicas?	p. 030
CAPÍTULO IV - A RELAÇÃO JURÍDICA (I) - Direitos e deveres; pretensões e obrigações; direitos formativos e expectativos	p. 033
IV.1. Direitos subjetivos e assubjetivados	p. 033
IV.2. Direitos e deveres a uma prestação. Pretensões e obrigações	p. 035
IV.2.1. Exigibilidade e adimplibilidade	p. 039

IV.3	Poderes jurídicos. Direitos formativos e expectativos	p. 040
IV.4	Direitos conexos a poderes jurídicos. Deveres de abstenção	p. 044
IV.5	Direitos conexos a poderes jurídicos. Direito e pretensão à prática do ato constitutivo, modificativo, ou extintivo	p. 047
CAPÍTULO V - FATOS ILÍCITOS E RELAÇÃO JURÍDICA - Fatos ilícitos absolutos e relativos. Eficácia dos fatos ilícitos		p. 049
V.1	Fatos ilícitos absolutos	p. 053
V.1.1	Fatos ilícitos absolutos indenizativos	p. 055
V.1.2	Fatos Ilícitos absolutos dependentes e independentes	p. 057
V.1.3	Fatos ilícitos absolutos e outros deveres de prestar	p. 064
V.1.4	Fatos ilícitos absolutos caducificantes	p. 066
V.2	Fatos ilícitos relativos	p. 068
V.2.1	Violação de pretensão e surgimento da ação de direito material	p. 073
V.3	Ilícitos invalidantes e ilícitos absolutos caducificantes	p. 074
V.4	Eficácia dos ilícitos e ação de direito material. Síntese	p. 077
CAPÍTULO VI - A RELAÇÃO JURÍDICA (II) - Pretensão e ação de direito material		p. 079
VI.1.	Exigibilidade e cumprimento da prestação	p. 082
VI.2	A ação de direito material, “parte da pretensão”?	p. 087
CAPÍTULO VII - AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E PRETENSÃO À TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO		p. 098
VII.1	Natureza e conteúdo da ação de direito material	p. 099
VII.2	Pretensão à tutela jurisdicional da ação	p. 104
VII.3	Ações declarativas	p. 110
VII.4	Ações constitutivas	p. 115
VII.5	Ações de direito material dependentes de execução	p. 117
VII.5.1	Pretensão à tutela jurisdicional condenatória	p. 121
VII.6	Pretensão à tutela jurisdicional mandamental - breves notas	p. 124
CAPÍTULO VIII - OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS		p. 125
RESUMO		p. 127
RIASSUNTO		p. 128
RÉSUMÉ		p. 129
BIBLIOGRAFIA		p. 130

INTRODUÇÃO

A presente tese trata de tema atinente à Teoria Geral do Direito, mais precisamente à *teoria geral da relação jurídica*, analisando a ação de direito material.

A ação de direito material pode ser definida, estipulativamente, como o poder jurídico surgido a partir de um fato ilícito (mais frequentemente, a partir da violação de um direito). É neste sentido, aliás, que o art. 189 do Código Civil, referindo-se apenas à violação de um direito, emprega o termo *pretensão*.

Motivou-nos a escrever esta tese a percepção de que o monopólio estatal da justiça provocou mudanças no conteúdo da ação de direito material, já não sendo possível cogitar, v[er], de ações de direito material condenatórias, executivas ou mandamentais, seja por que algumas destas formas de tutela (condenatória e mandamental) não servem a realizar diretamente a ação de direito material (premiando, todavia, para o cumprimento da pretensão de direito material violada), seja, principalmente, porque *os poderes necessários à realização da ação de direito material muitas vezes já não se compreendem na ação mesma*.

Assim, embora a presente tese tenha como grande referencial teórico o sistema desenvolvido por F. C. PONTES DE MIRANDA (quem melhor tratou do tema entre nós), e embora consideremos a ação de direito material uma posição jurídica ineliminável do ordenamento, nossa percepção acabou determinando mudanças significativas no que tange à compreensão das ações de direito material, seja no que diz respeito ao conteúdo destas, seja ainda na necessária concepção de uma *outra posição jurídica*, uma pretensão conexa à ação de direito material e que tem por objeto os atos necessários à realização desta.

Versando sobre uma específica *posição jurídica*, a ação de direito material, será necessário à tese estabelecer: (i) sua existência (ou subsistência, nos ordenamentos modernos); (ii) sua natureza jurídica; (iii) o respectivo sujeito passivo; (iv) seu conteúdo; (v) sua eficácia; e (vi) a dinâmica entre a ação de direito material e as demais posições jurídicas predispostas, pelo ordenamento, para o exercício e a realização daquela ação.

Para tanto, dividimos a tese em oito capítulos, o primeiro tratando da juridicização, o segundo dos fatos jurídicos (em sentido amplo), o terceiro da eficácia jurídica em geral, o quarto das relações jurídicas (mais precisamente, dos direitos a uma prestação e dos poderes jurídicos), o quinto do surgimento e eficácia dos fatos ilícitos (em sentido amplo), o sexto da relação entre a pretensão de direito material e a ação de direito material e o sétimo da conexão entre a ação de direito material e a pretensão à tutela jurídica da ação; por fim, o oitavo traz uma breve síntese das principais conclusões da tese.

CAPÍTULO I

A FENOMENOLOGIA DA JURIDICIZAÇÃO

A ação de direito material é uma espécie de *posição jurídica* e, como tal, consiste em *eficácia de fato jurídico*. E o fato jurídico consiste, ele próprio, em efeito da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático concreto.

Há, portanto, figuras logicamente anteriores à ação de direito material (*norma jurídica, suporte fático, incidência, fato jurídico*), e que devem assim ser expostas com precedência. São figuras fundamentais, porque atinentes a toda a experiência jurídica, e a toda a dogmática jurídica (não a um, ou a alguns ramos específicos), sendo os conceitos que as descrevem, assim, *conceitos fundamentais* do Direito e da Ciência do Direito¹.

I.1 A juridicização

F. C. PONTES DE MIRANDA considera que “os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos*”², de maneira que, quando se compõem, no *mundo* (total), os elementos previstos no *suporte fático abstrato* de alguma *norma jurídica*, esta *incide* infalivelmente sobre aqueles elementos (o *suporte fático concreto*) juridicizando-os, isto é, tornando-os *atos jurídicos*, a partir dos quais se irradia a *eficácia jurídica*.

I.2 Mundo total, mundo dos pensamentos, mundo jurídico

O *mundo* é composto pela totalidade dos fatos e o *mundo jurídico* pela totalidade dos fatos jurídicos. Assim, o mundo jurídico é parte do mundo total, distinguindo-se, dentro neste, como o subconjunto formado pela totalidade dos fatos jurídicos³. Em se

¹ Nesta tese, por razões de tema e de espaço, não abordaremos senão os *aspectos principais* destas figuras, ou alguns destes aspectos principais, mais relevantes para o objeto de estudo. Sobre os *conceitos fundamentais*, cf. L. VILANOVA. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, Cap. VIII, n. 7, p. 238-240.

² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, Prefácio, p. IX.

³ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 2, n. 1, p. 5.

tratando de um subconjunto, é necessário verificar como o mundo jurídico interage com o mundo total e, portanto, com os entes que estão fora do mundo jurídico.

Na concepção ponteana, o mundo jurídico pertence ao “mundo dos pensamentos”⁴, sendo este, também, “parte do mundo total”⁵. Portanto, o mundo total não se reduz apenas às realidades físicas.

O mundo dos pensamentos, contudo, não é o mundo interior, da psique e dos processos psicológicos de determinado ou determinados sujeitos⁶. Ao contrário, o mundo dos pensamentos é, numa concepção derivada de G. FREGE, o mundo do *conteúdo objetivo* dos pensamentos, das ideias em si e por si consideradas, que podem ser partilhadas intersubjetivamente, e que são verdadeiras ou falsas independentemente de serem pensadas⁷.

Por considerar o mundo jurídico como parte do mundo dos pensamentos, no sentido ora exposto, é possível a F. C. PONTES DE MIRANDA tratar o sistema jurídico como um sistema lógico (cf. seção I.1, *supra*), em que a incidência surge como um processo infalível (cf. seção I.5, *infra*).

É pela incidência que o mundo jurídico, por suas normas, se relaciona com os entes do mundo total, sendo possível ver, em suas diversas consequências no mundo, a incidência da norma jurídica⁸.

Todavia, para se tratar da incidência, é necessário examinar, ainda que brevemente, a estrutura da norma jurídica, bem assim os suportes fáticos abstrato e concreto.

⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 5, n. 1, p.16, *passim*.

⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 2, n. 3, p. 7.

⁶ Cf. A. SOARES DA COSTA. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, Cap. I, n. 3, p. 46.

⁷ Cf. A. SOARES DA COSTA. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, Cap. I, n. 4, p. 48-53. esp. p. 49 e 51. Cf. também P. H. PEDROSA NOGUEIRA. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Jus Podium, 2008, Cap. II, n. 3.1.1, p. 37-40. Como sustenta G. FREGE, “o pensamento entende não o ato subjetivo de pensar, mas o seu *conteúdo objetivo*” (apud K. POPPER. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. São Paulo: Itatiaia/EDUSP, 1975, p. 111).

⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 2, n. 3, p. 7

I.3 Norma jurídica

A *norma jurídica* consiste numa proposição em que se descreve, abstratamente, determinado suporte fático, e se estatuem determinados efeitos jurídicos para a hipótese de sua realização. Esta é a estrutura mínima da norma jurídica⁹.

Tendo em vista o fenômeno da juridicização (seção I.1 *supra*), deve-se observar que os efeitos jurídicos não são atribuídos diretamente ao suporte fático verificado no mundo (= suporte fático concreto), mas sim ao fato jurídico, que resulta da incidência da norma sobre o suporte fático concreto¹⁰.

Trata-se, aqui, de uma concepção *não-sancionista*, esclarecendo-se que as concepções sancionistas exigem, para a completude da norma, uma estrutura dúplice, em que a norma primária descreve determinado suporte fático, e estatui os respectivos efeitos jurídicos, e a norma secundária fixa a sanção para a hipótese de descumprimento do preceito fixado pela norma primária¹¹.

Assim, a sanção não é indispensável para a norma jurídica, embora a existência de normas sancionadoras seja fundamental para o ordenamento. E, como se verá, a ação de direito material consiste na subjetivação, na esfera jurídica do titular, da sanção (*rectius*, de certa espécie de sanção) fixada, pela norma secundária, para a violação da respectiva norma primária.

Quanto à incidência, a norma pode ser: (a) *juridicizante*, que é a espécie mais frequente de norma, e de incomensurável importância, porque permite que se componha, pela incidência, o mundo jurídico; (b) *desjuridicizante*, incidindo sobre *fato jurídico* justamente para excluí-lo do mundo jurídico¹²; ou (c) *pré-juridicizante*, que seria melhor

⁹ Sobre a estrutura da norma jurídica, cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico - plano da essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 9º, n. 1, p. 50; *idem, ibidem*, § 10, n. 1, p. 62.

¹⁰ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico - plano da essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 9º, n. 1, p. 50.

¹¹ Sobre as concepções sancionistas e não-sancionistas, cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico - plano da essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 10, n. 2, pp. 62-68; *idem, ibidem*, § 11, pp. 68-72.

¹² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 10, n. 5, p. 28.

chamar de *precludente de juridicidade*, que incide sobre determinado suporte fático stamente “para l e edar entrar no m ndo r dico”¹³, porque considera determinado conjunto de elementos *insuficiente* à formação de determinado fato jurídico.

I.4 Suporte fático

Na concepção ponteano, a expressão *suporte fático* tem dois significados distintos: (i) o *suporte fático abstrato*, previsto pela norma jurídica; e (ii) o *suporte fático concreto*, que ocorre no mundo total, ensejando, então, a incidência da norma jurídica¹⁴.

O *suporte fático concreto* é, em princípio ao menos, realidade pré-jurídica, porque anterior à incidência da norma, enquanto o *fato jurídico* já é realidade jurídica, pertencente portanto ao *mundo jurídico*.

Em princípio, note-se, porque os mais variados fatos do mundo (total) podem figurar como elementos do suporte fático (abstrato) previsto pelas normas jurídicas. Destarte, sendo o mundo jurídico parte do mundo total, também determinados fatos jurídicos podem ser, como tais (isto é, como fatos jurídicos), previstos pelo suporte fático abstrato de outras normas jurídicas e, verificando-se, ensejar a incidência destas últimas¹⁵.

Também os *efeitos jurídicos* (isto é, efeitos de fatos jurídicos) podem ser elemento de suporte fático abstrato. Como observa M. BERNARDES DE MELLO, basta que *existam* o fato ou o efeito jurídico previsto pelo suporte fático abstrato da norma¹⁶, ainda que esta existência ocorra apenas no “m ndo dos pensamentos” c seção *supra*). Este ponto é de extrema importância, pois permite tratar da *eficácia* das diversas posições jurídicas surgidas.

¹³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 10, n. 6, p. 28.

¹⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 1, n. 3, p. 4.

¹⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 13, n. 4, p. 34-35.

¹⁶ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 12, n. 4.7, p. 80.

O *suporte fático concreto* pode se revelar *insuficiente*, por conter menos elementos que os previstos pela norma jurídica considerada, que assim deixa de incidir; ou *suficiente*, por conter todos os elementos previstos no suporte fático abstrato, ensejando, portanto, a incidência da respectiva norma. Pode ainda revelar-se *suficiente e excessivo*¹⁷, por conter mais elementos que os previstos no suporte fático abstrato, quando então a norma incidirá, *apenas*, sobre os elementos abstratamente previstos (isto é, incidirá, apenas, sobre parte do suporte fático), tornando-os fato jurídico¹⁸.

Observe-se por fim que um mesmo e único fato do mundo, com sua específica determinação espaço-temporal, pode provocar a incidência de diversas normas jurídicas, ensejando assim o surgimento de diversos fatos jurídicos. F. C. PONTES DE MIRANDA exemplifica com a morte de uma pessoa, ao mesmo tempo suporte fático da norma que determina a abertura da respectiva sucessão, e de diversas outras normas que determinam a extinção de relações jurídicas de que o falecido fosse parte (ensejando assim, *vide*, a vacância dos cargos antes ocupados pelo *de cujus*, a extinção de uma relação de emprego, ou mesmo de uma sociedade de pessoas, de que o *de cujus* fosse sócio)¹⁹.

I.5 Incidência jurídica

Para F. C. PONTES DE MIRANDA, a incidência é *inãlvel*. Eventual falibilidade da incidência tornaria *aliquo* o sistema jurídico²⁰. Reportando-se a E. I. BEKKER, o autor considera “ser o direito o etí o a re ra r dica e incide esp cie do *genus* realidade espiritual, com os seus press postos e as suas consequências e ic cia, isto, ser al o a tonomamente e iciente ein sel st ndi ir endes t as”²¹.

Como “realidade espiritual”, a incidência da norma jurídica ocorre no mundo dos pensamentos que, como visto, é o mundo do *conteúdo objetivo* dos pensamentos, das ideias

¹⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 23, n. 3, p. 77.

¹⁸ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 13, p. 101.

¹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 2, n. 2, p. 06.

²⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 1, n. 3, p. 04.

²¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 2, n. 3, p. 07.

em si e por si consideradas, que podem ser partilhadas intersubjetivamente, e que são verdadeiras ou falsas independentemente de serem pensadas (cf. seção I.2 *supra*).

Portanto, na concepção ponteana, a incidência da norma não depende do ato de qualquer sujeito (nem mesmo do juiz, ou de outro aplicador do direito). Falível, porque dependente da ação humana, pode ser apenas a *aplicação* da norma jurídica, quando esta aplicação não traduzir a incidência *j*ocorrida.

Observe-se, ao ensejo, que a incidência nada tem com a licitude ou ilicitude dos fatos, mesmo porque licitude e ilicitude são qualificativos já pertencentes ao mundo jurídico, *supondo* portanto a prévia incidência da norma e o conseqüente surgimento de determinado fato jurídico.

A incidência (trata-se aqui da incidência das normas juridicizantes) diz respeito à relevância, para o Direito, de determinados elementos de fato (*suporte fático concreto*), não com o valor ou desvalor destes elementos.

A incidência consiste em uma primeira espécie de eficácia, a *eficácia nomológica*, isto é, eficácia da norma jurídica, que é a de incidir, sendo efeito da incidência o fato jurídico²². E, por esta via, chega-se à característica comum a todos os fatos jurídicos (em sentido amplo): fato jurídico é efeito da incidência de norma jurídica, mais precisamente, da incidência de norma jurídica juridicizante.

Antes, porém, de se aprofundar a análise dos fatos jurídicos, necessário mencionar uma fundamental divergência existente acerca do processo de juridicização, pela possível relevância desta controvérsia para a própria concepção das relações e posições jurídicas (e, entre estas, da ação de direito material).

I.6 Subsunção, linguagem e autoridade

Na concepção ponteana, a incidência não supõe nenhum processo psicológico (por exemplo, do eventual aplicador das normas jurídicas), nem para a interpretação das

²² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 5, n. 2, p. 17.

normas, nem para a interpretação dos eventos verificados no mundo (e possivelmente relevantes para a incidência normativa), nem para a redução, em linguagem, destes diversos eventos.

O significado da norma e dos diversos eventos é um significado *social* (socialmente compartilhado) e objetivo, que assim não precisaria ser versado em linguagem por determinado sujeito.

Como observa A. SOARES DA COSTA, “A norma jurídica é a significação socialmente aceita, vivida e aplicada: é socialmente um *dado*, um *estar*□□ uma vivência intencional”²³: O mesmo autor prossegue, afirmando que

Se uma pessoa para o carro quando o sinal está vermelho, atende à norma jurídica que determina ser esta a conduta devida; se o ultrapassa, sua conduta é ilícita. Há uma significação social, meta-individual, no comportamento dessa pessoa: pouco importa que saibamos que tenha ocorrido, ou que tenha sido na calada da noite. A significação é objetiva, e adjetiva esse fato como jurídico pela causalidade da incidência normativa²⁴.

Esta concepção, contudo, dista de ser predominante; a doutrina em geral ressalta a necessidade de intervenção humana para a subsunção, seja para a interpretação da norma e dos eventos do mundo, seja para a redução destes em linguagem. Assim, por exemplo, observa K. LARENZ que

No entanto, no silogismo que serve de base à aplicação do Direito não se subsumem conceitos mais restritivos a outros mais extensos, mas, pelo menos assim parece, factos à previsão configurada na lei. Vendo bem, não são os factos que são subsumidos como seria isso possível? mas *enunciados* sobre uma situação de facto, ocorrida como tal. A situação de facto como enunciado, tal como aparece na premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica e também no silogismo de subsunção, tem que ser distinguida da situação de facto enquanto fenómeno da vida, a que se refere tal enunciado. A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenómeno da

²³ A. SOARES DA COSTA. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, Cap. I, n. 5, p. 55.

²⁴ A. SOARES DA COSTA. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, Cap. I, n. 5, p. 55.

vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse enunciado, tem que ser antes julgada [interpretada] a situação de facto enunciada, quer dizer, o fenômeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas. É nesse processo de julgamento (...) que reside, na verdade, o ponto fulcral da aplicação da lei²⁵.

Para K. LARENZ, portanto, não é possível conceber-se incidência como um processo lógico e infalível, sendo necessário um juízo humano para reduzir o fato em linguagem (produzir enunciados de fato) e, se é o caso, subsumir estes enunciados à norma. Por esta via surge, também, o problema do sujeito competente para a aplicação das normas que, a nosso ver, não poderá jamais ser reduzido à autoridade pública (juiz, ou autoridade administrativa), ou reconhecida pelo poder público (v[er]o, árbitro), uma vez que diversas relações jurídicas surgem e se extinguem sem qualquer intervenção destas autoridades. Para um exemplo comezinho, basta recordar as diversas compras e vendas que surgem, cumprem-se e se extinguem sem qualquer necessidade de intervenção externa aos contraentes.

Na concepção ponteana, não há aqui qualquer obstáculo insuperável à concepção da incidência jurídica, à medida em que se admite que as normas jurídicas, e os diversos eventos do mundo (possivelmente relevantes para o Direito), têm suas significações *socialmente* determinadas, e portanto independentes seja da interpretação de qualquer sujeito cognoscente (o aplicador do direito, ou qualquer outro), seja de sua redução a linguagem. Esta, como referido, não é a concepção prevalecente.

É necessário portanto indagar se, e como, as diversas concepções acerca da juridicização podem afetar a estruturação do Direito em termos de relações e posições jurídicas, refletindo-se, assim, também no objeto deste tese (a ação de direito material, que, como referido, é uma posição jurídica).

A nosso ver, as diversas concepções apresentadas não mudam a natureza nem a relevância das relações e posições jurídicas, seja para o Direito positivo, seja para a Ciência do Direito.

²⁵ K. LARENZ. *Metodologia da Incidência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997, Parte II, Cap. II, n.º 1, “c”, p. 10

Por primeiro, há a questão das diversas relações *jurídicas* que surgem e se extinguem sem qualquer intervenção das autoridades instituídas, o que é possível justamente pelo significado social das respectivas normas, eventos do mundo e fatos jurídicos.

Em segundo lugar, ainda quando se afirme a necessidade de interpretação e tradução dos eventos em linguagem, (ainda mais, de interpretação e decisão pela autoridade competente), tem-se que *o resultado desta interpretação qualificar os eventos do mundo desde sua ocorrência, ou melhor, desde quando se admita haverem ocorrido*. Por exemplo, não se considera inadimplido o contrato apenas no momento em que a sentença, considerando haver inadimplemento, determina a resolução do contrato, mas sim desde um momento *anterior*, sobre o qual se volta o juiz (ou outra autoridade), interpretando.

Portanto, ainda que se reduza a juridicização à aplicação da norma, verifica-se que, para além dos efeitos jurídicos, que podem ou não retroagir (a resolução, por exemplo, tem eficácia *e tunc*, mas podia tratar-se de resilição, que tem eficácia *e nunc*), *retroage a própria qualificação dada, pela autoridade competente, aos diversos eventos do mundo* (já então juridicizados).

E, nesta retroação, verifica-se ser possível e necessário estruturar os efeitos jurídicos em termos de posições e relações jurídicas. Afinal, por quê podia o contraente exigir o cumprimento de determinada prestação? E por quê podia, com o inadimplemento, agir para que o contrato fosse resolvido, inclusive exigindo, da autoridade judicial, as providências necessárias para tanto?

Portanto, por mais que se aponte a necessidade de linguagem (e de intervenção da autoridade competente) para a juridicização, o que poderá variar é a existência (ou não) e o momento da incidência, permanecendo contudo a estruturação do Direito, e da Ciência do Direito, em termos de relações e posições jurídicas, que serão estudadas a partir do Capítulo III.

CAPÍTULO II

OS FATOS JURÍDICOS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Conquanto os fatos jurídicos sejam efeitos da incidência das normas jurídicas, são os fatos jurídicos que compõem o mundo jurídico²⁶, entrando portanto, neste mundo, no *plano da existência*.

A existência não admite gradações. Fato juridicamente inexistente é fato fora do mundo jurídico, ainda que tenha *aparência* de fato jurídico (verbo, “contrato” em e se falsificou a assinatura de um dos contraentes, “sentença” em e se alsi ico a assinat ra do juiz), eventualmente servindo de suporte fático à incidência de outras normas jurídicas, distintas daquela considerada (verbo, norma penal definidora dos crimes de falsidade material).

Se o suporte fático é *suficiente*, incidiu a norma, produzindo o fato jurídico (cogitase, aqui, de norma juridicizante). Se o suporte fático é *insuficiente*, porque não ocorreram todos os elementos previstos em abstrato pela norma, não há incidência²⁷, nem fato jurídico. *Fato jurídico é fato juridicamente existente*.

II.1 Elementos nucleares do suporte fático. A contrariedade a direito

Os elementos mínimos necessários à *existência* de um fato jurídico (não já à sua validade ou eficácia) são os *elementos nucleares*, dentre os quais um, ao menos, determinará a respectiva classe em que se enquadra o fato jurídico. Trata-se do *elemento cerne*²⁸ do núcleo.

A classificação dos fatos jurídicos, portanto, é atinente ao *plano da existência*. Determinado fato jurídico, ao ganhar existência, entra o mundo jurídico pertencendo a uma

²⁶ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 2, n. 1, p. 05-06.

²⁷ Certamente, não há incidência de *norma juridicizante*. Pode haver, contudo, a incidência de *norma precludente de juridicidade*, a que se referiu no Capítulo I, seção I.4, *supra*.

²⁸ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 12, n. 6.1, p. 85 ss.

ou outra classe de fatos jurídicos: ou se trata de fato jurídico em sentido estrito, ou de ato-fato jurídico, ou de ato jurídico em sentido estrito, ou de negócio jurídico.

Assim, nas seções seguintes, não serão apresentados todos os elementos nucleares, necessários à existência de determinado ou determinados fatos jurídicos (em sentido amplo), mas, em princípio, apenas aqueles *elementos-kerne*, determinantes para a identificação da classe em que se insere determinado fato jurídico.

Todavia, pela sua importância na classificação dos fatos jurídicos, será destacada a conformidade ou contrariedade a direito²⁹, que funciona como elemento *completante do núcleo* (sendo, portanto, também elemento necessário à existência) de diversas categorias de fatos jurídicos, notadamente para os *atos jurídicos em sentido estrito-ilícitos*, os *atos jurídicos ilícitos* e os *atos jurídicos ilícitos*, absolutos ou relativos.

M. BERNARDES DE MELLO considera a conformidade ou contrariedade a direito como elemento-kerne, e não apenas como elemento completante do núcleo³⁰. Uma vez que a falta de qualquer elemento nuclear (kerne ou completante) torna insuficiente o suporte fático, impedindo a incidência da norma³¹, a questão é, sobretudo, de classificação.

Preferimos considerar elemento-kerne aquele necessário e suficiente para determinar a classe do fato jurídico (fato jurídico em sentido estrito, ato-fato jurídico, ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico), independentemente de ser lícito ou ilícito, tratando a contrariedade a direito, *quanto relevante para o plano da existência* (o que nem sempre ocorre), como elemento completante do núcleo.

Ademais, uma vez que a licitude ou ilicitude são qualificações atribuídas, pela norma incidente, aos fatos jurídicos (cf. Capítulo I, seção I.5, *supra*), preferimos utilizar, no trato dos diversos portes fáticos, a expressão “contrariedade a direito”, para designar uma realidade em princípio pré-jurídica (cf. Capítulo I, seção I.4, *supra*) consistente na

²⁹ o re o empre o da e pressão “contrariedade a direito”, ao in s de “ilicite de”, mais tradicional, c M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 30, n. 2, p. 160, nota n. 148.

³⁰ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 12, n. 6.1, p. 87.

³¹ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 12, n. 6.1, p. 87.

violação, *de facto*, a determinada norma jurídica. De ordinário, esta violação determinará o surgimento de um fato jurídico ilícito, embora possa haver a incidência de *norma proclaudente de ilicitude*, como ocorre com os atos praticados em legítima defesa, ou em estado de necessidade.

A ilicitude constitui tema de grande importância para a presente tese. Como já se observou *supra* (cf. Capítulo I, seção I. 3), a ação de direito material consiste na subjetivação da sanção (melhor, de certa espécie de sanção) fixada, pela norma secundária, para a violação de determinada norma primária. A ação de direito material supõe assim, para seu surgimento, a contrariedade a direito, e portanto o fato ilícito.

Feitas estas observações, passa-se a apresentar a classificação dos fatos jurídicos.

II.2 Fatos jurídicos em sentido estrito

Nos *atos jurídicos em sentido estrito*, o elemento-cerne do núcleo é um fato da natureza (inclusive, eventualmente, da natureza humana), isto é, um fato para cuja composição é irrelevante qualquer ação humana. Na realidade extrajurídica, pode ou não ter havido ação humana; mas tal ação, se houve, é juridicamente irrelevante, porque não prevista no *suporte fático abstrato* da norma³².

Assim, *visando* a norma que determina a abertura da sucessão toma a morte como um simples fato da natureza, sendo irrelevante que esta tenha decorrido de causas naturais, de suicídio ou se foi provocada por outrem.

Se de homicídio se trata, a conduta relevará para *outras normas*, recordando-se que um mesmo e único fato do mundo, com sua determinação espaço-temporal, pode provocar a incidência de diversas normas jurídicas (cf. Capítulo I, seção I.4, *supra*). Note-se, portanto, que a análise de um determinado suporte fático, ou de um determinado fato jurídico, *deve sempre partir do suporte fático abstrato previsto pela norma considerada*.

³² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 160, p. 187-188; e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 33, p. 173-175.

Pode dar-se que, além deste fato da natureza, a norma preveja, em seu suporte fático abstrato, a *contrariedade a direito*. Assim ocorre, por exemplo, nos casos de assunção de responsabilidade por caso fortuito ou força maior (art. 399 CC).

Há, portanto, fatos jurídicos em sentido estrito *lícitos*, e fatos jurídicos em sentido estrito *ilícitos*³³. Nos fatos jurídicos em sentido estrito, a *contrariedade a direito, se prevista*, será sempre elemento nuclear (completante do núcleo) do suporte fático. Portanto, determinado fato jurídico (em sentido estrito) será *sempre*, de acordo com sua respectiva norma de regência, *necessariamente lícito*, ou *necessariamente ilícito*.

E, existindo, ou será eficaz, ou não o será. Os fatos jurídicos em sentido estrito, aos quais é estranha qualquer ação humana, não passam pelo plano da validade, nem haveria sentido em indagar-se da validade de fatos jurídicos em sentido estrito já definidos, desde o plano da existência (que é logicamente anterior), como conformes ou contrários a direito, lícitos ou ilícitos.

Observe-se por fim que os *atos jurídicos em sentido estrito ilícitos* podem ser absolutos ou relativos³⁴, classificação que será objeto de exame no Capítulo V, após análise mais detalhada da eficácia jurídica, especialmente das relações jurídicas absolutas e relativas.

II.3 Atos-fatos jurídicos

Nos *atos jurídicos*, o elemento-cerne é uma ação humana (comissiva ou omissiva), sem qualquer consideração à eventual vontade de praticá-la. Na realidade extrajurídica, pode ou não ter havido vontade; mas tal vontade, se houve, é juridicamente irrelevante, porque não prevista no *suporte fático abstrato* da norma. Assim, o ato humano,

³³ Sobre os *atos jurídicos em sentido estrito ilícitos*, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 162, n. 1, p. 193, e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 61, p. 285-286.

³⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.501, n. 3, p. 86.

despido de seu componente psíquico, releva para o direito como um mero fato³⁵. Portanto, não se há cogitar de qualquer capacidade civil para a prática de ato-fato jurídico³⁶.

Exemplos de atos-fatos jurídicos são a tomada, a tradição ou o abandono da posse (o absolutamente incapaz possui) e, para F. C. PONTES DE MIRANDA, também o pagamento³⁷.

Pode dar-se que, além deste ato (despido de qualquer elemento psíquico e, portanto, tomado como um mero fato), a norma preveja ainda, em seu suporte fático abstrato, a *contrariedade a direito*. Assim, verifica-se na espécie do art. 1277 CC (mau uso da propriedade, e ca sa “inter er ncias pre diciais” ao sosse o, sa de o se rança dos i in os , irrelevante qualquer vontade de prejudicar, ou mesmo de praticar a conduta danosa.

Há, portanto, atos-fatos jurídicos *lícitos*, e atos-fatos jurídicos *ilícitos*. Nos atos-fatos jurídicos, a *contrariedade a direito, se prevista*, será sempre elemento nuclear (completante do núcleo). Portanto, determinado ato-fato jurídico será *sempre*, de acordo com sua respectiva norma de regência, *necessariamente lícito*, ou *necessariamente ilícito*.

E, existindo, ou será eficaz, ou não o será. Os atos-fatos jurídicos, aos quais é estranho qualquer elemento de vontade humana, não passam pelo plano da validade, nem haveria sentido em indagar-se da validade de atos-fatos jurídicos já definidos, desde o plano da existência (que é logicamente anterior), como conformes ou contrários a direito, lícitos ou ilícitos.

Observe-se por fim que os *atos-fatos jurídicos ilícitos* podem ser absolutos ou relativos³⁸, classificação que será objeto de exame no Capítulo V, após análise mais detalhada da eficácia jurídica, especialmente das relações jurídicas absolutas e relativas.

³⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 209, p. 372-373; e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 34, p. 176; *idem, ibidem*, § 35, p. 176-183, que trata das diversas espécies de atos-fatos jurídicos lícitos.

³⁶ Cf. porém a análise acurada de M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 23.1, p. 103-105.

³⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2903, p. 76-82, com exame das diversas teorias.

³⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.501, n. 3, p. 86.

II.4 Atos jurídicos em sentido amplo

Nos *atos jurídicos em sentido amplo*, o elemento-kerne é uma ação humana (comissiva ou omissiva), consciente e voluntária³⁹.

Pode dar-se que, além desta ação humana, consciente e voluntária, a norma preveja ainda, *também como elementos nucleares* (e, portanto, igualmente necessários à existência de determinado ato jurídico), a *contrariedade a direito, mais a imputabilidade do agente*⁴⁰.

Tem-se, assim: (i) atos jurídicos (em sentido amplo) *necessariamente caracterizados pela contrariedade a direito*, portanto *atos jurídicos ilícitos*; e (ii) atos jurídicos (em sentido amplo) *em abstrato* permitidos pelo ordenamento, mas cuja eventual licitude ou ilicitude demandará exame para além do plano da existência.

II.4.1 Atos jurídicos caracterizados pela contrariedade a direito

Nestas espécies, o ato jurídico (em sentido amplo), é *caracterizado pela contrariedade a direito, mais a imputabilidade do agente*; será portanto, *sempre e necessariamente*, ato ilícito⁴¹. A contrariedade a direito é elemento nuclear (completante do núcleo), ao lado do ato humano consciente e voluntário, que é o elemento-kerne. Se falta a contrariedade, não existe esta espécie de ato jurídico; pode dar-se que o suporte fático seja suficiente à incidência de outra norma jurídica, ou que não incida norma alguma.

Trata-se, aqui, dos *atos jurídicos ilícitos em sentido amplo*. Como são caracterizados pela ilicitude, não passam pelo plano da validade, pois não haveria sentido em indagar-se da validade de atos jurídicos já definidos, desde o plano da existência (que é

³⁹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 209, p. 372-373; *idem, ibidem*, v. II, § 222, n.1, p. 395; *idem, ibidem*, v. II, § 227, n.1, p. 446-447. Cf. também M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 37, p. 186; *idem, ibidem*, § 38, p. 186-187, e trata dos “elementos constitutivos” nucleares, portanto dos atos jurídicos em sentido amplo.

⁴⁰ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 164, n. 1, p. 201; e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 63, n. 1, p. 288-289.

⁴¹ Pode dar-se, claro, a incidência de *norma precludente de ilicitude*, mas aí há algum elemento, no suporte fático concreto, que determina a incidência de uma semelhante norma, afastando a norma que incidiria sobre o suporte fático para torná-lo ato ilícito.

logicamente anterior), como conformes ou contrários a direito, lícitos ou ilícitos. Assim, estes atos existem ou não (se existirem, serão *sempre ilícitos*) e existindo, serão eficazes ou não.

Estes atos jurídicos ilícitos em sentido amplo dividem-se em: (i) atos jurídicos ilícitos em sentido estrito, também chamados atos ilícitos absolutos; e (ii) atos jurídicos ilícitos relativos, também chamados atos ilícitos relativos. Aqui a distinção se faz, portanto, pela espécie de direito (ou interesse) ofendido⁴², pelo que esta classificação será objeto de exame no Capítulo V, após análise mais detalhada da eficácia jurídica, especialmente das relações jurídicas absolutas e relativas.

II.4.2 Atos jurídicos em abstrato permitidos pelo ordenamento

Se permitidos em abstrato pelo ordenamento, os atos jurídicos em sentido amplo, sempre caracterizados por uma ação humana consciente e voluntária, subdividem-se em: (i) atos jurídicos em sentido estrito; e (ii) negócios jurídicos. Uma vez que permitidos em abstrato pelo ordenamento, a norma jurídica não prevê, nestas espécies, a contrariedade a direito como elemento nuclear do suporte fático.

II.4.2.1 Negócios jurídicos

Nos negócios jurídicos há o chamado *poder de autorregramento*, isto é, o “poder de escolha da categoria jurídica e, dentro de limites prescritos pelo ordenamento, de estabelecer a razão do conteúdo da relação jurídica correspondente”⁴³, ausente nos atos jurídicos em sentido estrito.

⁴² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 163, n. 2, p. 198-200; *idem, ibidem*, v. II, § 164, n. 2, p. 202-205; e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 64, n. 2, p. 293-296.

⁴³ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 12, n. 6.1, p. 87; *idem, ibidem*, § 31, p. 163-164. Sobre o negócio jurídico, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. III, § 249, p. 03-08 (conceito); *idem, ibidem*, v. III, § 251, p. 10-38 (suporte fático); *idem, ibidem*, v. III, §§ 254-257 (poder de autorregramento). Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, §§ 43-54, p. 210-242.

O poder de autorregramento é maior nos negócios jurídicos obrigacionais, em que pese o dirigismo que acertadamente se verifica em diversos contratos (como os de trabalho e de locação de imóveis urbanos), e em regra bastante reduzido nos negócios jurídicos de disposição.

Nestes últimos, o poder de autorregramento essencialmente se reduz a um poder de escolha de uma ou outra figura dentro no *numerus clausus* de negócios fixados pelo ordenamento, regime normalmente reforçado pela *tipicidade estrita* dos negócios de disposição⁴⁴ (para efeito de comparação, recorde-se a liberdade de celebrar contratos obrigacionais atípicos, cf. art. 425 CC).

Ainda nos negócios de disposição, todavia, há o poder de concluir-se ou não determinado negócio jurídico, escolhendo a respectiva categoria jurídica (uma entre os tipos fechados admitidos pelo ordenamento) e o respectivo objeto.

São exemplos de negócios jurídicos a oferta e a aceitação (ambas, negócios jurídicos unilaterais) e os contratos (negócios jurídicos bi ou plurilaterais), estes últimos surgindo, aliás, da *eficácia* de dois negócios anteriores, a oferta (que cria um poder para o respectivo destinatário), e a aceitação, que constitui o exercício eficaz daquele poder surgido com a oferta.

Como visto *infra* (cf. Cap. I, seção I.5), o suporte fático pode conter, entre seus elementos, outros fatos jurídicos (em sentido amplo), isto é, fatos já juridicizados, bem assim posições jurídicas. É precisamente o que se verifica aqui: no suporte fático da formação de qualquer contrato, estarão, necessariamente, uma posição jurídica, o poder surgido com a oferta, e a aceitação, que constitui o exercício eficaz deste poder⁴⁵ (os negócios jurídicos de oferta e aceitação, e sua respectiva eficácia, são objeto dos arts. 427-434 CC).

⁴⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. III, § 253, n. 4, p. 47 e, longamente, R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. 5, p. 251-316.

⁴⁵ Assim, na importante observação de A. TOMASETTI JR. em suas aulas, os contratos (embora ingressem no mundo jurídico no plano da existência, como qualquer outro fato jurídico) constituem uma *eficácia intrateórica*.

II.4.2.2 Atos jurídicos em sentido estrito

Nos atos jurídicos em sentido estrito (referimo-nos, apenas, aos atos em abstrato permitidos pelo ordenamento), observa F. C. PONTES DE MIRANDA que “a vontade sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em e de escolha a escolhido”⁴⁶, uma vez que o conteúdo e (portanto) os efeitos destes já se acham rigidamente fixados pela lei.

Exemplos de atos jurídicos em sentido estrito são, v.g., a constituição de domicílio, a interpelação para constituição em mora do devedor, a escolha da prestação nas obrigações alternativas, a quitação e o reconhecimento de paternidade.

II.4.2.3 Contrariedade a direito. Sanções invalidantes

Os atos jurídicos em sentido estrito ora considerados, bem assim os negócios jurídicos, não são caracterizados pela contrariedade a direito (= são em abstrato permitidos pelo ordenamento). Nada obstante, estes atos ou negócios, para os quais é sempre relevante a vontade humana, podem se formar, em concreto, com a violação de alguma norma jurídica e, portanto, com contrariedade a direito.

Todavia, esta eventual contrariedade não ser relevante no plano da existência, nem mesmo se a sanção prevista for a de inexistência do ato pretendido. Neste caso, incide norma precludente de juridicidade, e não surge o ato jurídico em sentido estrito, ou o negócio jurídico. Consequentemente, não se pode cogitar de validade ou eficácia, já que não houve juridicização de ato que pudesse ser válido ou inválido, ou que pudesse irradiar efeitos⁴⁷. Pela mesma razão, não se pode cogitar de ato lícito ou ilícito.

⁴⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 227, n. 2, p. 447. Sobre os atos jurídicos em sentido estrito, incluindo sua distinção do negócio jurídico, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 227, p. 446-450, M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Cap. IX, § 43, p. 206-208. Sobre as diferentes espécies de atos jurídicos em sentido estrito, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, §§ 229-234, p. 451-462, e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 44, p. 208-209.

⁴⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, § 357, p. 06-07.

No mais, uma vez que estes atos, ou negócios, não são caracterizados pela contrariedade a direito, qualquer eventual contrariedade não impedirá a incidência da norma, nem ensejará qualquer alteração da classe do fato jurídico, não tendo portanto qualquer relevância *no plano da existência* (pode dar-se que um mesmo fato do mundo enseje a incidência de duas ou mais normas, e a consequente existência de dois ou mais fatos jurídicos, mas esta é *outra questão*). As consequências jurídicas se darão noutro plano, ou no plano da validade (sanções de nulidade ou de anulabilidade, conforme o caso), ou no plano da eficácia⁴⁸.

Este ponto é de fundamental importância: a invalidade (nulidade ou anulabilidade) é uma sanção para a ilicitude. Como observa M. BERNARDES DE MELLO,

Como demonstramos antes (§ 56), a contrariedade a direito constitui, como elemento cerne, o núcleo do suporte fático da ilicitude, sendo, assim, dado essencial para a existência do fato ilícito *lato sensu*. Ato ilícito *lato sensu* (espécie de fato ilícito) é, portanto, todo ato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne a contrariedade a direito. Partindo dessa concepção, parece-nos indiscutível que o ato jurídico inválido (nulo ou anulável) tem a essência de ato ilícito, uma vez que a invalidade é uma penalidade que o direito atribui, em geral, a atos jurídicos que implicam contrariedade a direito, porque: (a) praticados por pessoas incapazes; (b) tenha objeto seja [*sic*] ilícito, impossível, ou indeterminável, (c) impliquem infração, direta ou indireta, a norma jurídica cogente, que não preveja sanção diferente para o caso de ser violada, (d) tenha motivação ilícita da parte dos praticantes, ou (e) haja defeitos na manifestação de vontade que, algumas vezes, decorre mesmo da prática de atos, já ilícitos por essência, que visam distorcer a formação da vontade negocial (dolo e coação), e que, em outros casos, tem por finalidade verdadeira causar prejuízo a alguém especificamente (casos de simulação nocente, fraude contra credores, estado de perigo e lesão), (f) não atenda a exigências legais de forma e, finalmente (g) a lei, expressamente, o declare inválido⁴⁹.

Evidente, assim, que a invalidade assume a natureza de sanção por uma ilicitude. Apenas ressaltamos que esta contrariedade a direito, embora se verifique no suporte fático de determinado ato ou negócio, a nosso ver *não constitui elemento cerne deste* (elemento-cerne é a existência de ato humano consciente e voluntário, dotado ou não de poder de autorregramento, conforme se trate de negócio ou de ato jurídico *stricto sensu*), *nem*

⁴⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. III, § 255, n. 2, p. 56-58, e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 50, p. 226-230.

⁴⁹ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 64, n. 3.3.2.1, p. 299.

constitui elemento completante do núcleo, pois estes atos ou negócios jurídicos, sendo *em abstrato* permitidos pelo ordenamento, não são caracterizados pela ilicitude (ou seja, não são, *sempre e necessariamente*, ilícitos).

Assim, o negócio jurídico inválido é *negócio jurídico ilícito*, sendo a ilicitude, contudo, relevante para o plano da validade (*negócio jurídico ilícito-inválido*), e não para o plano da existência. Nos negócios jurídicos, aliás, porque permitidos em abstrato pelo ordenamento, a ilicitude jamais relevará para o plano da existência.

M. BERNARDES DE MELLO, ao tratar do negócio jurídico nulo, bem observa tratar-se de *negócio jurídico ilícito*, e não de m “ne cio r dico l cito n lo”⁵⁰. Semelhante observação deve ser estendida, também, ao negócio jurídico anulável. Num caso e noutro, o suporte fático é *suficiente* à incidência da norma, e à consequente existência do negócio jurídico, mas contém um defeito, um *defeito*, a que a lei comina sanção de invalidade (nulidade ou anulabilidade).

Portanto, tal como o negócio jurídico nulo, o negócio jurídico anulável é *negócio jurídico ilícito-inválido*, ainda que a anulabilidade possa, em regra, ser sanada pela ratificação, cuja eficácia é *extinctiva* (a decadência da ação anulatória, ou a renúncia a esta, apenas deixam *sem efeito* a ilicitude, mas não a sanam)⁵¹.

As observações feitas acerca dos negócios jurídicos também se aplicam aos atos jurídicos (em sentido estrito) *em abstrato* permitidos pelo ordenamento.

Estes atos também podem se formar com alguma contrariedade a direito em seus respectivos suportes fáticos. Sendo em abstrato permitidos, *não são caracterizados pela contrariedade a direito* (ao contrário do que ocorre com os atos ilícitos absolutos ou relativos, objeto da seção II.4.1 *supra*), pelo que esta contrariedade não é relevante no

⁵⁰ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 38, n. 3, p. 195.

⁵¹ Sobre a ratificação, inclusive sua diferença em relação à ação anulatória, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, § 420, n. 2, p. 241-243; *idem, ibidem*, v. IV, § 422, p. 248-249. Advirta-se que F. C. PONTES DE MIRANDA trata de prescrição, não de decadência, da ação de anulação (*ibidem*, v. IV, § 423, p. 249-251), o que não se nos afigura correto, por se tratar, na hipótese, de poder formativo extintivo, sujeito à decadência, não à prescrição.

plano da existência, mas sim no plano da validade, e *in vi* do art. 185 CC (onde expressão “ilícitos”, de *de* e ser entendida como permissão, *em abstrato*, pelo ordenamento jurídico).

E, tal como ocorre com os negócios jurídicos, o ato jurídico (em sentido estrito) inválido, nulo ou anulável, é *ato jurídico ilícito* e, sendo a ilicitude relevante para o plano da validade, podem receber a denominação de *ato jurídico, em sentido estrito, ilícito-inválido*.

É sempre possível, *por elipse*, referir-se a “negócio jurídico inválido”, o “ato jurídico em sentido estrito inválido”, desde que não se esqueça i) que a invalidez implica uma sanção para a ilicitude (estes atos ou negócios são *ilícitos*); e (ii) que os atos jurídicos (em sentido estrito) inválidos não se confundem com os atos ilícitos absolutos ou relativos (objeto da seção II.4.1 *supra*), em que a ilicitude releva para o plano da existência, e que portanto não se submetem ao plano da validade.

Evidentemente, para se cogitar de *negócio jurídico inválido*, ou de *ato jurídico em sentido estrito inválido*, a invalidade deve atingir todo o negócio jurídico, ou todo o ato jurídico em sentido estrito. Se a invalidade for apenas relativa (isto é, se atingir apenas parte do ato ou do negócio jurídico considerado), e não houver contaminação, não se poderá cogitar de ilicitude do ato jurídico em sentido estrito ou do negócio jurídico⁵².

Observe-se por fim que nem sempre o ato jurídico (em sentido estrito) inválido ou o negócio jurídico inválido será ineficaz. O ato ou negócio nulo é, de regra, ineficaz, salvo raras exceções (*in vi*, casamento putativo); o ato ou negócio anulável é, em regra, eficaz, até que se desconstitua, judicialmente, o ato e sua eficácia.

II.4.2.4 Contrariedade a direito. Sanções ineficacizantes

Como referido na seção anterior, os atos jurídicos em sentido estrito ora considerados, bem assim os negócios jurídicos, *não são caracterizados pela contrariedade*

⁵² Sobre a invalidade (nulidade ou anulabilidade) relativa, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, §§ 369-373, p. 51-61. No regime do art. 51 CDC, *in vi*, nula é a cláusula abusiva, não todo o negócio em que ela se insere, o qual surge em princípio hígido, menos naquela parte.

a *direito* (são *em abstrato* permitidos pelo ordenamento); nada obstante, estes atos ou negócios podem se formar com a violação de alguma norma jurídica e, portanto, com contrariedade a direito.

Como estes atos não são caracterizados pela contrariedade a direito, esta eventual contrariedade *não ser relevante no plano da existência*. As consequências jurídicas se darão noutra plano, ou no plano da validade (cf. seção II.4.2.3 *supra*), ou no plano da eficácia⁵³.

Se a sanção for de ineficácia, haverá *negócio jurídico ilícito e ineficaz*, ou *ato jurídico em sentido estrito ilícito e ineficaz*, denominação proposta como forma de ressaltar: (i) que a ilicitude, neste caso, é relevante no plano da eficácia, e não no plano da existência (como ocorre com os atos jurídicos ilícitos absolutos e relativos objeto da seção II.4.1 *supra*), nem no plano da validade; e (ii) que a ineficácia, nos casos considerados, decorre de ilicitude do ato, sendo portanto uma sanção.

Este ponto é importante; *nem sempre a ineficácia constitui sanção para alguma contrariedade a direito*, podendo tratar-se, apenas, de ato ou negócio jurídico *lícito* a que falte algum fator de eficácia. Assim, por exemplo, o negócio concluído com termo ou condição suspensiva não irradiará toda a eficácia que lhe é própria antes do advento do termo ou do implemento da condição. Ainda, o negócio concluído por quem não tem poder de disposição é, no sistema ponteano, existente, válido e eficaz no plano obrigacional⁵⁴.

Assim, as expressões “ato jurídico ineficaz”, o “negócio jurídico ineficaz” de em ser usadas com cautela, porque são ambíguas: apenas pelo contexto se poderá saber se se trata de ato ou negócio *lícito*, a que falte algum fator de eficácia, ou se se trata de ato ou negócio *ilícito*, sancionado com a ineficácia.

Observe-se ainda que, para se tratar de *negócio jurídico ineficaz*, ou de *ato jurídico ineficaz*, sejam lícitos ou ilícitos, a ineficácia deve atingir todo o negócio jurídico, ou todo

⁵³ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. III, § 255, n. 2, p. 56-58, e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 50, p. 226-230.

⁵⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, § 359, n. 1, p. 15; *idem, ibidem*, v. IV, §360, n. 1, p. 16; *idem, ibidem*, v. IV, § 361, p. 26-28.

o ato jurídico em sentido estrito. Se a ineficácia for apenas relativa (isto é, se atingir apenas parte do ato ou do negócio jurídico considerado), e separável a parte atingida, não se poderá cogitar de ineficácia do ato jurídico em sentido estrito ou do negócio jurídico.

II.5 Síntese sobre a classificação dos fatos jurídicos

Apresentamos, acima, a classificação dos fatos jurídicos por seus elementos-cerne, ressaltando ao ensejo que a distinção entre *atos jurídicos em sentido amplo ilícitos* e *atos jurídicos em sentido amplo lícitos* não pode ser posta à base da classificação de *todos* os fatos jurídicos.

Isto porque a classificação dos fatos jurídicos diz respeito ao plano da existência, enquanto a contrariedade a direito pode relevar para o plano da existência (como ocorre com os *atos jurídicos em sentido estrito ilícitos*, os *atos jurídicos ilícitos*, e os *atos jurídico ilícitos, absolutos ou relativos*), mas também para os planos da validade ou da eficácia (nestes casos, para os *atos jurídicos em abstrato permitidos pelo ordenamento* e para os *negócios jurídicos*).

No presente Capítulo, voltado ao exame dos fatos jurídicos, a contrariedade a direito foi analisada apenas em suas possíveis consequências *para o próprio ato jurídico*, seja concorrendo para caracterizá-lo (plano da existência), seja determinando sua invalidade ou ineficácia.

Examinados os diversos fatos jurídicos, torna-se possível, agora, tratar da *eficácia jurídica* em geral (objeto do Capítulo III), em especial das relações jurídicas e das posições jurídicas fundamentais (Capítulo IV) para, a partir daí, tratar dos fatos ilícitos (em sentido amplo) e de sua eficácia, identificando então, dentre as diversas manifestações eficaciais dos fatos ilícitos, a ação de direito material (Capítulo V).

CAPÍTULO III

A EFICÁCIA JURÍDICA

Toda *eficácia jurídica* provém, necessariamente, de *atos jurídicos*. Não há eficácia jurídica proveniente, diretamente, da lei, ou da manifestação de vontade⁵⁵. Toda eficácia jurídica pressupõe a prévia formação de um suporte fático concreto, a incidência de uma norma jurídica (juridicizante), o consequente surgimento de um *ato jurídico* e a irradiação, a partir deste, da eficácia jurídica. *Eficácia jurídica*, portanto, nada mais é “irradiação de efeitos dos atos jurídicos”⁵⁶.

A *eficácia jurídica* é portanto distinta da (e logicamente posterior à) *eficácia nominal*, que diz respeito à incidência da norma (juridicizante), e à juridicização de determinado suporte fático (cf. seção I.3 *supra*).

Considerando-se a estrutura da norma jurídica (uma proposição em que se descreve, abstratamente, determinado suporte fático, e se estatuem determinados efeitos para a hipótese de sua realização), não há fato jurídico absolutamente desprovido de efeitos. Pode dar-se que o fato jurídico (em sentido amplo), por algum *defeito* do respectivo suporte fático, ou por falta de algum fator de eficácia, não irradie ainda (ou não irradie nunca) a eficácia própria, típica, do ato, mas algum efeito jurídico sempre surgirá⁵⁷.

⁵⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 1, nn. 3 e 4, p. 04- como em o ser a, o ato jurídico em sentido amplo “ontológica de eficácia jurídica” *idem*, *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 5º, p. 27-31).

⁵⁶ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, § 5, n. 2, p. 17.

⁵⁷ Cf., neste sentido, P. H. PEDROSA NOGUEIRA. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Jus Podium, 2008, Cap. II, seção 3.2, p. 40-42. Em sentido contrário, M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 4º, p. 19-27 (esp. p. 25), que exemplifica a suposta falta de efeitos jurídicos pelo testamento, pelos negócios jurídicos nulos, e pelos negócios sob condição suspensiva. Como bem observa P. H. PEDROSA NOGUEIRA, o que falta, aqui, são os efeitos *típicos* de cada ato, havendo sempre, porém, alguma *eficácia jurídica material*, toda via, aca a admitindo e “não, nem pode haver, ato jurídico completamente ineficaz” *idem*, *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 18, p. 85-86). De nossa parte, entendemos necessária uma precisão: sempre que houver incidência de *norma juridicizante* (espécie mais comum de norma), haverá algum efeito jurídico. Nas hipóteses de incidência de norma pré-excludente de juridicidade, não haverá fato jurídico nem, conseqüentemente, qualquer efeito jurídico.

Assim, o ato nulo, salvo raras hipóteses (vício, casamento putativo), não irradiará a eficácia que seria própria daquela espécie de ato, embora dele surja, como efeito, um poder formativo extintivo, voltado à desconstituição do ato. Um negócio jurídico sob condição suspensiva, ainda não haverá irradiado (e poderá não irradiar nunca) sua eficácia plena, mas dele se irradia, desde logo, um direito expectativo, tutelado pelo ordenamento.

Haverá sempre, portanto, uma relação necessária entre fato jurídico e eficácia jurídica (no sentido de que, de qualquer fato jurídico há de se irradiar, pelo menos, *aliquid effectum*), sendo necessário examinar-se, agora, em que consiste, ou pode consistir, esta eficácia jurídica. Para M. BERNARDES DE MELLO,

Constituem categorias de eficácia jurídica: i) as situações jurídicas: i.a) básicas; i.b) simples, ou unissubjetivas; i.c) complexas, ou intersubjetivas: i.c.a) unilaterais; i.c.b) multilaterais, que consubstanciam as relações jurídicas e se contêm de direitos de res, pretensões oriundas, ações de execução e ações de execução de execução; ii) as sanções, civis e penais; iii) as premiações; iv) os ônus⁵⁸.

Para M. BERNARDES DE MELLO, portanto, nem toda espécie de efeito jurídico pode ser reconduzida à relação jurídica, mesmo porque nem toda espécie de efeito jurídico se caracteriza pela necessária bilateralidade e correspectividade entre posições jurídicas ativas e passivas, próprias das relações jurídicas⁵⁹ “direitos de res, pretensões oriundas, ações de execução e ações de execução de execução”, aos quais se poderia atribuir o par correlato, os poderes específicos, e toda sorte, como bem observa este autor, a relação jurídica “a mais importante das categorias jurídicas e eficáciais”⁶⁰.

Por razões de tema e de espaço, não é possível examinar, exhaustivamente, a classificação de M. BERNARDES DE MELLO, embora seja possível apontar, desde logo, que a relação jurídica (caracterizada pela bilateralidade e correspectividade das posições jurídicas envolvidas, de sorte que, a cada posição jurídica ativa, corresponde sempre uma,

⁵⁸ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 6º, n. 2, p. 31-32. A ação, referida neste excerto, é a ação de direito material, objeto desta tese.

⁵⁹ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 17, p. 81-84.

⁶⁰ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 17, p. 81.

e uma única, posição jurídica passiva) assume um papel ainda mais proeminente que o que lhe reserva M. BERNARDES DE MELLO.

Coube a W. N. HOHFELD demonstrar, no plano lógico, a essencial bilateralidade das posições jurídicas⁶¹, evidenciando a existência de *correlativos jurídicos* (*jural correlatives*), essencialmente os pares direito de ser e poder sujeição. Por negação destas figuras, obtém-se dois outros pares de correlativos jurídicos, quais sejam o não-direito de liberdade, e a ausência de poder limitação.

Neste contexto, como se verá, as relações jurídicas assumem um poder estruturante, e explicativo, de fundamental importância.

III.1 As situações jurídicas básicas

Para M. BERNARDES DE MELLO, a “situação jurídica básica” assim denominada por ser “a única e mínima eficácia que o fato jurídico produz [b]ou a base eficaz sobre a qual se desenrola a plena e íntegra do ato jurídico”⁶², apontando, como exemplos, a vinculabilidade do testamento e a eficácia dos negócios jurídicos nulos⁶³.

Ora, do negócio jurídico nulo não se trata apenas da “situação jurídica básica”, acaso distinta da relação jurídica, mas uma verdadeira relação jurídica, caracterizada, no polo ativo, pelo poder de desconstituir o ato e, no polo passivo, pela sujeição à sua desconstituição, havendo assim a correspectividade inerente às relações jurídicas.

Por outro lado, é certo que, do testamento, não deriva nenhum direito ainda para o herdeiro testamentário, nem mesmo expectativo⁶⁴. Não há, portanto, relação jurídica, mas apenas vinculabilidade (que é a *eficácia mínima* de um fato jurídico) pois, enquanto não

⁶¹ “As relações jurídicas fundamentais contrastadas entre si” *In* *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Lisboa: Gulbenkian, 2008, Primeira Parte, p. 25-85. Para uma introdução à teoria de W. N. HOHFELD, cf. G. LUMIA. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, n. 31, p. 104-116. A tradução dada às posições jurídicas fundamentais apresenta algumas variações numa e noutra obra.

⁶² M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 18, p. 87.

⁶³ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 18, p. 85-86.

⁶⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 576, n. 3, p. 283.

modificado ou revogado o testamento (art. 1858 CC), nem caduca a disposição testamentária (por exemplo, porque o testador alienou o bem ou este foi destruído), o testamento segue suscetível de produzir os efeitos nele previstos.

III.2 As situações jurídicas unissubjetivas

M. BERNARDES DE MELLO trata longamente das situações jurídicas unissubjetivas, assim entendidas a elas “ e di em respeito a mancomunada e cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma *qualidade* ou *qualificação* no mundo jurídico”⁶⁵. Trata aqui o autor, longamente, das diversas *capacidades* atribuídas pelo Direito⁶⁶, tratando-se assim de hipóteses restritas⁶⁷.

Em todos estes casos, ainda que a qualidade ou qualificação se refiram, especificamente, a uma esfera jurídica (não podendo, assim, ser reconduzidas a uma relação jurídica), tais qualidades ou qualificações são dotadas de impositividade e de oponibilidade *erga omnes*, “de modo e todos os e se relacionam com a esfera jurídica de seu titular devem tratá-lo segundo sua qualidade ou qualificação, respeitando (atendendo) seu conteúdo eficaz. O negar a alguém as prerrogativas (= efeitos) que enchem a situação jurídica unissubjetiva constitui violação a direito, corrigível por meio de ação”⁶⁸. Trata-se, aqui, de violação a direito e pretensão absolutas, e a ação, que surge, é a ação de direito material.

Portanto, nos termos do próprio autor, a situação jurídica unissubjetiva acaba ensejando, sempre, uma relação jurídica absoluta (*erga omnes*), ainda que se deva considerar ser esta um efeito (imediato, note-se) da qualidade ou qualificação atribuída.

⁶⁵ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94-164, nota n. 1, adotada distinção entre “qualidade” e “qualificação”

⁶⁶ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, §§ 20-31, p. 94-164.

⁶⁷ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 32, p.165.

⁶⁸ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 19, p. 93; *idem, ibidem*, § 25, p. 125-126.

III.3 As situações jurídicas complexas ou intersubjetivas unilaterais

Trata-se, sempre segundo M. BERNARDES DE MELLO, de espécies caracterizadas por “intersubjetividade necessária e eficácia limitada a uma só esfera jurídica”⁶⁹, destacando-se, neste campo, a oferta revogável, que enseja a vinculabilidade do ofertante para o ofertante, esta vinculação constitui, “sempre, uma situação complexa unilateral”⁷⁰, portanto o destinatário da oferta “não tem qualquer relação com a oferta, porque ninguém tem o *dever* de aceitá-la, nem, ao menos, de a ela atender”⁷¹.

De nossa parte, observamos que o destinatário da oferta, ainda não tendo qualquer dever de emitir manifestação de vontade, tem certamente um poder de aceitá-la, estando o ofertante, correspondentemente, sujeito à conclusão do negócio, e à irradiação da respectiva eficácia. Há, assim, verdadeira e própria relação jurídica, caracterizada pela existência de um poder, e de uma correspondente sujeição.

III.4 Outras situações jurídicas?

M. BERNARDES DE MELLO identifica, ainda, outras situações jurídicas, aparentemente distintas da relação jurídica, ao menos a se tomar em conta a classificação referida *supra*. Assim, para além das situações jurídicas básicas (seção III.1), das situações jurídicas simples (ou unissubjetivas, cf. seção III.2), das situações jurídicas complexas unilaterais (seção III.3), e das relações jurídicas (objeto do próximo capítulo), o autor havia apontado, ainda, as sanções (civis e penais), as premiações, e os ônus⁷².

Ora, as sanções e premiações de ordinário se subjetivam em posições jurídicas, em direitos (e correspondentes deveres), ou poderes (e correspondentes sujeições). Para que se pudesse tratar de sanções ou premiações como categorias à parte, seria necessário apontar

⁶⁹ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 32, p.165.

⁷⁰ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 33, p.166.

⁷¹ M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 33, p.167.

⁷² Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, § 6º, n. 2, p. 31-32.

pelo menos uma que não se subjetivasse nas referidas posições, tratando-a, então, autonomamente.

Já o ônus, como observa G. LUMIA, “nasce, substancialmente, do encontro de uma capacidade e de uma sujeição”⁷³, duas posições jurídicas que têm, cada qual, suas posições correspectivas (o não-direito de um implica a faculdade do outro, e o poder de um implica a sujeição do outro).

Todavia, se o titular do ônus sofre uma sujeição (como afirma G. LUMIA), surge aqui a necessidade de se apontar quem é o titular do correlato poder. Pode-se exemplificar com o ônus de especificar provas, que logo se verifica ser, em verdade, um poder de cada uma das partes em juízo, embora poder subordinado, em sua existência, a determinados requisitos temporais, pena de preclusão (que é uma forma de caducidade). O exemplo é instrutivo, por demonstrar que uma situação tradicionalmente apontada como ônus nada mais é que um poder, pelo que o titular do ônus não está em situação passiva (como sustentara G. LUMIA) mas sim ativa, sendo seu poder, contudo, temporalmente limitado quanto à sua existência, ou submetido a outros requisitos, conforme a espécie de ônus de que se trate.

G. LUMIA exemplifica com o casamento: ninguém tem o dever de casar-se mas, em desejando contrair matrimônio, devem ser observadas as formalidades legais, pena de invalidade do ato⁷⁴. Ora, aqui não há ônus algum, mas dever de obediência às formalidades prescritas pelo ordenamento, tanto assim que a respectiva inobservância constitui ilicitude, sancionada com invalidade, como já se observou no Capítulo II, seção II.4.2.3 *supra*.

O respeito às formas prescritas em lei pode ser conteúdo de dever público (dever perante o Estado, que cerca de maiores formalidades certos atos de maior importância para a vida social), ou de (direitos e) deveres recíprocos entre as partes. Todavia, o que em geral ocorre, nos casos de invalidade, é que a determinação da ilicitude do fato, e da consequente sanção invalidante, não exige perquirir eventual violação de dever jurídico anterior,

⁷³ G. LUMIA. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, n. 31, p. 113.

⁷⁴ G. LUMIA. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, n. 31, p. 114.

bastando a violação à regra legal. Assim, explicar a invalidade como violação de deveres anteriores, quando não impossível (cf. Capítulo V), constitui muitas vezes superfetação, elemento *excessivo* em relação ao suporte fático da norma invalidante.

De qualquer forma, evidencia-se que o ônus pode ser reconduzido ao tradicional quadro de posições jurídicas, não constituindo, assim, categoria eficaz à parte.

Feitas estas observações, pode-se passar ao estudo da relação jurídica, observando-se, antes, a necessária distinção, traçada por F. C. PONTES DE MIRANDA, entre a “relação jurídica e se a jurídica” e a relação jurídica intra-eficaz. Com efeito,

Pode bem ser que a regra jurídica, incidindo, torne jurídica relação que já existia no mundo fático. Então, não há cogitar-se, aí, de relação jurídica como pura eficácia do fato jurídico: a relação (jurídica) está nele, porque no suporte fático já estava como relação fática (*ex*, relação de filiação, relação de nacionalidade *iure soli*). Se alguma relação (jurídica) se compõe depois, é eficácia, e tal relação jurídica é livremente construída pela técnica jurídica, seja de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção, de que se trate⁷⁵.

Objeto do próximo capítulo, portanto, é a relação jurídica intra-eficaz, ou melhor, as posições jurídicas que podem compor as diversas relações jurídicas intra-eficazes.

⁷⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 505, n. 3, p. 04.

CAPÍTULO IV

A RELAÇÃO JURÍDICA (I)

Direitos e deveres; pretensões e obrigações; direitos formativos e expectativos

Observou G. LUMIA, a partir do sistema de posições jurídicas desenvolvido por W. N. HOHFELD, que as situações jurídicas fundamentais são duas, o dever (por ele chamado obrigação), e o poder, “e todas as outras delas derivam por correlação ou por negação”⁷⁶.

W. N. HOHFELD enfatizara a necessária *correlatividade* das posições jurídicas (uma posição ativa e uma correlata posição passiva)⁷⁷, traço essencial para o entendimento das relações jurídicas. G. LUMIA, a partir de W. N. HOHFELD, aponta também para a fundamental distinção entre os direitos a uma prestação (e respectivos deveres) de um lado, e os poderes jurídicos (e respectivas sujeições) de outro. São estes conceitos que ora se examinam.

IV.1 Direitos subjetivos e assubjetivados

Observa F. C. PONTES DE MIRANDA “Na distribuição dos bens da vida, *que toda é feita pelas relações jurídicas*, se excluirmos a arbitrariedade, - cada posição de titular de vantagem, que se confere a alguém, é direito”⁷⁸.

“Direito”, aqui, está em sentido amplo, como sinônimo de posição jurídica ativa (direito a uma prestação, direito formativo, direito expectativo, pretensão, ação ou exceção), *não necessariamente subjetiva*. Nem todo “direito” são os direitos assubjetivados.

⁷⁶ G. LUMIA. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, n. 31, p. 107.

⁷⁷ W. N. HOHFELD. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Lisboa: Gulbenkian, 2008, p. 28.

⁷⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 559, n. 2, p. 226.

Com efeito, pode dar-se que a atribuição de determinados bens da vida não exclua, necessariamente, todas as demais pessoas. É o que se passa com os bens públicos de uso comum: A tem direito a sentar-se em determinado banco de praça, ou a frequentar determinada praia, tal como B, C e todos os demais. Não tem direito, em princípio, de excluir qualquer outra pessoa do uso do banco ou da praia, nem de utilizá-los se aquele banco, ou aquela praia, estiver lotado. Daí se tratar, nesses casos (e de acordo com a terminologia ponteana) de direitos assubjetivados⁷⁹.

Também o direito à educação pública era, para F. C. PONTES DE MIRANDA (à época em que escreveu seu *Tratado de Direito Privado*, direito assubjetivado “*ação de cumprimento da lei* (Gesetzesvollziehungsanspruch), ou a *ação de constituição negativa*, de que cogita o art. 208, § 1º, da Constituição de 1946”⁸⁰.

Para que o direito à educação pública se subjetivize, como hoje se dá (art. 208, § 1º da CF), é necessário conceber-se direito individual de cada pessoa, ou de determinadas pessoas, a uma vaga em estabelecimento de ensino público, de modo que se possa exigir não apenas o cumprimento da lei, mas o cumprimento da lei naquele caso concreto, com a efetiva matrícula e frequência da criança ou adolescente em estabelecimento de ensino público.

Assim, para que haja subjetivação, é necessário que determinado bem (inclusive se se trata de determinada prestação⁸¹), objeto do direito, seja atribuído com exclusividade a alguém.

⁷⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 565, n. 4, p. 237. Os exemplos são deste autor.

⁸⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 611, n. 2, p. 445.

A referida norma instituía, na Constituição de 1946, a ação popular, nos termos seguintes “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”

⁸¹ Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA, “... em, nos direitos de crédito, é, no fundo, ato do devedor (*dare, facere, non facere*”, c. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. XXII, § 2.679, n. 7, p. 14.

IV.2 Direitos e deveres a uma prestação. Pretensões e obrigações

Assim como os direitos subjetivos, os direitos assubjetivados (presentes tanto no Direito Público quanto no Direito Privado⁸²) satisfazem a correlação direito-dever⁸³, e também podem ensejar, se violados, o surgimento de ação de direito material. Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA, “as ações, sendo concebidas como separáveis ou independentes dos direitos subjetivos, podem existir sem se a a direitos subjetivos”⁸⁴.

Neste ponto, todavia, já se está a particularizar uma espécie de direitos, os direitos a uma prestação, que são correlatos aos deveres de prestar⁸⁵. “ cada de er tem o se conteúdo. O conteúdo dos deveres consiste em ato ou omissão do devedor, ou, nos casos de responsabilidade objetiva, reparação pelo fato anterior ao qual se haja exposto o devedor. O ato ou é pessoal (prestação de serviços, abstenções), ou pessoal-patrimonial prestação de coisa, o de dinheiro ”⁸⁶.

A nosso ver, trata-se sempre de conduta a ser executada pelo devedor, por si ou por quem o represente, ou ainda, se a prestação é fungível e consiste em mero ato material, por terceiro (em virtude de relação jurídica que tenha com o devedor, obrigando-se a tanto) mesmo sem outorga de poder de representação. Todavia, são diversas as hipóteses de pagamento por terceiro, e este muitas vezes não consiste em cumprimento do dever originário (sobre o tema, cf. Capítulo VI, seção VI.1, *infra*).

Nem toda prestação é exigível, donde a necessidade de se distinguir entre o direito e sua exigibilidade, isto é, entre o direito (e o correlativo dever) e a pretensão (e a

⁸² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 611, n. 2, p. 445.

⁸³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 562, n. 2, p. 231. Nos exemplos anteriores (cf. seção IV.1 *supra*), há dever, do Poder Público e da generalidade dos sujeitos, de não embaraçar o exercício do direito, *Quando possível tal exercício*.

⁸⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 565, n. 4, p. 238.

⁸⁵ Sobre a correlação entre direitos e deveres, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 606, p. 422-427.

⁸⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 607, n. 1, p. 427.

correlativa obrigação). “retensão a posição subjetiva de poder e iir de o trem al ma prestação positiva o ne ati a”⁸⁷; é “ac ldade r dica de e i ir”⁸⁸.

Toda a pretensão pressupõe, necessariamente, um direito de que se irradia. Ainda quando o direito surge imediatamente exigível, o direito é o antecedente lógico-jurídico necessário da pretensão. E, assim como o direito tem por correlato um dever (direito dever), toda pretensão tem por correlata uma obrigação (pretensão o ri ação)⁸⁹.

Tal como ocorre com a pretensão (que pressupõe um direito), toda obrigação pressupõe um dever, que é seu antecedente lógico-jurídico necessário⁹⁰.

Há aqui dependência, no sentido de que extinto o direito, extingue-se a respectiva pretensão (ou, o *que o mesmo*, extinto o dever, extingue-se a respectiva obrigação). Assim, “a pretensão *depende* do direito, que lhe é base, com ele nasce, ou dele nasce, e com ele se e tin e ainda se oi cedida”⁹¹. A satisfação extingue o direito e, pois, a pretensão, ou apenas a pretensão, se se trata de prestações periódicas. A lei, contudo, pode cortar o respectivo efeito-pretensão, sem atingir o direito mesmo⁹².

Como referido, nem todo direito , sempre, e i el “ e e-se, mesmo quando a dívida não é exigível, ou ainda não é exigível, ou não mais e i el”⁹³. Em todos estes casos, há direito, e não há pretensão.

⁸⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 1, p. 451.

⁸⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 3, p. 452. Como exigibilidade, toda pretensão “ , pois, a *tensão* para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O *pre-* est , a , por diante de si direito dentro de si mesmo, tem *extensão e intensidade*; a pretensão lança-se (...) mas, se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com ele. Atividade potencial para frente, faculdade jurídica de exigir; portanto, algo *mais*” *idem, ibidem*, v. V, § 615, n. 3, p. 452).

⁸⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 1, p. 451.

⁹⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 607, n. 3, p. 429.

⁹¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 616, n. 3, p. 455-456.

⁹² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 621, n. 1, p. 475.

⁹³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 4, p. 453.

A hipótese de um direito desde sempre e para sempre desprovido de qualquer pretensão (e portanto de qualquer exigibilidade) é rara, tratando-se de *direito mutilado*, como o são, v[er] as dívidas de jogo. Nos direitos a termo, enquanto não atingido este, a pretensão ainda não surgiu, hipótese frequentíssima na vida quotidiana (v[er] o aluguel do mês anterior, que deve ser pago até o dia 10 do mês subsequente); nestes casos, já surgiu o direito, mas ainda não a pretensão. Prescrita a pretensão, o direito persiste, mas já não é mais exigível. No caso da prescrição, a construção mais adequada ao direito positivo é a de que a pretensão continua a existir, mas com sua eficácia encoberta⁹⁴.

Para M A A e “oda a pretensão tem por ito satisfação é meio para fim; a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente, por ato ou a stenção s a”⁹⁵ (sobre a satisfação sem ser por ato do obrigado, cf. nossas observações *supra* e o Capítulo VI, seção VI.1, *in r̄a*, em que analisa o pensamento de F.C. PONTES DE MIRANDA nesta matéria).

rossim, a e i i ilidade pode ser “*de pessoa a pessoa, ou pelo ato administrativo, ou pela “ação”*”⁹⁶, isto é, pela *demanda*. O exercício da pretensão, portanto, pode requerer, conforme o caso, um procedimento administrativo, ou mesmo judicial.

Analisados os direitos a uma prestação (e correlativos deveres), e a as pretensões (e correlativas obrigações), pode-se agora analisar a *summa divisio* das relações jurídicas.

As relações jurídicas podem ser absolutas (como se verifica com os direitos reais e os direitos de personalidade) ou relativas, isto é, os direitos e pretensões podem se dirigir, respectivamente, a sujeitos passivos totais ou a sujeitos passivos singulares (determinados ou determináveis). “ a relação jurídica do direito pessoal há objeto que está no patrimônio do devedor e é *devido*, ou é *devido como ato do devedor*; na relação jurídica do direito real,

⁹⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. VI, § 662, n. 6-9, p. 102-107; *idem, ibidem*, v. VI, § 663, n. 1, p. 107.

⁹⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 2, p. 452.

⁹⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 2, p. 458.

o objeto já está no patrimônio do sujeito ativo, de jeito que os sujeitos passivos só devem a abstenção, o atendimento, o respeito”⁹⁷.

“ os direitos absolutos tal como a razão e o titular deles tem certo espaço jurídico, integrado na sua esfera jurídica, e todos têm, a respeito dele, o *dever de abstenção*, pelo menos”⁹⁸. Em princípio, a abstenção é por todos devida e de todos pode ser exigida, ou seja, dos direitos absolutos emanam pretensões absolutas, dirigidas *erga omnes*, embora, nos casos concretos, esta pretensão possa estar excluída em face de um ou outro sujeito passivo⁹⁹. “ direitos relativos eram pretensões contra pessoas determinadas direitos absolutos, pretensões *erga omnes*”¹⁰⁰.

Mais modernamente, contudo, entende-se que também das relações jurídicas relativas se irradiam pretensões *erga omnes*. R. D. F. VANZELLA, com apoio em H. DÖRNER, o ser a e os créditos isto , os direitos relativos “contêm aspectos tanto de relação jurídica quanto de objeto do patrimônio estante, os créditos, como o objeto do patrimônio, contém pretensões absolutas, contrapostas a deveres comportamentais gerais de abstenção”¹⁰¹, de estes se ensinam, inclusive, mas “tela a iliana do crédito , dito de outro modo, da responsabilidade civil do terceiro por lesão ao direito [de] crédito”¹⁰².

Em síntese, é fundamental notar-se que “As diferenças entre os direitos de personalidade, os direitos reais e os direitos de crédito não eliminam a essencial unidade dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções”¹⁰³. Importa, agora, aprofundar a análise da pretensão.

⁹⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. XXII, § 2.680, n. 1, p. 15.

⁹⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 573, n. 2, p. 265.

⁹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 6, p. 461.

¹⁰⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 8, p. 462.

¹⁰¹ R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. II, seção 2.3.2, p. 70.

¹⁰² R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. II, seção 2.3.2, p. 69.

¹⁰³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 609, n. 3, p. 425.

IV.2.1 Exigibilidade e adimplibilidade

O exemplo mais comezinho de direito (ainda) sem pretensão é o do crédito que se vence daqui a alguns dias, como o do aluguel do mês anterior, que deve ser pago até o dia 10 do mês subsequente. Terminado o mês, já surgiram o direito e o correspectivo dever (estes podem mesmo surgir dia a dia); dia 10, nasce ao credor a pretensão e, ao devedor a obrigação do pagamento. Este exemplo, em sua aparente simplicidade, mascara uma questão de grande relevância para o Direito.

Com efeito, na ordinaryidade dos casos, pode o devedor adimplir a prestação tão logo o credor o exija, ou antes que o credor o exija (isto é, antes que exerça a pretensão), ou mesmo antes de surgida a pretensão. A prestação é, pois, desde logo, adimplível. Donde a questão: é possível haver pretensão (exigibilidade) sem haver *adimplibilidade*, isto é, sem ser a prestação, ainda, passível de ser cumprida? Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA,

Se a exigibilidade existe, existem pretensão e obrigação; se existe exigibilidade, e não existe adimplibilidade portanto, o credor já pode exigir, e o devedor não pode, sem essa exigência, executar há a pretensão e, suspensa, a obrigação; o sistema jurídico pode admitir que exista a obrigação sem a faculdade de adimplemento (...) Seja como for, se há pretensão, há obrigação; se a pretensão já pode ser exercida e a obrigação ainda não o pode ser, tudo se passa no plano da eficácia da pretensão e da obrigação. Donde a diferença entre a exigibilidade e a adimplibilidade. Esta é dependente de ter sido exigida a prestação. Obrigação já existe, mas falta-lhe exercitabilidade¹⁰⁴.

Portanto, é possível haver pretensão sem que seja adimplível a prestação. Há pretensão, mas a obrigação está com eficácia suspensa (e já se viu que também as posições

¹⁰⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.911, n. 1, p. 124. O autor figura o exemplo da pretensão à restituição no depósito, cf. art. 1268 CC1916 e art. 633 CC, sugerindo aqui, contudo, outra construção possível: “o nascimento da pretensão é dependente da vontade do credor; nascem com ela a pretensão e a obrigação, o que é diferente da construção com a existência de pretensão à restituição antes da denúncia de efeito imediato” *idem, ibidem*, v. XXIV, § 2.911, n. 1, p. 124). Nesta construção, há poder de denunciar, surgido, apenas com o exercício deste poder, a pretensão à restituição.

Em que pese a divergência de soluções possíveis, o exemplo pode ser aproveitado para evidenciar a existência de pretensões sem adimplibilidade: é perfeitamente possível que o contrato fixe o dever de guarda por certo período de tempo, podendo o depositante requerer o objeto, e devolvê-lo à guarda do depositário durante a vigência do contrato. E tem-se aí obrigação sem adimplibilidade (dependente de efetivo exercício pelo credor), e sem se precisar cogitar do poder de denunciar o negócio.

jurídicas podem ser objeto do suporte fático de outras normas, cf. Capítulo I, seção I.4 *supra*); incide, neste caso, norma que subordina o cumprimento (e mesmo a possibilidade de cumprimento) da prestação à efetiva exigência pelo credor.

Importante ressaltar, aqui, a possibilidade da lei suspender a eficácia da obrigação (isto é, há pretensão e correlata obrigação, mas esta não é ainda, adimplível). Se é assim, pode dar-se também que a lei subordine a eficácia da obrigação não apenas à exigibilidade do credor, mas também a outros fatos ou atos. Pode haver, assim, casos em que a adimplibilidade não depende, apenas, de efetivo exercício da pretensão pelo credor, mas também de atos do devedor, preparatórios ao efetivo cumprimento da prestação, ou mesmo necessários a se verificar se de fato existe a pretensão, e qual seu conteúdo.

Esta observação, a que voltaremos, é importante não apenas no direito material, mas para se explicar certas pretensões do titular da ação, como jurisdicionado, em face do Estado (cf. Capítulo VII *infra*).

IV.3 Poderes jurídicos. Direitos formativos e expectativos

Diversos poderes são, em princípio ao menos, extrajurídicos. Assim, o possuidor exerce o poder tico “de ato”, c art *aliter*, se tem direito à posse), eventualmente relevante como elemento do suporte fático abstrato de determinadas normas jurídicas (v. art. 1210 CC, que trata das ações possessórias)¹⁰⁵. Também a revogação é entendida por F. C. PONTES DE MIRANDA como um poder fático¹⁰⁶. Como observa este autor,

nem toda faculdade de extinguir direito, pretensão ou ação é direito formativo extintivo. É preciso, para que tal direito ocorra, que a faculdade seja *conteúdo* de direito. A renúncia à propriedade (art. 589, II) e o abandono da propriedade (art. 589, III e § 2º) não são exercício de direito formativo extintivo (...). A faculdade, aí, não foi *juridicizada* antes; o que é

¹⁰⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 569, n. 4, p. 251-252.

¹⁰⁶ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 584, p. 311-312.

suporte fático da perda do direito é o ato com que se exerceu ela, e não a faculdade mesma¹⁰⁷.

Assim, falta à revogação dos negócios jurídicos, bem assim às espécies da renúncia ou do abandono de propriedade, um fato jurídico anterior, cujo efeito fosse, precisamente, o surgimento de um direito formativo extintivo. Em todos estes casos, tem-se o exercício de poderes e tra r dicos, e “o e s porte tico da perda do direito o ato com e se erce ela, e não a ac ldade mesma” (cf. nota n. 107 *supra*).

Portanto, para que se trate de direito formativo, ou o poder (verificado já nas relações sociais, e assim extrajurídico) é previamente juridicizado - transformando-se, assim, em conteúdo de direito formativo -, ou o Direito cria um novo poder, que já surge, assim, juridicizado. Em ambas as hipóteses, haverá dois fatos juridicamente relevantes (e portanto fatos jurídicos): o primeiro, de que surge o direito formativo, e o segundo, que constitui exercício deste direito, exercício a partir do qual se produz alguma modificação no mundo jurídico.

Como se depreende, “o objeto do direito formativo dito também direito de configuração ou constitutivo (□estaltun□srec□t) é a formação geradora, ou modificativa, ou extintiva: direito à prática de ato, que gere, modifique, o e tin a”¹⁰⁸. Quanto ao exercício dos direitos formativos,

¹⁰⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 5, p. 312. No caso da re o ação da doação, e e i e demanda dicial, “A ação não desconstitui o negócio jurídico da doação; a ação integra a declaração de vontade negativa da vo□ nega-se a continuidade do suporte fático; não, o negócio jurídico. O negócio jurídico deixa de ser por e termina ando cessa de ser s iciente o s porte tico permanente”, c *idem, ibidem*, v. V, § 584, n. 1, p. 312.

Para tanto, observamos, seria necessário considerar que a sentença de procedência apenas *declararia a retirada do suporte tico*, pela revogação, e a conseqüente desconstituição do negócio jurídico, podendo ter, *quanto a este e ito* (desconstituição do *ne□cio jur dico*), alguma eficácia constitutiva, integrando, como fator de eficácia, a revogação já ocorrida. Trata-se de uma hipótese em que o Direito, *e□ceptionalmente*, concede efeitos ao ato de revogação *j□ ocorrido no plano tico*; noutras situações, a revogação, que é retirada da vo□ da manifestação, seria ato juridicamente irrelevante ou, se juridicizada, seria ato ineficaz, permanecendo íntegro o ato ou negócio jurídico.

De nossa parte, contudo, e observando que a revogação da doação é admitida apenas em certas hipóteses, como sanção de ilícitos particularmente graves cometidos pelo donatário, parece-nos que o Direito não apenas juridicizou o ato de revogação já ocorrido no mundo fático, mas sim juridicizou o próprio poder de revogar (de que o ato de revogação constitui exercício), transformando-o em conteúdo de um poder formativo extintivo, a saber, de uma ação de direito material.

¹⁰⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 583, n. 1, p. 306.

Ou esses direitos se exercem *a* por meio de declaração de vontade, formal ou não formal, como o direito de resolução e o direito de denúncia; ou *b* mediante a prática de certo ato, como o direito de caça ou de pesca, quando é direito a formar direito (...); ou *c* mediante sentença constitutiva, como o direito de desquitar-se; ou *d* com a declaração de outra autoridade pública que a judiciária, tal como acontece com as licenças de exportação, se a lei prevê todos os casos em que hão de ser dadas¹⁰⁹.

Como cediço, a diferença fundamental entre os direitos a uma prestação e os direitos formativos está em que, nestes, o efeito jurídico almejado já não depende da conduta (prestação) do sujeito passivo. Portanto, a posição passiva correlata aos direitos formativos não é um dever, mas uma *sujeição*. Daí que

As pretensões não se confundem com os direitos formativos geradores, modificadores ou extintivos. Esses operam por si, sem necessidade de ato ou omissão do devedor. É possível a pretensão à constituição, modificação ou extinção, se do fato jurídico resultou que alguém se obrigou a constituir, modificar ou extinguir, e só por si não no poderia o credor¹¹⁰.

Tal como os direitos formativos, os direitos expectativos também não dependem de qualquer atuação do respectivo sujeito passivo. Há também aqui, portanto, *sujeição* e, não “de ser de so rer o nascimento” do direito, como c e o a a irmar F C. PONTES DE MIRANDA¹¹¹. A grande diferença entre os direitos formativos e expectativos está em que “esse s depende de elemento em e não entra a ontade do titular”¹¹², como o implemento de uma condição. Implementada esta, irradia-se o direito *expectado*.

É importante observar que a eficácia dos direitos formativos e expectativos não se irradia dos direitos mesmos, sendo sempre necessário algum fato jurídico subsequente: o *exercício* do direito, pelo titular do direito formativo, ou a superveniência de fato (sempre estranho à vontade do titular) para que o direito expectativo irradie sua eficácia. Como

¹⁰⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 583, n. 2, p. 306.

¹¹⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 4, p. 453.

¹¹¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 577, n. 2, p. 287.

¹¹² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 577, n. 1, p. 285.

observa F. C. PONTES DE MIRANDA, “a coisa a e ist ncia, a ormação, a *estaltun* dos direitos, e o tra, a irradiação de s a e ic cia”¹¹³.

Disto decorre que “A e ic cia do direito e pectati o anterior e inconfundível com a do direito expectado. O direito expectado é futuro; ainda não tem efeitos: é efeito, ele mesmo, que ainda não se prod i ”¹¹⁴. Observação semelhante se pode fazer quanto aos direitos formativos: o direito formativo é, em primeira aproximação ao menos, “direito pr tica de ato, e ere, modi i e, o e tin a”¹¹⁵, e portanto a eficácia do direito formativo (poder praticar, eficazmente, determinado ato) não se confunde com a eficácia decorrente do exercício do ato (efetiva constituição, modificação, ou extinção de determinada situação jurídica).

Há, certo, uma relação entre os dois fatos jurídicos, na medida em que o primeiro (do qual surge o direito formativo ou expectativo) determina o conteúdo do ato que o titular poderá exercer (predeterminando assim a eficácia deste), ou determina o conteúdo do direito *expectado* que eventualmente surgirá - além de determinar, neste caso, o fato que lhe dará origem.

Assim, embora os fatos antecedentes predeterminem o conteúdo dos *eventuais* fatos subsequentes, a eficácia (de constituição, modificação ou extinção de determinada situação jurídica, ou de surgimento do direito *expectado*) se irradia *sempre destes últimos*, que podem ocorrer ou não (o titular pode não exercer seu direito formativo; a condição pode não se verificar).

Portanto, e em que pese aquela predeterminação do conteúdo (e portanto da eficácia), os fatos subsequentes são a causa destes efeitos, que *não existem*, ainda, “latentes” o “em potência”, antes do e eti o e erc cio do direito ormati o, ou do efetivo implemento da condição. O exemplo de G. CHIOVENDA, neste ponto, é esclarecedor:

¹¹³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 583, n. 6, p. 309.

¹¹⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 577, n. 2, p. 287.

¹¹⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 583, n. 1, p. 306.

P. ex., se eu vendo uma coisa minha a Tício com pacto de resgate, não se pode por certo dizer que eu permaneça proprietário e que somente para *exercitar* este direito de propriedade seja necessária a declaração de resgatar: ao contrário, eu perdi a propriedade, e proprietário é Tício (proprietário *revocabile* o chama a lei): mas eu tenho, em relação a ele, o poder jurídico de reconstituir-me o direito de propriedade perdido¹¹⁶.

Fundamental observar-se, neste momento, que os direitos expectativos e formativos não exaurem as espécies de poderes jurídicos. Há, ainda, a *ação de direito material*, objeto desta tese, e as *exceções*¹¹⁷.

Por ora, contudo, é necessário aprofundar o exame da distinção entre os direitos a uma prestação (e as respectivas pretensões), de um lado, e os poderes jurídicos, de outro, para examinar as possíveis relações entre uns e outros.

IV.4 Direitos conexos a poderes jurídicos. Deveres de abstenção

Muitas vezes, as relações jurídicas não se compõem, apenas, por uma única posição ativa, e sua correlata posição passiva. Podem coexistir, nas relações jurídicas, direitos a uma prestação (e correspondentes deveres de prestar), e poderes jurídicos (e correspondentes sujeições), além de faculdades (que são situações correlatas à ausência de direitos a uma prestação) e imunidades (que são situações correlatas à ausência de poder).

Assim, *in*, numa relação creditória, pode haver o poder (direito formativo modificativo), do credor ou do devedor, de escolher qual das prestações alternativas deverá ser executada (art. 252 CC), ou o direito formativo de interpelar para constituir em mora o devedor de obrigação sem termo fixado (art. 397, I CC), entre outros. Nestes exemplos, a

¹¹⁶ G. CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1965, § 1º, n. II, p. 41. No original “Ad es, se io vendo la cosa mia a Tizio con patto di riscatto, non si può dire certo che io rimanga proprietario e che solo per *esercitare* questo diritto di proprietà sia necessaria la dichiarazione di riscattare: al contrario, io ho perduto la proprietà, e proprietario è Tizio (proprietário *revocabile* lo chiama la legge): ma io ho rispetto a lui il potere giuridico di ricostituirmi il diritto di proprietà perduto”. Sobre a distinção entre os fatos jurídicos antecedentes e subsequentes, e sobre as distintas eficácias de um e de outro, cf. A. MOTTO. *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*. Torino: Giappichelli, 2012, Cap. I, nn. 5-6, pp. 34-45.

¹¹⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. 100, n. 1, p. 101, p. 102. “O sentido do direito material, nos sistemas jurídicos contemporâneos, exceções são exercício de direitos que correspondem ao devedor e não excluem o nascimento nem a existência do direito, pretensão, ação ou exceção do titular do outro direito. Há direito frente a direito, por m somente no plano da eficácia deles”

relação direito de er a relação principal, e o poder jurídico (conexo ao direito ou ao dever, conforme o caso) é a posição secundária.

Há também, ao revés, direitos a uma prestação (e correlativos deveres de prestar) *conexos* aos poderes jurídicos, sendo estes as posições principais e aqueles as posições secundárias. Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA,

Tem-se escrito que dos direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos não nascem pretensões: ao exercício deles basta o ato unilateral, próprio, do titular; de modo que não poderia o sujeito passivo, singular ou total, “opor-se”, nem precisaria o titular de impedir dele e se a stí esse de qualquer ato positivo ou negativo. Há aí, da parte de alguns juristas (...), confusão entre desnecessidade de intervenção ou cooperação do sujeito passivo e inexistência de pretensão: o sujeito passivo tem de abster-se de impedir ou dificultar o direito formativo. Tanto assim que, (...) se ainda vou propor ação de nulidade de negócio jurídico contra B, e B, invocando o negócio jurídico, cobra o que diz ser-lhe devido, é a pretensão à desconstituição o que alego contra a sua exigência, e não a ação constitutiva negativa.

O mesmo raciocínio cabe a propósito de direitos expectativos. Aqui, adquire-se o direito expectado, sem ser preciso qualquer ato do expectante. Para obstar as turbações e esbulhos, os sistemas jurídicos criaram reações aos atos turbativos ou esbulhantes. Há, pois, direito e pretensão, - pretensões a que não se frustrate ou não se prejudique o direito expectativo, frustrando-se ou prejudicando-se o objeto expectado. O art. 120 é elo ente ep ta-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavoreceu. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento¹¹⁸.

Estes deveres, a que se refere F. C. PONTES DE MIRANDA, *não são* a posição jurídica passiva correlata ao direito formativo ou expectativo; o correlato de um poder jurídico é sempre uma sujeição, isto é, a possibilidade de alteração na situação jurídica do sujeito passivo sem depender de qualquer conduta (e mesmo contra a vontade) deste. Assim, qualquer dever deste sujeito passivo (sujeito passivo de um direito formativo ou expectativo) é correlato não ao poder jurídico mesmo, mas sim a um direito (direito a uma prestação) *conexo* a este poder.

¹¹⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 7, p. 462. O art. 120 CC 1916 é o atual art. 129 CC, com leves diferenças de redação, e sem alteração de significado.

possível, portanto, e a a de er “de abster-se de impedir ou dificultar o direito formativo” (o que deve ser entendido como dever de não impedir nem dificultar o *exercício* do direito formativo), dever este *conexo* ao direito formativo. Há também dever e obrigação, para o sujeito passivo de um direito expectativo, de não interferir no *iter* causal relevante para o surgimento de eventual direito expectado, *ex vi* do art. 129 CC.

A nosso ver, não é possível considerar-se um eventual ilícito cometido pelo sujeito passivo (*viz*, impedindo ou dificultando o exercício do direito formativo) como violação “ao direito formativo” o “ao direito expectativo” sso porque estes direitos, em si mesmo considerados, não supõem e não se referem a qualquer conduta daquele sujeito. Necessário, portanto, uma outra posição jurídica, que, exigindo a abstenção, torne ilícitas determinadas condutas. Daqui a necessidade de se conceber direito (e pretensão) de abstenção *conexos* aos poderes jurídicos. Observação semelhante se pode fazer para as outras espécies de poder jurídico, quais sejam, as ações de direito material, e as exceções.

Assim, uma conduta que *aparente* ser violadora “do direito formativo” o expectativo), por impedir ou dificultar o exercício deste, constitui em verdade violação de direitos a uma prestação *conexos* ao direito formativo (ou expectativo). Violada esta obrigação, surge ação de direito material, voltada à cessação do ilícito (ação de abstenção). Pode ser que o ilícito tenha também causado dano, determinando portanto o surgimento de direito e pretensão à indenização (*viz*, despesas com o ato de exercício do direito, que foi frustrado pelo sujeito passivo, ou despesas com o refazimento deste ato).

Estes deveres de abstenção surgem ainda mais relevantes quando se recorda que o poder, embora alterando a situação jurídica do titular passivo, não necessariamente se restringe, apenas, a mudanças no “modo do pensamento”, atinindo também o “modo dos atos”. Assim, *viz*, os diversos atos realizados pelo Estado, ao longo do processo executivo, compreendem não apenas alterações jurídicas, mas ingerências e constrições materiais no patrimônio do executado, que mais cedo ou mais tarde se vê despojado da posse de determinados bens, seja em virtude de medida cautelar ou assecuratória, seja afinal por sua transferência física (e jurídica) para eventual adquirente.

Por mais que haja, aqui, dever de entrega por parte do executado, é sempre possível ao Estado intervir e proceder à transferência física (coativa) do bem no caso de não cumprimento deste dever. Da mesma maneira, o Estado pode proceder, coativamente, à reintegração ou imissão de posse. E, em relação a todos estes atos (no exemplo, atos de poder estatal, de ser “de abster-se de impedir ou dificultar” (cf. nota n. 118 *supra*) o exercício do poder jurídico.

IV.5 Direitos conexos a poderes jurídicos. Direito e pretensão à prática do ato constitutivo, modificativo, ou extintivo

O exame dos direitos (a uma prestação) conexos aos poderes jurídicos não se exaure nos apontados direitos e deveres de abstenção. F. C. PONTES DE MIRANDA já o ser o direito formativo implica “direito prática de ato, e ere, modi i e, o e tin a”¹¹⁹. A palavra “direito” i ra, a i, em sentido amplo, sin nimo de posição r dica ati a ara se tratar de m “direito” prática do ato, é necessário identificar um dever correlato, e o único que parece se afigurar, aqui, é um dever do sujeito passivo de tolerar a prática do ato, o que se reconduz aos deveres de abstenção, objeto da seção anterior.

Trata-se, portanto, de verdadeiro *poder* de praticar o ato, de uma *leñitimação*, já que não se trata de uma conduta qualquer, genericamente compreendida na esfera de liberdades do titular do poder, mas sim de um ato eficaz a produzir alterações na esfera jurídica de outro sujeito.

Muitas vezes, o ato pode ser praticado pelo próprio titular do poder, assim vñ o devedor ou o credor que escolhe, nas obrigações alternativas, a prestação a ser executada, ou o locador que exerce seu poder de denúncia (cheia ou vazia) do contrato de locação.

Todavia, uma vez que o poder jurídico se caracteriza pela possibilidade de alterar a esfera jurídica do sujeito passivo, este poder não precisa compreender, *necessariamente*, a legitimação para a prática do ato. O poder jurídico continua a existir, *entre os mesmos sujeitos ativo e passivo*, se seu titular pode exigir *de terceiro* o ato de que resultem

¹¹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 583, n. 1, p. 306.

alterações na esfera do sujeito passivo. F. C. PONTES DE MIRANDA reconhece, por exemplo, poderes e se exercem “mediante sentença constitutiva, como o direito de desquitar-se” e nota *supra*¹²⁰. E, como se verá mais adiante, é precisamente isto que se dá hoje, na generalidade dos casos, com a ação de direito material.

Neste ponto, surge uma questão digna de análise, porquanto duas (pelo menos) são as construções em princípio possíveis. Numa, o exercício do poder jurídico pelo titular se restringe, apenas, à sua dedução (o que já supõe afirmar-se a existência do poder deduzido), e ao concomitante exercício da pretensão ao ato devido, que será então produtivo da eficácia a que está sujeito o titular passivo. Ou seja, nestes casos o exercício do direito pelo titular não produz a eficácia final, por este almejada. Noutra possível concepção, o exercício do ato pelo titular já produz a eficácia por este desejada (já produz, portanto, a modificação da situação jurídica do sujeito passivo), mas esta eficácia se encontra ainda suspensa, requerendo um elemento integrativo de eficácia, consistente justamente no ato que terceira pessoa está obrigada a prestar. Uma vez que ambas as construções são possíveis, e que diferentes espécies de poder jurídico podem ter estruturas também diferentes, trataremos desta questão mais adiante, ao examinarmos as ações de direito material (e, notadamente, as ações constitutivas).

Antes, todavia, é necessário examinar toda a possível eficácia dos fatos jurídicos ilícitos (em sentido amplo), isolando, entre seus possíveis efeitos, a ação de direito material. Em seguida, será necessário verificar como a ação interage com outras posições jurídicas, notadamente: (i) com a pretensão de direito material, violada, que lhe está à base, *se neste o caso* (a nosso ver, nem sempre haverá pretensão à base da ação de direito material); (ii) com as posições jurídicas, abstratas, de direito processual; e (iii) com a pretensão, que acabamos de entrever nesta seção, dirigida de ordinário ao Estado, e que tem por objeto a prestação dos atos necessários à produção dos efeitos jurídicos objeto da ação de direito material.

¹²⁰ Observe-se todavia que o desquite, nas hipóteses do art. 317 CC1916 (revogado já pela Lei n. 6.515/77), não constituía direito formativo extintivo, mas sim ação de direito material, de natureza constitutiva negativa, porque sempre *sanção* a violações particularmente graves dos deveres conjugais (cf. art. 317, I-IV CC1916). Já o desquite amigável, previsto no art. 318 CC1916 (igualmente revogado pela Lei n. 6.515/77), este sim era verdadeiro direito formativo extintivo, cotitulado por ambos os cônjuges (e necessariamente exercido mediante acordo de ambos, manifestado perante o juízo).

CAPÍTULO V

FATOS ILÍCITOS E RELAÇÃO JURÍDICA

Fatos ilícitos absolutos e relativos. Eficácia dos fatos ilícitos

Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA, existem ilícitos relevantes em cada um dos planos do mundo jurídico, sendo diversa, também, sua eficácia:

A ilicitude pode ser encarada como *juridicizante*, isto é *a* determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para irradiação de sua eficácia responsabilizadora (art. 159), ou *b* para a perda de algum direito, pretensão ou ação (*caducidade com culpa*), como se dá com o pátrio poder (art. 395 e Código Penal, art. 69), ou *c* como *infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções*, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou *d* como *nulificante* (...) Aqui, só no caberia cogitarmos do ilícito que se passa no *plano da existência*, distinguindo o ilícito gerador da obrigação de reparar o dano e o ilícito determinador de caducidade. O ilícito concernente à nulidade já entende com o *plano da validade*; e o ilícito das infrações das obrigações, com o *plano da eficácia*¹²¹.

A ilicitude pode, é certo, relevar para os diversos planos do fato, e do mundo, jurídicos. Todavia, a nosso juízo, esta análise deve principiar pelo exame da contrariedade a direito *em relação ao próprio ato jurídico* em cujo suporte fático aquela contrariedade se insere.

Assim, como visto no Capítulo II *supra*, a contrariedade a direito pode ser: (i) elemento nuclear (*completante do núcleo*) do suporte fático, necessário à existência mesma do fato, que assim será sempre fato jurídico ilícito; é o que ocorre com os *atos jurídicos stricto sensu ilícitos*, com os *atos jurídicos ilícitos*, e com os *atos jurídicos ilícitos, absolutos ou relativos*; ou (ii) *elemento extranuclear* do suporte fático (e portanto não necessário para a incidência da norma, nem para a existência do ato jurídico de que se trata), relevante para o plano da validade, determinando a *invalidade* - nulidade ou anulabilidade - do negócio jurídico, ou do ato jurídico (em sentido estrito) *em abstrato*

¹²¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 164, n. 1, p. 201-202. Sobre os atos ilícitos indenizativos, cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 64, n. 3.1, p. 296-297. Sobre os atos ilícitos caducificantes, cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 64, n. 3.2, p. 297-298.

permitido pelo ordenamento; ou, por fim, (iii) também *elemento extra-nuclear* do suporte fático, mas agora relevante para o plano da eficácia, determinando a *ineficácia* do negócio jurídico, ou do ato jurídico (em sentido estrito) *em abstrato* permitido pelo ordenamento¹²².

Portanto, iniciamos o exame da contrariedade a direito (e da consequente ilicitude) *pelo próprio ato jurídico ilícito*. Neste contexto, a contrariedade a direito é relevante *para o plano da existência* (ou seja, é elemento completante do núcleo) tanto nos atos ilícitos indenizativos do art. 159 CC/1916 (art. 186 c./c. art. 927 CC), que são hipóteses de *atos ilícitos absolutos*, quanto nas referidas in raç es “*culposa[s] de deveres, obrigações, ações ou exceções*, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual”, hipóteses de *atos ilícitos relativos* (cf. nota n. 121 *supra*; a culpa, referida no excerto por F. C. PONTES DE MIRANDA, já exclui que se trate de fato ilícito, ou de ato-fato ilícito).

Quando F. C. PONTES DE MIRANDA observa que os atos ilícitos indenizativos são relevantes para o plano da existência, e as violações culposas de deveres ou obrigações contratuais são relevantes para o plano da eficácia, ele *não está examinando apenas o ato ilícito no caso, atos stricto sensu ilícitos isoladamente e em si mesmo considerado* (como o fizemos até agora), *mas sim em face de uma relação jurídica anterior, ou, mais amplamente, da situação jurídica anterior* (os atos ilícitos absolutos podem ocorrer mesmo se não havia relação jurídica anterior, cf. seção V.1.1 *infra*, embora a hipótese mais frequente seja a da existência de uma relação anterior, de natureza absoluta).

Estas classificações (a de F. C. PONTES DE MIRANDA e a que apresentamos no Capítulo II *supra*) não necessariamente se excluem, e em verdade se complementam. Excluir-se-iam, se se afirmasse que as violações culposas de deveres ou obrigações contratuais (hipóteses de *atos ilícitos relativos*, em que a contrariedade a direito é elemento completante do núcleo, e necessária para a própria existência do ato) são relevantes,

¹²²

A relevância da ilicitude para o plano da eficácia não se cinge, apenas, a eventual sanção de ineficácia. A estas se deu destaque no Capítulo II porque, nele, a análise se restringia à relevância da ilicitude *para o próprio ato jurídico* (no caso, para os negócios jurídicos, ou os atos jurídicos em abstrato permitidos pelo ordenamento). Todavia, nada impede que um determinado negócio jurídico (ou um ato jurídico em sentido estrito, em abstrato permitido pelo ordenamento) se forme com alguma contrariedade a direito, e norma jurídica especial fixe outra sanção, distinta de eventual nulidade (cf. art. 166, VII CC) ou de ineficácia. Muitas vezes, a ineficácia é medida inadequada para a superação das consequências do ilícito. A questão que surge agora, portanto, é a da eficácia dos fatos ilícitos (em sentido amplo), objeto deste Capítulo.

apenas, para o plano da eficácia. Esta não nos parece, todavia, a melhor exegese, nem a solução correta.

Em verdade, o fato ilícito relativo (fato ilícito *stricto sensu* relativo, ou ato-fato relativo, ou ato ilícito relativo) apenas pode ter existência porque uma relação anterior, *relativa*, torna determinada conduta contrária a direito, *implicando violação de dever ou de pretensão* *relativos* *anteriormente e* *existentes*, sendo assim *ilícito relativo* o fato jurídico resultante da incidência da norma¹²³. E esta dependência não releva, apenas, para o surgimento do fato ilícito relativo, *mas também para sua eficácia*, que se insere naquela relação jurídica anterior, sendo assim também dependente desta¹²⁴ (cf. seção V.2).

Daqui, portanto, a relevância do ilícito relativo para o plano da eficácia, embora o fato ilícito relativo já seja definido, desde o plano da existência, como ilícito.

Por sua vez, o ilícito absoluto (fato ilícito *stricto sensu* absoluto, ou ato-fato absoluto, ou ato ilícito absoluto), além de se definir, desde o plano da existência, como ilícito, pode também relevar para este plano num outro sentido, à medida em que dele se irradie relação jurídica independente da relação jurídica anterior, eventualmente existente (cf. seção V.1, *intra*).

Uma vez que já se haja analisado a classificação dos fatos jurídicos, inclusive no que tange ao papel da contrariedade a direito (Capítulo II), bem assim os direitos a uma prestação, encontrados nas relações relativas e nas absolutas (Capítulo IV), é possível agora aprofundar a análise dos fatos jurídicos ilícitos, absolutos e relativos (seções V.1 e V.2), para posteriormente examinar os fatos ilícitos invalidantes (seção V.3), tendo em vista a *formação* e os *efeitos* destes atos, buscando então isolar, nas diversas manifestações eficaciais, a ação de direito material.

Duas observações são importantes, neste ponto. Em primeiro lugar, deve-se atentar a que, embora a distinção entre ilícitos absolutos e relativos seja mais comumente referida

¹²³ Assim, a análise conduzida no Capítulo II deve ser necessariamente integrada, como ora se faz, com o exame da relação jurídica anterior, relevante para o surgimento do ato ilícito relativo.

¹²⁴ Todavia, esta dependência da relação jurídica anterior se pode verificar, também, em determinados ilícitos absolutos, como se verá na seção V.1 *intra*.

aos atos jurídicos *stricto sensu* ilícitos, ela em verdade perpassa as diversas categorias de fatos jurídicos ilícitos (em sentido amplo). Pode haver, assim, fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos absolutos ou relativos, atos-fatos jurídicos ilícitos absolutos ou relativos, e atos jurídicos *stricto sensu* ilícitos absolutos ou relativos. O critério é, sempre, se se está a violar posição jurídica (direito ou pretensão) absoluta ou relativa, recordando-se que, no caso dos ilícitos absolutos, pode nem mesmo haver relação jurídica anterior (cf. seção V.1.1 *infra*)¹²⁵.

Assim, v[er] a assunção contratual de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior enseja, se estes se verificam, o surgimento de fato ilícito *stricto sensu* relativo. Onde a lei, excepcionalmente, fixar a responsabilidade objetiva por danos a direito real ou de personalidade, haverá, com sua ocorrência, fato ilícito *stricto sensu* absoluto¹²⁶. As interferências ilícitas do art. 1277 CC consistem em ato-fato ilícito absoluto. Pode mesmo haver concorrência entre ilícitos relativos e absolutos, como observa F. C. PONTES DE MIRANDA:

Os atos ilícitos, os atos-fatos ilícitos, e os fatos *stricto sensu* ilícitos, de que se irradia responsabilidade extranegocial [refere-se, aqui, aos ilícitos absolutos], podem, ao mesmo tempo, ser infração negocial, de modo que o suporte fático a responsabilidade extranegocial e o da responsabilidade negocial coincidem. O depositário, por exemplo, pode responder por violação do contrato de depósito e por ilicitude extranegocial. A lesão corporal de quem tomou o cavalo em locação pode ser imputável ao locador, como contraente, e ao mesmo tempo ao locador, pelo delito [ato ilícito absoluto] que cometeu, excitando, de propósito, o animal, para que o locatário caísse¹²⁷.

Evidente, do excerto citado, que o caráter absoluto ou relativo do ilícito perpassa as diversas classes de fatos ilícitos (fatos *stricto sensu* ilícitos, atos-fatos ilícitos, ou atos jurídicos ilícitos).

¹²⁵ Questão distinta, embora relacionada a esta, é saber se a eficácia dos fatos ilícitos é dependente ou independente da relação jurídica anterior, violada. Nos ilícitos relativos, será dependente. Nos ilícitos absolutos, a eficácia pode ser dependente ou independente, cf. seção V.1 *infra*.

¹²⁶ Dizemos excepcionalmente porque a regra geral, no direito brasileiro, é a da responsabilidade por culpa (art. 159 CC1916; art. 186 c./c. art. 927 CC), pelo que os atos ilícitos absolutos são mais frequentes. Isto explica porque, ao tratarmos dos fatos ilícitos absolutos (em sentido amplo) diversos excertos se referirão, apenas, aos *atos ilícitos absolutos*, embora tudo aquilo que diga respeito ao caráter absoluto da ilicitude se aplique, também, às outras espécies de fatos ilícitos.

¹²⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.501, n. 3, p. 86.

Outrossim, importa recordar que todo o fato jurídico (em sentido amplo) há de ter *sempre* algum efeito (cf. Capítulo III *supra*), embora possa não irradiar sua eficácia própria, típica, como ocorre com os atos ou negócios jurídicos nulos, dos quais surge, pelo menos, poder para a desconstituição daquele ato, e a correlata sujeição. Similarmente, os atos ineficazes não irradiam sua eficácia própria, típica, mas pode haver pretensão ao reconhecimento desta ineficácia, e ação declaratória, caso não seja reconhecida; se a matéria não comporta reconhecimento pelo sujeito passivo, pode haver apenas poder visando a declaração (judicial ou administrativa) desta ineficácia.

V.1 Fatos ilícitos absolutos

Se a relação jurídica previamente existente, entre ofendido e ofensor, é de natureza absoluta (como ocorre nos direitos reais e nos direitos de personalidade), *ou mesmo se não havia relação jurídica*¹²⁸, o fato contrário a direito é *ato ilícito absoluto*¹²⁹. Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA,

A responsabilidade por ato ilícito *stricto sensu* é pela ofensa ao direito como sujeito passivo total. Uma vez que a lesão é a direito a que todos devem atender, por serem sujeitos passivos inclusos no sujeito total, há ato ilícito *stricto sensu*, e não responsabilidade por violação de direito, pretensão, ação, ou exceção, contra o violador, sujeito individual da relação jurídica. É ato ilícito, *stricto sensu* portanto, o que ofende a direitos que todos têm de satisfazer, por sua ação ou omissão¹³⁰.

Pode dar-se que haja relação jurídica de natureza relativa, mas a violação não seja a direito ou pretensão desta relação jurídica; então, o que se haverá é fato ilícito absoluto, como observam M. BERNARDES DE MELLO¹³¹ e F. C. PONTES DE MIRANDA:

¹²⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 166, n. 2, p. 213.

¹²⁹ O ato ilícito absoluto é também denominado *ato ilícito em sentido estrito* (cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 166, p. 213-216), denominação que, se utilizada (o que não se fará nesta tese), deveria ser estendida, também, aos fatos *stricto sensu* ilícitos absolutos e aos atos-fatos ilícitos absolutos. Destaque-se que, neste caso, e diferentemente do que temos isto até a ora, a expressão “em sentido estrito” aludida não o ato (ato jurídico em sentido estrito), mas sim a ilicitude que nele se verifica; isto é, qualifica não o elemento-germe, mas o elemento completante do núcleo. *Ato ilícito em sentido estrito* é, portanto, ato (jurídico em sentido estrito) ilícito em sentido estrito.

¹³⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 166, n. 2, p. 213-214.

¹³¹ Cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 63, n. 1, p. 288-289.

O mesmo ato pode ser objeto dos suportes fáticos de regras jurídicas diferentes; inclusive a incidência de uma delas pode fazê-lo entrar como ato ilícito relativo, e a de outra, como ato ilícito absoluto. Basta para isso que violador de contrato, ou de outro negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu*, também o seja de direito absoluto; ou, melhor, que o ato seja ilícito absoluto e o fosse ainda se não existisse a relação jurídica [relativa] entre o agente e o lesado. O que se apropria do depósito viola as obrigações do depositário e ofende o direito de propriedade, civil e penalmente¹³².

No que tange à eficácia dos *atos ilícitos absolutos* (em sentido amplo), “s pomos a *independência* da obrigação resultante do ato”¹³³. “ato il cito [*absoluto*] estabelece, de si só e originariamente, o vínculo de obrigação. Quer dizer: excluem-se [*sic*] da matéria tudo quanto não produza aquela obrigação *independente*, oriunda de invasão da esfera jurídica de o trem”¹³⁴. Assim sucede, v[isto], com os atos ilícitos absolutos decorrentes da incidência dos arts. 186 c./c. 927 CC (art. 159 CC1916).

Todavia, uma vez que tenhamos definido os ilícitos absolutos como aqueles ilícitos que violam posições jurídicas absolutas (como parece decorrer das concepções de F. C. PONTES DE MIRANDA, cf. nota n. 130 *supra*), então haverá ilícitos absolutos cuja eficácia é *independente*, e ilícitos absolutos cuja eficácia é *dependente* da relação jurídica anterior violada; em outras palavras, a independência dos efeitos não pode, neste contexto, ser apontada como traço comum a todos ilícitos absolutos.

Sugerimos sejam designados “il citos a sol tos” todos aqueles que implicam violação a relações jurídicas absolutas, de maneira a evidenciar que qualquer um, em princípio, pode cometer tal ilícito. Todavia, dizer isto ainda é dizer muito pouco, pois aí já não esclarece *como* se dá esta violação, ou em que consiste ela.

Assim, faz-se necessário distinguir ilícitos absolutos cuja eficácia é independente da relação jurídica anterior (e a estes cabe melhor a denominação de fatos, ou atos-fatos,

¹³² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 170, n. 1, p. 201. Sobre a pluralidade de regras jurídicas, cf. *idem, ibidem*, v. II, § 170-171, p. 219-226.

¹³³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 97.

¹³⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 97. A independência, todavia, pode não ser absoluta, cf. *idem, ibidem*, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 98.

ou atos ilícitos em sentido estrito, cf. nota n. 129 *supra*), e ilícitos absolutos cuja eficácia é dependente da relação jurídica anterior (que é relação absoluta, recorde-se), inserindo-se nesta. Embora distintos, estes últimos já se aproximam dos ilícitos relativos no que diz respeito ao modo como se dá a violação (isto é, ao modo como surge a ilicitude), mais especificamente, à natureza dependente da violação e da respectiva eficácia, como se passa a demonstrar.

Seria talvez mais profícuo tratar, apenas, de ilícitos dependentes ou independentes, pouco importando a natureza da relação violada (os ilícitos relativos seriam sempre dependentes, enquanto os absolutos poderiam ser dependentes ou independentes). Todavia, como o tratamento da ilicitude não é o objeto da tese, preferimos partir da classificação tradicional, fazendo as adaptações que julgamos necessárias.

V.1.1 Fatos ilícitos absolutos indenizativos

“ato ilícito absoluto, se culpa, entra no mundo jurídico, onde produz o efeito de gerar e de oriçar a obrigação de indenização”¹³⁵. Incluem-se aqui, especialmente, os ilícitos previstos pelo art. 186, c./c. art. 927 CC (art. 159 CC1916), cuja imputabilidade se faz com base na culpa.

art. 186 disp. na e “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (destaque nosso). A disjuntiva fornecia base expressa para F. C. PONTES DE MIRANDA asseverar que

O texto brasileiro admite que haja reparação por lesão a bens que não são direitos subjetivos, sem excluir que os bens da vida (vida, integridade física e psíquica, liberdade, igualdade, verdade, honra, nome) sejam direitos subjetivos. O ato ilícito absoluto pode ir contra direitos subjetivos, contra direitos não-subjetivados e pois contra interesses juridicamente protegidos sem a categorização de direitos subjetivos. O texto brasileiro admite que os direitos da vida e as pressões causadas pelo ato ilícito, e em ap. s. “violar direito”, relembrando, no sistema jurídico brasileiro, se adotou a extensão maior de bens da vida, abrangendo

¹³⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 163, n. 2, p. 198.

bens da vida de que cogita a lei penal e de que cogitam outras leis de direito público¹³⁶.

Há, todavia, determinadas espécies de atos ilícitos em sentido estrito (arts. 936, 937 e 938 CC) em que se verifica, na designação ponteana, a *responsabilidade civil transubjetiva*, em que nem se exige culpa, nem há mera responsabilidade pelo risco, exigindo-se para a imputação (e portanto para a existência mesma do ato) uma certa atividade humana na origem, uma ligação subjetiva do responsável ao fato danoso do animal ou da coisa. Assim, nos citados artigos, respectivamente, a criação do animal, a titularidade da coisa que ameaça ruína, a habitação em prédio de que caia ou seja lançado algum objeto¹³⁷.

A bem se ver, o art. 927, par. ún., CC, ao estabelecer a responsabilidade independentemente de culpa “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, também estabelece importante hipótese de responsabilidade civil transubjetiva, exigindo uma ligação subjetiva entre o responsável e a atividade desenvolvida.

Os ilícitos do art. 186, c./c. art. 927 CC são, *sempre*, atos ilícitos absolutos, e *sempre* independentes de eventual relação jurídica anterior, gerando dever independente de indenização¹³⁸. Assim também os ilícitos dos arts. 927, par. ún., 936, 937 e 938 CC.

É importante esclarecer, ao ensejo, que nem sempre o dever de indenizar decorre de fato ilícito absoluto (há também os decorrentes de fatos ilícitos relativos, tratados na seção V.2), e nem sempre decorre de fato ilícito. Os atos referidos pelo art. 188, I e II CC (arts. 160, I e II CC1916) não são atos ilícitos, sendo que estas regras jurídicas operam como

¹³⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. I, p. 193-198, art. 186, par. ún. e “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” é um retrocesso na redação do dispositivo, que, em exegese literal, lhe reduziria o alcance, em detrimento de conquista histórica do direito civil brasileiro. Evidentemente, a interpretação da norma não se cinge a seu aspecto literal, devendo considerar, entre outros, os aspectos histórico e sistemático, devendo-se manter, para a norma atual, a interpretação fixada para o art. 159 CC1916.

¹³⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 163, n. 1, p. 193-198, e M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do Ato Jurídico - plano da Essência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 63, n. 3, p. 290-292.

¹³⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.567, n. 3, p. 3-4.

pré-excludentes da ilicitude; não havendo tais normas, incidiria a do art. 186, e o ato entraria no mundo jurídico como ato ilícito *stricto sensu* ou absoluto¹³⁹. O ato praticado em estado de necessidade (art. 188, II CC) é lícito e danoso, ensejando assim o surgimento do dever de indenizar.

Necessário, agora, aprofundar a análise da violação a relações jurídicas absolutas (tomaremos como exemplo a relação jurídica de propriedade) para se compreender melhor a distinção entre ilícitos dependentes e independentes (como já se observou, há fatos ilícitos absolutos dependentes e independentes).

V.1.2 Fatos Ilícitos absolutos dependentes e independentes

Já nos referimos à pretensão de abstenção (cf. Capítulo IV, seção IV.2, *supra*). Segundo F. C. PONTES DE MIRANDA, “A pretensão de abstenção, por sua vez, a própria pretensão de senhoria, ou de titularidade do direito, e não pretensão anexa”¹⁴⁰. A pretensão de abstenção, se violada, dá ensejo à ação de abstenção, que é ação de direito material¹⁴¹.

Contudo, antes de nos referirmos à ação de abstenção, é necessário tratar das diversas maneiras pelas quais a propriedade pode ser violada, porquanto distintas violações determinarão, também, distintas consequências jurídicas: “a) o domínio ser o devido a) por ato que o negue; b) por ato de esbulho; c) por ato que impeça, ou dificulte, ou cerceie o exercício das pretensões que o integram. As ações que correspondem a a) são a de abstenção e a declaratória negativa. A b) a de reivindicação e a de indenização. A c) a negatória”¹⁴². Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA,

A ação de abstenção, de que se falou no Tomo V, § 627, é a ação que tem o preceito, ou inicialmente, ou inserto na sentença. Até certo ponto coincide com a ação negatória, de fonte romana; não é, porém, a mesma: os juristas romanos especializaram o que daria, nos tempos modernos, a ação geral de

¹³⁹ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 164, n. 2, p. 203.

¹⁴⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.568, n. 2, p. 7.

¹⁴¹ Sobre a ação de abstenção, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 627, p. 493-501; *idem*, *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.568, n. 2, p. 5-6.

¹⁴² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.571, n. 1, p. 17.

abstenção (...) Onde há dúvida quanto a caber a ação negatória, a ação de abstenção, que abrange mais, é de propor-se. A ação possessória por turbação é ação de abstenção (...)¹⁴³.

o re a ação ne at ria, necess rio recordar e “A propriedade pode ser o endida, sem que a ofensa tire ao proprietário a posse. A pretensão e a ação, que lhe correspondem, independem de ser possuidor, ou não, o proprietário. Não importa se o ofensor invoca, ou não, o direito t r ação o se tem, o não, c lpa”¹⁴⁴. Assim,

É pressuposto negativo da ação negatória que a ofensa não seja à posse (ou não seja só à posse). Se o é, e se alega, a pretensão e a ação ou são reivindicatórias ou possessórias. Ao lado desse pressuposto negativo, que faz a pretensão negatória ser complementar das pretensões reivindicatória e possessória, está o pressuposto positivo de ferir o demandado o conteúdo do direito de propriedade, sendo duradoura a ofensa, ou, se passageira, de natureza a temer-se ulterior turbação. A pretensão negatória tem por fito, ali, eliminar a ofensa e, aqui, a abstenção de ulteriores turbações¹⁴⁵.

Como cediço, a reivindicatória é ação surgida da violação do *ius possidendi* (direito de posse) do proprietário, cf. art. 1228 CC (art. 524 CC1916). Seus pressupostos são “a *propriedade atual do titular*”¹⁴⁶ e “a *posse da coisa pelo r*”¹⁴⁷. “ as ori ens, a vindicação era só agarrar; portanto, sem ato positivo do demandado. Com a evolução posterior, máxime nos nossos dias, há [dever de] entrega, ato positivo do demandado, e não s □toler□ncia a e se retire a coisa ”¹⁴⁸.

Na reivindicatória, “ er-se a recuperação da posse, não porque se acuse o réu de esbulho, mas sim porque se diz e prova ser proprietário o autor a ter o *ius possidendi*”¹⁴⁹,

¹⁴³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.568, n. 2, p. 5.

¹⁴⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.583, n. 1, p. 67.

¹⁴⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.568, n. 2, p. 7.

¹⁴⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.573, n. 1, p. 20.

¹⁴⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.573, n. 2, p. 21.

¹⁴⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.572, n. 2, p. 20.

¹⁴⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.573, n. 3, p. 25.

porquanto “ende-se a propriedade se se ofende a posse de quem é proprietário e tem o direito a ela”¹⁵⁰.

Não mencionamos, aqui, as ações possessórias (art. 1210 CC) porque não são ações dominiais, bastando, para que surjam, a mera posse-fato (art. 1196 CC) mais a ameaça, turbação, ou esbulho.

O primeiro ponto digno de nota é que todas estas ações (de abstenção, negatória, reivindicatória), são *dependentes* da relação jurídica anterior. Trata-se, sempre, da defesa de alguma faculdade compreendida na propriedade. Mas aqui, apenas se aponta para uma característica comum destes efeitos, sem se examinar, suficientemente, as causas do fenômeno.

Como se nota supra, F. C. PONTES DE MIRANDA alude a pretensões negatórias ou reivindicatórias, e F. BAUR, citado por R. D. F. VANZELLA, escreve e “do dano [rectius, violação] ao direito (absoluto) real surgem pretensões que são direcionadas contra o causador do dano e, por isso, têm caráter relativo são os casos da pretensão reivindicatória [reivindicatória] conforme o § 985 e a pretensão negatória [negatória]; elas são direitos relativos, com a peculiaridade de que surgem de direito real e com ele permanecem ligadas”¹⁵¹. Anella conclui, a respeito, e “parece adequando, assim, definir as *pretensões reais* como posições jurídicas subjetivas ativas elementares do direito real como pretensões *primariamente absolutas e secundariamente relativas*”¹⁵².

Quanto à pretensão de abstenção (em verdade, uma multiplicidade ilimitável de pretensões de abstenção, dirigidas em princípio contra todos aqueles que não são o titular do bem), já vimos que existe *antes* de qualquer violação. De sua violação se irradia a ação de abstenção.

¹⁵⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. XIV, § 1.572, n. 2, p. 20.

¹⁵¹ F. BAUR; J. F. BAUR; R. STÜRNER. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 16. ed., Munchen: C. H. Beck, 1992, p. 06, *apud* R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. II, seção 2.3.2, p. 71.

¹⁵² R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. II, seção 2.3.2, p. 71.

Em nossa opinião, contudo, *as distintas ações reteridas supra ações de abstenção, nequitas e reivindicativas se irradiam da pretensão de abstenção violada*. Uma pretensão de abstenção como a do proprietário, protegendo as diversas faculdades contidas no direito de propriedade, é suscetível de inúmeros tipos de violações; dependendo de qual seja o conteúdo da violação (isto é, dependendo de qual seja a faculdade violada), podem irradiar-se distintas ações da pretensão de abstenção violada.

Recorde-se, ao ensejo, que “... e a pretensão real, no sentido lar o, tende a o ter a continuidade do estado que não se há de *perturbar*; a sua infração produz ação, para o restabelecimento daquele estado”¹⁵³ A “pretensão a prestação contínua proibiçã o se a, abstenção]) vem desde o início; a ação, por violação dela, não é crédito, no que somente é infração da proibição, e pois elidível pela recontinuação da omissão; há crédito, se da violação resultou *plus* que há de ser tratado como *outro* direito que aquele de que vem a pretensão”¹⁵⁴.

Ora, se a pretensão a stenção isa “continuidade do estado e não se de *perturbar*”, não necessário co itar-se de nova pretensão, surgida com a violação, para a cessação desta. Basta a pretensão de abstenção, que é pretensão de prestação contínua; deixando de ser satisfeita com a violação, torna a ser satisfeita quando cessa a violação.

Recorde-se ademais que a pretensão de abstenção, dirigindo-se *erã omnes*, consiste, em verdade, numa pluralidade potencialmente ilimitável de pretensões de abstenção, em princípio tantas quantas sejam o *alter* (isto é, os que não são o titular daquele bem). Assim, *todos* já estão em relação com o titular do direito de propriedade, ou de outro direito absoluto considerado, não sendo necessário cogitar do surgimento de pretensões ulteriores, relativas, para a cessação da violação.

A nosso ver, da violação à pretensão de abstenção podem surgir, *também*, outros direitos e pretensões, mas tendentes ao cumprimento da pretensão de abstenção (isto é, tendentes à cessação da conduta ofensiva) e portanto *conexas* a esta. Tais direitos e

¹⁵³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 616, n. 4, p. 456.

¹⁵⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 616, n. 5, p. 456.

pretensões se integram, assim, na relação jurídica anterior, ainda que se dirijam apenas ao ofensor, e não *erā omnes*.

Assim, v[isto], se o bem foi levado para lugar distinto de onde se encontrava, especialmente se fora do alcance do proprietário, há dever de entrega, como visto ao se tratar da reivindicação. Neste sentido se pode cogitar de uma pretensão reivindicatória, de conteúdo porventura *distinto* da pretensão de abstenção (mas conexa a esta), embora F. C. PONTES DE MIRANDA observe neste caso e “ as pretensões reais, o devedor da coisa abstém-se dos atos que seriam violação delas, inclusive se houve mudança de lugar da coisa, com a prática dos atos que a ponham no mesmo lugar, ou a coloquem à vista e alcance do credor real”¹⁵⁵.

A nosso ver, portanto, as ações negatória ou reivindicatória não supõem o surgimento de uma anterior pretensão negatória ou reivindicatória e, ainda que surjam direitos e pretensões, as ações negatória ou reivindicatória *não decorrem destas pretensões* (estas consistirão apenas em pretensões conexas à pretensão de abstenção), *mas sim da anterior pretensão de abstenção, que se violou*.

Outrossim, ainda que a violação determinasse o surgimento de novos direitos e pretensões (pretensão negatória, ou reivindicatória), para só então, a partir destas, irradiar-se a ação, teríamos neste caso dois atos ilícitos, o primeiro deles absoluto e dependente (sendo a nova relação, relativa, dependente da relação anterior, absoluta), e o segundo relativo (violação do direito e pretensão, relativos, surgidos com a violação da anterior pretensão absoluta), também dependente.

Observações semelhantes se poderiam fazer para as ações possessórias, mas logo seria necessário particularizar a defesa da posse-fato, que permanece como tal (isto é, no mundo dos fatos, cf. art. 1.196 CC) até que sobrevenha ameaça, turbação ou esbulho, somente então ingressando no mundo jurídico, e irradiando-se então pretensão de abstenção e ação possessória (tratamos aqui, sempre, das ações de direito material).

¹⁵⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 203, n.1, p. 355.

Se há *ius possidendi* (direito de posse), como ocorre com o proprietário, a posse é, então, exercício deste, e já há pretensão de abstenção que, violada por ameaça, turbação ou esbulho, enseja também o surgimento de ação possessória. Neste caso, não há que se falar em entrada, no mundo jurídico, de posse que já lá está, como conteúdo ou exercício de direito.

Recorde-se, ao ensejo, a observação de F. C. PONTES DE MIRANDA no sentido de que “A ação possessória por turbação ou abstenção” (nota n. *supra*); não apenas a turbação, porém. Também o esbulho implica violação à pretensão de abstenção (subtraindo-se a posse, está-se violando potencialmente *todas* as faculdades contidas na propriedade), que volta a ser satisfeita com sua cessação.

Outra questão é se, concomitante ao esbulho, ou a qualquer outra violação à pretensão de abstenção, há elementos suficientes à constituição de outros ilícitos (inclusive de ilícitos absolutos), tais como a violência ou danos. Haverá, nestes casos, incidência de mais de uma norma, e surgimento de mais de um fato ilícito. Aqui sim se trata daquelas hipóteses em que “da violação resulta *plus* que há de ser tratado como *outro* direito que a ele de direito em a pretensão”¹⁵⁶; não mero direito conexo, mas sim *outro* direito, *independente*.

Deixando esta hipótese de lado (surgimento de direitos independentes, como ocorre com os ilícitos absolutos indenizativos, objeto da seção anterior), em todos os casos ora abordados, a contrariedade a direito atinge relação jurídica absoluta, *mas esta violação não é independente das posições jurídicas anteriormente existentes* (violou-se a pretensão de abstenção do proprietário, ou de outro titular de direito real), produzindo apenas uma modificação na relação jurídica anterior, com o surgimento da ação de abstenção, negatória, reivindicatória ou possessória, ou, eventualmente, com o surgimento de direitos e pretensões *conexos* à pretensão de abstenção e, portanto, também integrados à relação jurídica anterior. Tal integração (e a conseqüente dependência da relação jurídica anterior) também se verificariam se se entendesse que da violação surge nova pretensão, agora relativa (negatória ou reivindicatória, conforme o caso) e, só em seguida, ação.

¹⁵⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 616, n. 5, p. 456.

O estudo da relação de propriedade (tomada como uma relação absoluta típica) fornece importantes elementos para a distinção entre ilícitos dependentes e independentes. Para tal distinção é necessário, a nosso ver, *analisar a contrariedade a direito em relação às posições jurídicas anteriormente existentes* *trate-se de relações jurídicas absolutas ou relativas*, sendo então de se observar que os ilícitos absolutos podem ser dependentes ou independentes; os relativos serão sempre dependentes. Cometerá ilícito (absoluto ou relativo) dependente aquele cuja contrariedade a direito consistir em violação a posição jurídica anteriormente existente.

Assim, as violações à pretensão de abstenção, passíveis de correção por ação de abstenção, ação negatória, ação reivindicatória ou mesmo ações possessórias, são ilícitos dependentes.

De modo diverso, quem causa dano, esbulhando ou não (vítima, colisão de veículos) provoca um *plus* (cf. notas nn. 154 e 156 *supra*), pois o dano não consiste em mera violação das posições jurídicas anteriormente existentes, mas “pretensão a não causar danos”, caso se a imagine, nada mais que a pretensão de abstenção, e sua violação necessariamente há de ensejar o surgimento de *outro direito*, e *outra pretensão*, não voltados ao cumprimento da pretensão de abstenção (e portanto não conexos a esta), e *com objetos distintos*, consistente em reparar o dano causado; enquanto isso, a pretensão a não causar danos permanece com seu mesmo objeto (abster-se de qualquer conduta danosa, o que, *de per se*, inclui cessar eventual conduta danosa já iniciada), e dirigida seja ao ofensor, seja a todos os demais sujeitos.

Ou seja, o dano surge necessariamente como um *plus* em relação à eventual violação das pretensões do proprietário (pretensão de abstenção), ensejando o surgimento de *outro direito*, e de outra relação jurídica, *independente da relação de propriedade*.

Note-se que a definição dos fatos ilícitos dependentes e independentes se faz, *sempre*, pelo respectivo suporte fático, considerando se a contrariedade a direito consiste ou não em violação a posição jurídica anteriormente existente. Se não consiste, *ou se desborda desta violação* (se há *plus*, cf. notas nn. 154 e 156), trata-se de ato ilícito independente (que é sempre ato ilícito absoluto).

Pode-se apontar, claro, que os efeitos do ilícito independente são também independentes, consistindo no surgimento de uma relação jurídica distinta da anterior, mas esta independência dos efeitos decorre da independência verificada entre a contrariedade a direito (no suporte fático do ato ilícito independente) e as posições jurídicas anteriores eventualmente existentes. Assim, o fato ilícito independente (sempre absoluto) não se define por estes efeitos (uma definição pelos efeitos é sempre condenável metodologicamente), embora tais efeitos, e sua independência em face da relação jurídica anterior, possam ser apontados como uma característica daqueles ilícitos.

V.1.3 Fatos ilícitos absolutos e outros deveres de prestar

A eficácia dos ilícitos absolutos não se restringe, apenas, ao surgimento do dever de indenizar, ou das ações de direito material. Consideremos as hipóteses dos arts. 939 e 940 CC (arts. 1530 e 1531 CC1916), consistentes respectivamente em demandar por dívida ainda não vencida, ou por dívida já paga. Como observa F C. PONTES DE MIRANDA,

A semelhança entre o que se dá nos arts. 1530 e 1531 (...) e o que denominamos, restritamente, obrigações por atos ilícitos [absolutos], está em que, ainda que independente, a relação jurídica criada pelo ato, naqueles casos, não resulta do próprio dano, nem a ele se limita, mas da regra jurídica que estabeleceu a responsabilidade pelo ato ilícito (...). Numa e na outra espécie supõe-se que o demandante se diga credor e possa cobrar a dívida. Mas a regra jurídica do art. 1530, com a do art. 1531, de modo nenhum se pretende a qualquer eficácia da relação jurídica que existe, ou que existiu. Exista, ou não exista a dívida, o que é tido como ilícito é a *cobrança*, e não a infração de qualquer dever oriundo da relação jurídica que acaso exista¹⁵⁷.

Como se nota, F C. PONTES DE MIRANDA propende para uma concepção mais restrita dos fatos ilícitos absolutos, considerando a espécie de contrariedade a direito (*dano*)

¹⁵⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 98-99. De nossa parte, a hipótese do art. 1530 CC1916 (art. 939 CC) pode configurar, também, ato ilícito relativo. Antes de atingido o prazo, o credor não tem pretensão e, portanto, não pode exigir pagamento. A situação jurídica, que ele viola, é decorrente de negócio, ou de qualquer outro fato jurídico que ensejou o surgimento de direito a uma prestação. É digna de nota, contudo, a afirmação de M A A no sentido de que “esta, o não exista a dívida, o que é tido como ilícito é a *cobrança*, e não a infração de qualquer dever oriundo da relação jurídica que acaso exista” (*ibidem*), evidenciando assim que o ordenamento pode independentizar determinados fatos, tomando-os não (ou não apenas) em consideração aos deveres (relativos, no caso) que eles eventualmente violam, mas sim à parte estes deveres, determinando assim o surgimento de ilícitos independentes, e de eficácia também independente da relação violada.

a bem objeto de relação jurídica absoluta) e a consequente eficácia (surgimento do dever de indenizar).

A nosso ver, estas considerações se revelam excessivamente restritas, sendo adequadas apenas a uma *subespécie* (ainda que mais frequente, e de maior importância) dos fatos ilícitos absolutos, a saber, os *atos ilícitos absolutos indenizativos*. Já se viu que existem ilícitos absolutos dependentes e, mesmo entre os ilícitos absolutos independentes, a sanção não precisa se restringir ao surgimento do dever de indenizar.

De acordo com as definições adotadas, as hipóteses dos arts. 939 e 940 CC constituem, ambas, (atos) *ilícitos absolutos*, pela natureza absoluta da relação violada (quem cobra sem poder fazê-lo viola a incolumidade da esfera jurídica alheia, em ato que o Direito repudia), e *ilícitos independentes*, pela independência desta contrariedade a direito em face das posições jurídicas anteriores eventualmente existentes. Isto porque o Direito não configurou tais ilícitos como uma mera violação à pretensão de abstenção decorrente do direito à incolumidade da esfera jurídica de quem foi cobrado. Portanto, há aqui *plus*, que permanece mesmo se cessada a violação, isto é, mesmo se o afirmado credor deixa de cobrar, ou reconhece que não lhe cabia, ou não lhe cabia *ainda*, cobrar.

O que ocorre, neste caso, é que o mesmo evento do mundo enseja a incidência de duas regras jurídicas, havendo assim a juridicização de dois fatos, um ilícito independente (do art. 939 ou 940 CC, conforme o caso), e um ilícito dependente (a violação da pretensão de abstenção), modificando a relação jurídica anterior pelo surgimento de ação de direito material.

Assim, do fato ilícito absoluto, pode surgir dever de indenização (art. 186, c./c. art. 927 CC.; art. 927, par. ún., CC; arts. 936, 937 e 938 CC), ou outra sanção definida em lei, tal como as fixadas pelos arts. 939 e 940 CC. Nas hipóteses ora referidas, contudo, os atos ilícitos são independentes da relação anterior, e portanto sua eficácia é também independente, constituindo uma nova relação jurídica.

Portanto, tratando-se do surgimento de uma *nova relação jurídica, distinta e independente da anterior*, tem-se que não surge qualquer ação de direito material dos

ilícitos ora considerados, porque ilícitos independentes (recordando-se, ao ensejo, que apenas os ilícitos absolutos podem ser independentes).

Claro, pode dar-se que a obrigação de indenizar (ou, *vice-versa*, a obrigação de pagar a penalidade fixada pelo art. 940 CC) seja violada, ensejando, portanto, o surgimento de ação de direito material, mas aí já se está a considerar não o ato ilícito absoluto e sua eficácia, mas sim um segundo ato ilícito (violação ao direito e pretensão surgidos do primeiro ato ilícito), agora *relativo*, do qual surge uma ação de direito material.

V.1.4 Fatos ilícitos absolutos caducificantes

A eficácia dos ilícitos absolutos não se cinge, apenas, ao surgimento de eventuais deveres a uma prestação (cf. seções V.1.1. e V.1.3, *supra*), ou às já apontadas ações de direito material (cf. seção V.2, *supra*), que são, maximamente, ações de abstenção. Os ilícitos absolutos podem ter eficácia *caducificante*, deles se irradiando um poder formativo extintivo. Assim, da lesão a bem objeto de relação jurídica absoluta, pode decorrer sanção consistente na sujeição à perda de um direito (mais amplamente, de uma posição jurídica subjetiva ativa).

Poder-se-ia eventualmente invocar, como exemplo, o pai que castiga imoderadamente o filho, ou o expõe ao abandono, e que por isto se sujeita à perda do poder familiar (art. 1638, I e II CC). Aqui há, certamente, *ato ilícito absoluto*, consistente em dano a bens objeto de direitos absolutos como a vida, a saúde, a integridade física. Todavia, entendemos que a sujeição à perda do poder familiar é, em princípio ao menos, efeito de *ato ilícito relativo*, decorrente de violação aos *deveres conexos* ao poder familiar, que é um *poder funcional*.

Todavia, será consequência de ato ilícito absoluto criminal quando for aplicada nos termos do art. 92, II CP, já que a perda do poder familiar é passível de aplicação por conta de qualquer crime doloso (apenado com reclusão) cometido contra filho. Por mais que se exija aplicação fundamentada (e que nesta fundamentação devam ser levados em conta os interesses do menor e as falhas no exercício do pátrio poder), necessário observar que o

descumprimento dos deveres ínsitos ao poder familiar é estranho à maioria dos tipos penais, e que a perda do pátrio poder, aqui, é uma *sanção criminal*.

Consideremos, por outro lado, algumas das hipóteses de exclusão da herança ou de deserdação; o herdeiro que atenta dolosamente contra a vida do autor da herança, ou o calunia, sujeita-se à exclusão da herança (art. 1814, I e II CC), bem assim o descendente que ofende fisicamente, ou injuria gravemente, o seu ascendente (art. 1962, I e II CC).

Nas hipóteses do art. 1814, I e II CC, em que é estranha qualquer referência a relações familiares (e aos respectivos deveres eventualmente violados), a interpretação mais adequada é a que faz derivar a deserdação dos *ilícitos absolutos* cometidos contra a vida ou a honra do autor da herança. Similarmente, nas hipóteses do art. 1962, I e II CC (e também nas hipóteses análogas dos arts. 1963, I e II CC) a referência, que se extrai, é ao *ilícito absoluto*, malgrado o dever de respeito que deve haver de ascendentes a descendentes, ou de ascendentes a descendentes.

Já nas hipóteses dos arts. 1962, III e IV CC, e 1963, III e IV CC, parece ressaltar o *ilícito relativo*, qual seja, a violação a deveres de respeito (relações ilícitas com o cônjuge ou companheiro do autor da herança, arts. 1962, III CC e 1963, III CC) ou ao dever de amparo (alimentos, cf. art. 1962, IV CC e 1963, IV CC), embora a consequência fixada pelo legislador, deva-se notar, seja *estranha* ao dever, e à relação jurídica violada. Mas não afirmáramos que os efeitos do fato ilícito relativos eram *dependentes* da relação jurídica anterior, e consistentes em modificação desta?

Como visto (cf. seção V.1.3 *supra* e nota n. 157), uma norma pode atribuir caráter ilícito a um determinado fato independentemente da relação anterior (mesmo relativa) que ele viola, independentizando assim o fato ilícito e sua eficácia; é o que nos parece ocorrer, nas citadas hipóteses (arts. 1962, III e IV CC, e 1963, III e IV CC), sendo portanto uma superfetação considerar a eventual violação aos deveres relativos (tal violação é elemento *ecessivo* em relação ao suporte fático abstrato das normas ora consideradas)¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Já se viu, também, que fatos jurídicos podem integrar, como tais, o suporte fático de outras normas jurídicas (cf. Capítulo I, seção I.4, *supra*), nada impedindo, portanto, que uma norma jurídica contenha, em seu suporte fático abstrato, fato ilícito já ocorrido, para estabelecer *outras consequências jurídicas*, distintas e independentes da relação jurídica violada.

Há assim, a nosso ver, uma independência *do próprio ato ilícito*, e de sua eficácia, em face da relação jurídica anterior, pois já se considera, apenas, a existência de fato ilícito, e não a pretensão anterior, que se violou. Tratam-se, portanto, em nossa opinião, de ilícitos absolutos. E, ainda que não houvesse tal independência, tratar-se-ia de outra norma que determina *efeito anexo* ao ilícito relativo, sendo este efeito independente da relação jurídica anterior, violada.

Seria o caso, agora, de analisar a eficácia derivada dos ilícitos caducificantes, verificando em especial se o poder, que deles deriva, pode ou não ser reconduzido à ação de direito material. Antes desta análise, porém, trataremos mais especificamente dos atos ilícitos relativos e de sua respectiva eficácia e, em seguida, dos atos ilícitos invalidantes.

O motivo disto está em que, nos ilícitos relativos (como também nos ilícitos absolutos dependentes, analisados na seção V.1.2 *supra*), a ação de direito material surge em decorrência da violação de uma pretensão anterior, ao passo que, nos ilícitos *absolutos* caducificantes e nos ilícitos invalidantes, o poder não decorre, ou pelo menos não decorre diretamente, da violação de pretensão anterior. Procuraremos, portanto, tratar conjuntamente dos casos em que um poder surge como consequência de um fato ilícito, mas sem pretensão anterior violada (ou sem que a eventual violação de anterior pretensão seja elemento relevante do suporte fático do ato ilícito).

V.2 Fatos ilícitos relativos

A propósito do exame dos ilícitos absolutos, algo já se adiantou acerca dos ilícitos relativos (era necessário precisar-lhes a diferença!), restando agora sistematizar o exame destes fatos, e de sua respectiva eficácia.

Se a relação jurídica entre o ofendido e o ofensor for de natureza relativa, e a ela pertencer a posição violada, o fato contrário a direito é *ato ilícito relativo*¹⁵⁹ (fato *stricto sensu* ilícito relativo, ato-fato ilícito relativo, ou ato ilícito relativo). Observa F. C. PONTES DE MIRANDA e “ato ilícito relativo” e o efeito aler direito

¹⁵⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 169, p. 218-219.

relativo, pretensão, ação e exceção e se dirigida contra determinada pessoa”¹⁶⁰. São, sempre, ilícitos dependentes da relação jurídica anterior, violada, dependência esta que se verifica na própria contrariedade a direito (elemento do suporte fático do ilícito dependente), e se projeta sobre a eficácia do ilícito.

Recorde-se por outro lado que as relações jurídicas relativas, *desde que consideradas como “objetos do patrimônio”*, podem também ser violadas por ato ilícito absoluto. Como observa R. D. F. VANZELLA, com apoio em DÖRNER, os créditos (isto é, os direitos relativos tem certos aspectos de “objeto do patrimônio” e, como tal, “contêm pretensões absolutas, contrapostas a deveres comportamentais reais de prestação”¹⁶¹, deves estes ensejar, inclusive, a “tela alienígena do crédito”, dito de outro modo, da responsabilidade civil do terceiro por lesão ao direito de crédito”¹⁶². Pode haver, portanto, ato ilícito absoluto, com eficácia indenizativa, decorrente de dano a direito de crédito alheio.

Ademais, pode ocorrer que um mesmo fato do mundo releve para o suporte fático de um ilícito relativo, e de um ilícito absoluto (caso de concorrência de normas), como se dá com o locador cujo cavalo transmite peste aos animais do locatário, ou o depositário que danifica o bem entregue em depósito; ambos violam deveres contratuais e cometem, simultaneamente, atos ilícitos absolutos.

Como visto na seção anterior, o fato ilícito relativo apenas pode ter existência porque uma relação jurídica anterior torna determinada conduta contrária a direito, *implicando violação de dever ou de pretensão relativa anteriormente existentes*, sendo assim *ilícito relativo* o fato jurídico resultante da incidência da norma. Se absoluta a pretensão violada, surge fato ilícito absoluto dependente, que se assemelha aos ilícitos relativos no que diz respeito à natureza da contrariedade a direito e à consequente eficácia (que é dependente da relação jurídica anterior, constituindo modificação desta),

¹⁶⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 169, n. 1, p. 218.

¹⁶¹ R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. II, seção 2.3.2, p. 70.

¹⁶² R. D. F. VANZELLA. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012, Cap. II, seção 2.3.2, p. 69.

distinguindo-se apenas por ser absoluto, isto é, por poder ser cometido por qualquer pessoa.

No caso da assunção negocial de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior, o que se passa, a nosso ver, é a criação, antes do ilícito, de verdadeiro direito expectativo: ocorrido o evento futuro e incerto (o caso fortuito, ou a força maior), surgem o direito à indenização (no caso, *direito expectado*) e o correlato dever de indenizar. Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA:

Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa, - ou houve o ato humano, ou não no houve, ou se abstraiu dele. Se não houve ato humano, não se pode pensar em ato ilícito. A noção de responsabilidade e o no tempos de hoje (...) a reputar o homem responsável pelo fato, se este é contrário a direito. Existem, pois fatos ilícitos e atos-fatos ilícitos. Sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito (...)¹⁶³.

Importa aqui ressaltar, mais uma vez, que a diferença entre a contrariedade a direito relativa ou absoluta, dependente ou independente (e, pois, entre os atos ilícitos relativos ou absolutos, dependentes ou independentes) *jā se verifica desde o respectivo suporte tico e portanto (como a contrariedade a direito é elemento nuclear de todos os atos ilícitos, sejam relativos ou absolutos) desde o plano da existência*, embora a dependência ou independência se projete também para o plano da eficácia.

Tal como os fatos *stricto sensu* ilícitos (absolutos ou relativos), e os atos-fatos ilícitos (absolutos ou relativos), também os atos *stricto sensu* ilícitos (absolutos ou relativos) estão definidos, desde o plano da existência (que é logicamente o primeiro) como ilícitos, já não passam pelo plano da validade, não havendo qualquer sentido em perquirir-se a validade de atos prévios e essencialmente definidos como ilícitos. Portanto, o *ato ilícito relativo* existe ou não e, existindo, é eficaz ou não (normalmente, será eficaz, pois que foi juridicizado justamente para que se superem as consequências da contrariedade a direito, ou para que se puna o infrator).

¹⁶³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 162, n. 1, p. 193.

Os ilícitos relativos podem ocorrer numa amplíssima gama de relações jurídicas. “ Não se trata somente das violações culposas de deveres, obrigações, ações e exceções, e são eficácia de negócios jurídicos ou de atos jurídicos *stricto sensu*; há violações culposas que atingem direitos, obrigações, ações e exceções oriundas dos atos-fatos, atos ilícitos e fatos jurídicos *stricto sensu*”¹⁶⁴.

Qualquer dever de prestar, de qualquer origem, é suscetível de violação. Violam-se deveres contratuais, como deveres de indenizar decorrentes de ato ilícito, ou ainda deveres de direito de família, de tutela ou curatela, ou mesmo de relação jurídica creditícia inserida em relação jurídica real, como os deveres do enfiteuta de pagar o foro e o laudêmio ao *dominus* (arts. 678 e 686 CC1916), para ficar apenas em alguns exemplos.

Deve-se recordar aqui que apenas os deveres, e as respectivas pretensões, são passíveis de violação; F. C. PONTES DE MIRANDA referira-se, no excerto citado, também a violações às ações de direito material e às exceções, que não são direitos a uma prestação, e sim poderes jurídicos, não sendo, como tais, passíveis de violação. Pode dar-se, contudo, que sejam violados direitos a uma prestação *conexos* a estes poderes jurídicos, como visto no Capítulo IV, seção IV.4.

Os atos ilícitos relativos são, essencialmente, casos de impossibilidade culposa da prestação, de inadimplemento, mora, ou adimplemento ruim, em que a imputabilidade se faz com base na culpa, cf. arts. 393 e 396 CC¹⁶⁵, observando-se, mais uma vez, que se trata de qualquer direito a uma prestação, não apenas de origem negocial.

Tratamos, acima, de uma *dependência* do ilícito relativo *vis à vis* a posição jurídica anterior, que ele violou. Todavia, esta dependência não releva, apenas, para o surgimento do fato ilícito relativo (plano da existência), *mas também para sua eficácia*, que se insere naquela relação jurídica anterior.

¹⁶⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, § 165, n. 4, p. 206.

¹⁶⁵ Sobre as diversas espécies de atos ilícitos relativos, cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. II, §§ 172-174, p. 226-245.

sto por e “as consequências do direito violado não se produzem ora da relação preexistente ou nasceram antes dela, ou a ela aderem”¹⁶⁶, trate-se de modificação da relação jurídica (inclusive pelo surgimento da ação de direito material), trate-se do surgimento de novo direito, *consequente*, como “a indenização por perdas e danos resultantes da inexecução ou da irregular execução de contrato”¹⁶⁷ ou “o cumprimento de pena estipulada por alguma infração contratual ou negocial unilateral”¹⁶⁸.

Estes exemplos são importantes, evidenciando que os deveres de indenizar (ou outros deveres de prestação, como *inclusive* o pagamento de multas contratuais) não surgem, exclusivamente, de ilícitos absolutos, podendo surgir, também, de ilícitos relativos (e mesmo, como já visto, de atos lícitos, como os praticados em estado de necessidade, cf. art. 188, II CC).

A grande diferença, no caso dos ilícitos relativos, é que estes novos deveres se inserem na relação jurídica anterior, sendo dependentes desta: *inclusive*, desconstituído o negócio jurídico anulável, desconstitui-se toda a eficácia dele, inclusive a eficácia dos ilícitos relativos, que *supunham* violação de posição jurídica surgida do contrato. Não subsiste dever de indenização contratual, ou de pagamento de multa contratual, se a relação que se violou não mais existe; e qualquer pagamento feito terá ficado *sem causa* (art. 885 CC). Já o ilícito independente (sempre absoluto, como visto) “esta elece, de si mesma e ori invariamente, o conteúdo de obrigação”¹⁶⁹, que é assim independente de qualquer relação jurídica anterior.

À semelhança dos ilícitos absolutos, dos ilícitos relativos podem se irradiar deveres de indenização, ou outros deveres de prestação (pagamento de cláusula penal, que pode ter função punitiva), ou ainda poderes formativos extintivos (hipóteses de ilícitos relativos caducificantes), eficácia esta, porém, que sempre modifica a relação jurídica anterior, integrando-se a ela ou, pelo menos, dependendo desta.

¹⁶⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 97-98.

¹⁶⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 97-98.

¹⁶⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 97-98.

¹⁶⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v. LIII, § 5.502, n. 1, p. 97-98.

Todavia, e considerando que os ilícitos relativos supõem a violação de uma anterior posição jurídica, não parece haver fundamento para se tratar a eventual eficácia caducificante apartadamente dos demais casos de surgimento de ação de direito material.

A eficácia caducificante (se excetuarmos os casos em que a eventual extinção se dê *ipso iure*, não dependendo de qualquer exercício de poder pelo interessado) se resolve no surgimento de um poder jurídico, um poder formativo extintivo. E, se proveniente de ilícito relativo, a eficácia caducificante supõe a violação de anterior pretensão, em nada se distinguindo, portanto, dos demais ilícitos relativos que determinam o surgimento de (outras espécies de) ação de direito material, que também são poderes jurídicos. É esta eficácia, dos ilícitos relativos, que devemos agora analisar.

V.2.1 Violação de pretensão e surgimento da ação de direito material

Violada uma pretensão, surge, para seu titular, a ação respectiva.

É hoje princípio fundamental do direito privado que a toda pretensão corresponda ação e a ação corresponde à pretensão, se ocorre óbice, a ação respectiva [...] De modo que as espécies ou casos, em que isso não se dá, são excepcionais; e podemos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou de pretensões mutiladas¹⁷⁰.

A regra do art. 75 CC 1916 continua expressa na primeira parte do art. 189 CC: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. O que o Código Civil atual denomina *pretensão* é exatamente a mesma figura que o Código Civil anterior denominava *ação*: Trata-se, num caso e noutro, da ação de direito material.

Não acolhemos a inovação terminológica do Código Civil atual por duas razões. Em primeiro lugar, como já observado, o direito a uma prestação se distingue de sua exigibilidade, podendo *não ser* (ou não ser *ainda*, ou não ser *mais*) exigível, donde a necessidade de se distinguir entre direito e pretensão.

¹⁷⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 622, n. 1, p. 477 este é denominado “princípio geral da acionabilidade das pretensões” (*idem, ibidem*). Desprezando observar, refere-se o autor ao art. 75 do Código Civil de 1916.

Em segundo lugar, *nos direitos a uma prestação*, a pretensão (entendida como exigibilidade) é o antecedente lógico-jurídico necessário da ação de direito material: pode-se agir porque, *antes*, se podia exigir determinada prestação, que não foi cumprida. A exigibilidade (e portanto a pretensão) preexiste à ação. Se o titular de um direito não podia sequer *exigir* a prestação respectiva, *a fortiori* não poderá agir para a obtenção do objeto da prestação (ou de um seu equivalente).

Daqui a necessidade de se distinguir três figuras: direito a uma prestação (e correlativo dever de prestar), pretensão (e correlativa obrigação), e ação de direito material (e correlativa situação de acionado, que é uma *sujeição*).

Necessário, porém, perguntar-se: a ação de direito material supõe *sempre*, para seu surgimento, a violação de anterior pretensão? Propendemos pela resposta negativa, como ficará mais claro a partir do exame dos ilícitos absolutos caducificantes (que são ilícitos independentes, objeto da seção V.1.4 *supra*) e dos ilícitos invalidantes.

V.3 Ilícitos invalidantes e ilícitos absolutos caducificantes

Os ilícitos absolutos caducificantes, já o referimos, ensejam uma questão de relevo, à medida que o poder formativo extintivo, que deles se irradia, não supõe a violação de anterior pretensão (esta violação, se existe, não é elemento relevante para o surgimento do ilícito). Como deve ser classificado este poder jurídico? Trata-se de direito formativo extintivo, ou de ação de direito material, por decorrer de um ilícito?

Questão semelhante surge, também, dos ilícitos que F. C. PONTES DE MIRANDA designava ilícitos nulificantes, e que são melhor denominados *ilícitos invalidantes*¹⁷¹, para abarcar, também, as espécies de anulabilidade (cf. Capítulo II, seção II.4.2.3 *supra*). É sobre estes atos que a análise se deve voltar, agora.

¹⁷¹ Sobre os atos ilícitos invalidantes, cf. M. BERNARDES DE MELLO. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, § 64, n. 3.3, p. 298-308, em que se discorre, amplamente, sobre a natureza ilícita do ato invalidante.

Tome-se, como exemplo, o poder de anular um negócio jurídico em virtude de dolo essencial (art. 145 CC; o dolo accidental não é invalidante, determinando apenas o surgimento de dever de indenização, cf. art. 146 CC). Trata-se de direito formativo extintivo, ou de ação de direito material? Quem obrou com dolo violou a obrigação de boa-fé (ou dever de conhecimento, no caso de dolo de terceiro, cf. art. 148 CC), já existente desde a fase de pré-negocial. Todavia, o poder de anular o ato não deriva da violação a esta pretensão (induzir o outro manifestante a erro).

Importante notar, não há aqui um, mas sim *dois* atos ilícitos. O primeiro consiste na violação de dever e obrigação de boa-fé (ou, na hipótese do art. 148 CC, do dever e obrigação de conhecimento). O segundo é o próprio ato ou negócio jurídico, surgido a partir de uma manifestação de vontade viciada, que é total ou parcialmente *deíciente*, e portanto *ilícito* com e sem erro, as normas atinentes aos denominados “atos de vontade” protegem a higidez das manifestações, resultando violadas se as manifestações surgem não hígdas em virtude de erro, dolo ou coação). Importante notar, neste ponto, que o poder de desconstituir o ato anulável não decorre da violação de dever jurídico anterior, pré-negocial (ou seja, não decorre da conduta dolosa *em si*), mas sim, e diretamente, do ato jurídico *deíciente* concluído em virtude de dolo.

É por isto, aliás, que se pode tratar conjuntamente das diversas espécies de invalidade, inclusive do erro que pode não ser precedido da violação de qualquer dever jurídico. No direito atual, em que a cognoscibilidade do erro foi erigida a requisito pelo art. 138 CC, é possível apontar violação, pela outra parte, ao dever (e obrigação) de (re)conhecer o erro, espécie de obrigação de diligência surgida na fase pré-negocial. No direito anterior, contudo, a lei não exigia a cognoscibilidade do erro pela outra parte¹⁷², pelo que já não se poderia apontar nenhuma violação a dever e pretensão. E, tal como no exemplo anterior, o poder de invalidar o ato não decorre de eventual violação a este dever, mas sim, diretamente, do negócio jurídico *deíciente* concluído em virtude de erro essencial.

¹⁷² Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, § 443, n. 2, p. 316.

Pode dar-se que a conduta do outro sujeito seja prevista como um dos elementos nucleares do suporte fático do ilícito invalidante. Trata-se, aqui, apenas de *um* dos elementos, e não do elemento nuclear, mas sim completante do núcleo (elemento nuclear é a deficiência existente na manifestação do sujeito vítima, *vício*, de erro, dolo ou coação), evidenciando-se assim que o ilícito invalidante não se irradia da violação de anterior pretensão.

Estes exemplos são importantes. A nosso ver, em que pese as normas jurídicas tutelarem a higidez das manifestações negociais, esta tutela não se faz pelo surgimento de um direito e pretensão a concluir negócios higidamente (isto é, sem *défices*). Primeiramente, tal pretensão, nos exemplos *supra*, seria violada *por ato de seu próprio titular*, que exarou manifestação deficiente, não se podendo conceber um dever jurídico contra si mesmo. E, caso se observasse que esta deficiência pode ser imputada à conduta do outro contraente (o que é muitas vezes verdadeiro), surgem aqui dois outros problemas: (i) esta conduta da contraparte relevará para a violação de outra pretensão, *anterior*, como demonstramos nos exemplos *supra*; e (ii) nem sempre haverá ilícito praticado pela outra parte, como o demonstra o tratamento do erro no CC1916, em que sequer se exigia sua (re)cognoscibilidade pela outra parte.

Note-se que os ilícitos invalidantes são ilícitos absolutos (a contrariedade a direito que neles se verifica não implica, ou pelo menos não se reduz, a violação de relação jurídica anterior), e de eficácia relativa ao próprio ato ou à relação jurídica que instituem. Nos atos nulos (salvo raras hipóteses de atos eficazes, *vício* do casamento putativo), a relação jurídica praticamente se reduz ao poder de desconstituir o ato, e à respectiva sujeição, poder este que diz respeito ao próprio ato de que se irradia, e contra o qual se volta. Já os atos anuláveis irradiam sua eficácia plena, inserindo-se contudo nesta relação jurídica a ação para a respectiva desconstituição do ato e de sua eficácia.

Neste ponto, duas concepções são possíveis: ou (a) o poder de anular o ato ou negócio jurídico inválido é direito formativo extintivo, e não ação; ou (b) este poder é uma ação de direito material, decorrente da *contrariedade a direito* consubstanciada em

manifestação de vontade *deiciente* (nos exemplos citados, porque o manifestante foi enganado, o por ele é incorreto “o ato seria substancial ao ato jurídico”¹⁷³).

Julgamos preferível a segunda construção, que permite distinguir a ação de direito material dos direitos formativos (e expectativos) porquanto aquela supõe, *sempre*, uma contrariedade a direito e, portanto, *um ato ilícito*. Assim, os ilícitos invalidantes ensejam, *sempre*, o surgimento de ações de direito material, ainda que sem a (ou independentemente da) violação de anterior pretensão. Aliás, F. C. PONTES DE MIRANDA também chama ações (ações de direito material) às ações de nulidade ou anulação em que, como visto, não há violação de anterior pretensão¹⁷⁴.

A questão parece se tornar ainda mais complexa quando, para além dos ilícitos invalidantes, são considerados também os ilícitos *absolutos* caducificantes. Neste caso, uma nova relação jurídica, independente da relação anterior, pode ser composta, apenas, pelo poder formativo extintivo, e a correlata sujeição. Em comum com os demais casos de ação material identificados até agora, trata-se de um poder jurídico, surgido de um fato ilícito. Justamente por isto, propendemos para classificar também estas figuras como ações de direito material, distinguindo assim os direitos formativos e expectativos, de um lado, e as ações de direito material, de outro, pelo fato de que estas últimas constituem sempre poderes jurídicos derivados de um fato ilícito.

Portanto, *consideramos ação de direito material todo o poder jurídico surgido de um ato ilícito, absoluto ou relativo que seja*, e independentemente portanto da violação de anterior pretensão.

V.4 Eficácia dos ilícitos e ação de direito material. Síntese

Diante do exposto, e sintetizando as conclusões a que se chegou neste Capítulo, é possível afirmar que: (i) *nem todo ilícito tem, como eficácia, o surgimento de uma ação de*

¹⁷³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, § 445, n. 1, p. 318. Se maculada por erro, a manifestação de vontade é *deiciente*, e há, aí, contrariedade a direito e portanto ato ilícito (ato ilícito invalidante, na espécie) por conduta do próprio titular da ação, sem se poder cogitar da violação a qualquer pretensão.

¹⁷⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. IV, § 380, n. 4, fls. 77; idem, *ibidem*, v. IV, § 381, p. 78-81.

direito material; recorde-se, aqui, os ilícitos indenizativos, absolutos ou relativos, e os ilícitos de que surgem outros deveres de prestação, também absolutos ou relativos; (ii) a ação sup^{ra}, sempre, uma *ilicitude anterior*, nisto se distinguindo dos *direitos* formativos e expectativos (e também das exceções de direito material); e (iii) *esta ilicitude não consiste, necessariamente, na violação de uma pretensão*.

VI. A RELAÇÃO JURÍDICA (II) - Pretensão e ação de direito material

No Capítulo anterior, procurou-se isolar, entre as diversas possíveis eficácias dos fatos ilícitos, a ação de direito material. Uma vez que os diversos poderes jurídicos irradiados de um fato ilícito foram reconduzidos ao conceito de ação de direito material (viii), as ações de nulidade e de anulação, cf. Capítulo V, seção V.3 *supra*), forçoso considerar que nem sempre a ação decorre da violação de um anterior direito de crédito (e de uma anterior pretensão).

Outrossim, nem sempre a violação de uma pretensão ensejará o surgimento da ação de direito material; viii, estipulou-se que a violação de determinada obrigação acessória ensejaria, *apenas*, o pagamento de multa contratual (não há, assim, a alternativa em princípio prevista pelo art. 411 CC), pelo que somente surgem direito e pretensão ao pagamento desta. Tem-se, aqui, caso de *pretensão mutilada*, pretensão a que se cortou o efeito da ação de direito material¹⁷⁵ (embora, neste caso, a violação da pretensão surta, ainda, outras consequências jurídicas).

Ou ainda: o devedor, a quem cabe o fornecimento, entrega e montagem de determinado equipamento de grande porte, informa ao credor que a prestação, já em fase final de execução, será concluída com alguns dias de atraso em relação ao prazo contratualmente fixado. Neste caso, há *substantial performance*, pelo que o descumprimento nem ensejará ação de resolução contratual, nem permitirá ação visando ao cumprimento específico do objeto da prestação por terceiro às custas do devedor (alternativa que pode mesmo ser faticamente impossível, além de não se justificar pelo exíguo período de atraso e por sua manifesta desproporção).

Neste exemplo, há pretensão violada e desta violação não se irradia qualquer ação de direito material, mas apenas direito e pretensão ao pagamento da cláusula penal fixada, se houver, ou direito e pretensão à indenização dos danos que acaso se verifiquem pela

¹⁷⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 622, n. 1, p. 477

mora. Note-se que não se trata, aqui, de pretensão mutilada; a violação é que, nas circunstâncias do caso concreto, não é de molde a determinar o surgimento da ação de direito material.

Os exemplos demonstram que não é possível estabelecer uma relação biunívoca entre pretensão e ação de direito material, e nem mesmo relações unívocas entre uma e outra figura. Nem sempre a ação surgirá da violação de anterior pretensão; e nem sempre a violação de uma pretensão ensejará o surgimento de uma ação.

Todavia, em um número extraordinariamente grande de hipóteses, a violação de uma pretensão enseja o surgimento da ação de direito material. As pretensões são, em geral, *acionáveis*, ou seja, as normas secundárias preveem o surgimento da ação de direito material na hipótese de violação de uma pretensão, para que o titular da pretensão violada possa alcançar o *quid* estabelecido para o caso, agora independentemente da conduta do devedor. Daí haver em nosso ordenamento, como observa F. C. PONTES DE MIRANDA, o “princípio geral da acionabilidade das pretensões”¹⁷⁶.

Trata-se de um princípio essencialmente correto, ainda que necessite ser adequadamente contextualizado, já que: (i) nem sempre a ação surgirá da violação de anterior pretensão (ver, ações de nulidade e anulabilidade); e (ii) a violação de uma pretensão pode ensejar outros efeitos, que não o surgimento da ação de direito material, e pode ensejar *apenas* estes outros efeitos (ver, direito e pretensão ao pagamento de multa contratual ou perdas e danos). Nada obstante, este princípio sugere, *de per se*, o estudo mais aprofundado dos liames existentes entre a pretensão e a ação de direito material.

Como observado *supra* (cf. Capítulo V, seção V.2.1), nos direitos a uma prestação, a pretensão é o antecedente lógico-jurídico necessário da ação de direito material: pode-se agir porque, *antes*, podia-se exigir determinada prestação, que não foi cumprida. Se o titular de um direito não podia sequer *exigir* a prestação respectiva, *a fortiori* não poderá agir para a obtenção do objeto da prestação (ou de um seu equivalente).

¹⁷⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 622, n. 1, p. 477. Cf. Capítulo V, seção V.2.1 *supra*, esp. nota 170.

Em F. C. PONTES DE MIRANDA, todavia, este liame surge ainda mais estreito, porquanto a ação é, para este autor, *parte* da pretensão, uma ideia que necessita ser melhor analisada especialmente à luz da distinção (fundamental para W. N. HOHFELD, e seguida nesta tese) entre direitos a uma pretensão e poderes jurídicos.

Observou F. C. PONTES DE MIRANDA e “oda pretensão tem por fito satisfação; é meio para fim; a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente, por ato ou abstenção sua”¹⁷⁷ (cf. Capítulo IV, seção IV.2 *supra*). Importante, agora, que a concepção pontesiana sobre o liame entre a pretensão e a ação seja exposta em sua inteireza:

Toda pretensão tem por fito satisfação: é meio para fim; a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente por ato ou abstenção sua. A exigibilidade do desquite ou do divórcio, através de ação constitutiva, não é menos exigibilidade; há pretensão constitutiva, como há pretensão condenatória; há pretensão declarativa, como há pretensão constitutiva e pretensão mandamental. Apenas a pretensão declarativa é no plano do ser ou não ser. Não seria lógico que se admitisse a pretensão a [sic] constituição negativa do negócio jurídico (a decretação da nulidade), sem se admitir a pretensão a declarar-se o não-ser ou o ser¹⁷⁸.

E ainda:

É verdade que o destinatário da pretensão [de repetição do indébito] não pode outorgar a decretação da repetição, mas a razão disso está em que o Estado se interpôs. É preciso não se elidir, nos raciocínios, o fato histórico do monopólio estatal da justiça e da determinação dos limites dele pelas leis. A pretensão nasce, ainda que nasça sem exigibilidade *de pessoa a pessoa*. Mas, se há ação e o titular do direito é o mesmo da ação, a ação, aí, é o que *resta* da pretensão.

(...)

Que é que contém as pretensões? As pretensões contém exigibilidade, *de pessoa a pessoa*, ou pelo *ato administrativo*, ou *pela 'ação'*. Se ainda é exigível a prestação, ou a satisfação do direito, sem já se ter ação, ainda há pretensão; se não se pode exigir a satisfação, ou a prestação, mas há ação, há pretensão: porque, se bem que possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão, e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão.

Há direitos sem pretensão porque há direitos que não podem ser exigidos. Há direito só sem ação porque há direitos que somente podem ser exigidos fora da ação. Há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a

¹⁷⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 2, p. 452; cf. nota n. 96 *supra*.

¹⁷⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 615, n. 2, p. 452.

pretensão deles e, pois, eles-mesmos, em sua eficácia, foram canalizados¹⁷⁹.

Em síntese, para F. C. PONTES DE MIRANDA, “ação elemento de pretensão, de modo e a ser ação a ser, pelo menos em parte, pretensão!”¹⁸⁰; e, ainda quando haja apenas a ação de direito material, “a ação, aí, é o que *resta* da pretensão”¹⁸¹.

A ação, contudo, não pode ser redida e inilidade “A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*exigere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *atere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir e ação e ir premir a exação”¹⁸². Portanto, a ação “e inícia atidade para a satisfação. A ação não se inícia”¹⁸³. Recorde-se aqui que *a ação de direito material não é dirigida contra o Estado* *juiz*, nem contra outro órgão de aplicação do direito (v. g., juízo arbitral ou administrativo), mas sim contra aquele que está sujeito a sofrer, em sua própria esfera jurídica, os efeitos da ação, ou seja, o violador do direito (da pretensão).

VI.1. Exigibilidade e cumprimento da prestação

st correta a afirmação de e “As pretensões contém exigibilidade, *de pessoa a pessoa*, ou pelo *ato administrativo*, ou pela “*ação*” pode dar-se que determinada pretensão se possa exigir (ou mesmo só se possa exigir) por ato administrativo, ou pela demanda judicial; esclareça-se e, na obra pontesiana, a palavra “*ação*”, usada com essas, significa sempre a *demanda*, e não a ação de direito material, de que ora se trata. No processo de execução, por exemplo, o devedor será citado para efetuar o pagamento da dívida em três dias (art. 652 CPC), ou seja, para cumprir a pretensão.

¹⁷⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, nn. 1 e 2, p. 457-458.

¹⁸⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 3, p. 459.

¹⁸¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 1, p. 457.

¹⁸² F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 5, p. 461.

¹⁸³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 5, p. 460.

É também correto afirmar-se e “a satisfação é pelo destinatário, porém não necessariamente por ato ou abstenção sua” (nota n *supra*), mas esta questão inspira cuidados, pois muitas vezes a satisfação virá sem que haja cumprimento da obrigação originária.

A pretensão tem sempre um destinatário, seja ele determinado ou determinável (nas pretensões relativas) seja o *alter* (nas pretensões absolutas, que são, em verdade, uma multiplicidade ilimitável de pretensões, dirigidas em princípio contra todos que não o titular do direito). Daqui a questão: quem pode cumprir a obrigação respectiva? A matéria é de grande importância, inclusive, para se verificar se a ação pode ser considerada “parte da pretensão”.

É possível que o devedor cumpra a prestação por seus empregados, como ocorre com as empresas de serviços terceirizados. A prestação do serviço (v^o, limpeza) é feita pela empresa, mas por intermédio de seus empregados; as relações de trabalho (em que se compreende a direção e supervisão dos serviços prestados) são entre a empresa prestadora e seus empregados, não entre estes e o tomador. Há aqui, portanto, cumprimento de prestação (serviços de limpeza) pelo devedor (a empresa de serviços terceirizados), mas sem ser por ato próprio do devedor. Todavia, a prestação, aqui, já é de molde a ensejar o cumprimento por terceiro, havendo, neste contrato, promessa de fato de terceiro, prevista no art. 439 CC (a empresa prestadora promete fato dos seus empregados, que são terceiras pessoas, e não órgãos da pessoa jurídica).

Todavia, esta é apenas uma das muitas hipóteses possíveis, e os casos de adimplemento por terceiro (cf. arts. 304-306 CC¹⁸⁴) demandam exame cuidadoso.

O pagamento por terceiro interessado (art. 304 CC) não constitui adimplemento da obrigação do devedor, tanto assim que o terceiro interessado, ao pagar, sub-roga-se de pleno direito no crédito originário. Pode haver cumprimento, pelo terceiro interessado, de dever e obrigação *próprios*, distintos da obrigação originária, v^ono caso do fiador que paga a dívida do afiançado, sub-rogando-se no crédito originário (cf. art. 346, III CC e art. 831 CC), e pode não existir qualquer dever, v^ono caso do adquirente que pretende remir o imóvel hipotecado, podendo obter assim o cancelamento do gravame e se sub-rogando

¹⁸⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, §§ 2.906-2.907, p. 87-99.

no crédito originário (cf. art. 346, II CC). Neste caso há *direito de adimplir*, nos termos do art. 1481 CC¹⁸⁵. Os casos de pagamento por terceiro interessado revelam, portanto, satisfação do credor, sem ser por cumprimento da obrigação originária, que persiste.

Maior cautela se deve ter com o terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome; a solução legal, aqui, é a da extinção da relação jurídica originária, com o surgimento do dever de reembolso (não havendo sub-rogação legal, cf. art. 305 CC), que se analisará a seguir. Pode dar-se contudo que este terceiro satisfaça o credor originário, e dele obtenha sub-rogação *pessoal* do crédito (art. 347, I, CC), já que não se prevê a sub-rogação legal. Evidentemente, nesta hipótese não há cumprimento da obrigação originária, que subsiste.

Se não se acorda a sub-rogação pessoal, o terceiro não interessado, que pretenda pagar a dívida em seu próprio nome, não tem o poder jurídico de fazê-lo (cf. art. 304 *caput* CC, *a contrario sensu*); é preciso que o credor aceite a prestação. A aceitação da prestação (que, neste caso, não é exercício de poder jurídico) provoca, nos termos do art. 305 CC, a extinção da relação jurídica originária, e o surgimento do dever de reembolso. Trata-se de satisfação sem que haja (ou em princípio sem que haja) cumprimento da obrigação originária que, deve-se recordar, tinha um específico titular passivo.

Pode dar-se, é certo, que o devedor cometa a terceiro o adimplemento, de modo que o terceiro pague em seu próprio nome, mas à conta do devedor. Figure-se, v[isto], o caso da assunção de adimplemento, em que o terceiro assume o cumprimento da obrigação em nome do devedor e “ne crio r dico entre devedor e assumente credor nenhum direito, pretensão ou ação adquire contra o assumente. O contrato é interno, entre assumente e devedor”¹⁸⁶. Há aqui duas relações jurídicas distintas, uma interna, entre o devedor e o terceiro (assumente), outra externa, entre o devedor e o credor, e a espécie é regida pelo art. 305 CC: se o credor aceitar a prestação, extingue-se a relação originária

¹⁸⁵ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.906, n. 4, p. 88. Trata-se de direito a uma prestação (o credor originário deve tolerar o adimplemento, aceitando a prestação se ela for exata), ou de poder jurídico? A nosso ver, trata-se de poder jurídico (o credor originário está sujeito à remissão do imóvel hipotecado, e a sofrer a sub-rogação legal da dívida), ao qual surgem, conexos, direito e pretensão voltados ao credor originário, para que não turbe o exercício do direito formativo, não podendo recusar, sem motivo sério, a prestação que se faz. Há, portanto, direito a uma prestação conexo a um poder jurídico, espécie já analisado no Capítulo IV, seção IV.4 *supra*.

¹⁸⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.908, n. 1, p. 99.

(externa), e surgirá o dever de reembolso, se tal não for excluído pela relação interna (viii, houve assunção de débito a título gratuito, que importa doação¹⁸⁷).

Assim, ainda que a assunção de adimplemento se caracterize como “simples mecanismo para a execução voluntária da dívida”¹⁸⁸, ela pode sê-lo funcionalmente, mas não estruturalmente, pela independência entre as duas relações, e pelo consequente fato de se tratar, para o credor, de pagamento feito por terceiro. A quitação, aqui, será em princípio devida ao terceiro, não ao devedor originário (até para fundamentar eventual direito ao reembolso daquele), embora mencionando a dívida originária quitada.

Portanto, os casos de pagamento por terceiro não configuram, *em princípio*, cumprimento da pretensão originária, que tem uma direção específica, voltando-se contra o obrigado. Para se cogitar de eventual adimplemento, por terceiro, da obrigação originária, é necessário: (i) que o terceiro tenha assumido, perante o devedor, o cumprimento desta obrigação (não se trata de mensageiro, que apenas leva a prestação ao credor); e (ii) que o credor, ciente desta relação, aceite a prestação como se fora do devedor originário, que apenas se fez substituir no respectivo cumprimento, outorgando a este (e não ao terceiro, que paga) a respectiva quitação¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.908, n. 2, p. 100.

¹⁸⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.908, n. 1, p. 99.

¹⁸⁹ Aqui, pode ainda surgir ulterior questão: se o credor tem direito e pretensão contra o terceiro, qual obrigação é cumprida? A do terceiro, que paga, ou a do devedor originário? Figure-se, *in ipso*, a tese do “contrato de prestação a favor de terceiro credor (...) pelo qual o devedor se obriga a adimplir, não a ele, mas ao credor dele” F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.908, n. 1, p. 99. Assim, “A”, devedor de “B”, firma com este contrato para pagar a dívida a “C”, credor de “B”. Neste caso, a teor do art. 319 CC, par. 1º, o terceiro beneficiário “C” poderá exigir o cumprimento da prestação, se anuir a este contrato. De ordinário, verificar-se-á, aqui, o cumprimento da obrigação própria, e “A”, pagando, receber em seu nome a quitação de “B” e “C”, aliás, direito de “A”, *in* vi do art. 319 CC), obtendo com isto a extinção da dívida que ele, “A”, tinha com seu credor “B”.

Neste caso, em verdade, sobrevém obrigação solidária, em que é um só o crédito (cf. art. 264 CC) e, segundo F. C. PONTES DE MIRANDA, uma só a pretensão e plúrimas as obrigações, de “B” a “C”, e de “A” a “C” (cf. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.908, n. 1, p. 99). “A” não pode mais ser considerado “terceiro” em face do credor “B” e não solidariedade, o direito de “B” contra “A” distinto do direito de “B” contra “C”, e “A” cumprindo, em princípio, sua própria obrigação, e em seu próprio nome.

Muitas vezes este arranjo não será possível, porque o terceiro, que paga, adimple uma obrigação própria (para com o credor, a quem paga, ou para com o devedor originário), e tem direito à quitação (art. 319 CC), o que serve a evidenciar a excepcionalidade de terceiro, em nome próprio, cumprir a obrigação do devedor. Caso distinto, e por isto mesmo tratado à parte, é o da promessa de fato de terceiro, a que já nos referimos *supra*.

Outrossim, se alguém, querendo beneficiar o devedor originário, paga a dívida sem nada lhe dizer, e obtém quitação em nome deste, pagou pela extinção da relação originária, satisfazendo ao credor sem cumprir a obrigação respectiva. Não se trata de doação, pois não houve qualquer contrato com o devedor, embora o intuito de liberalidade seja evidente.

No caso de terceiro que paga a dívida “em nome e conta do devedor” (art. 319, parágrafo único, CC), *o cumprimento da obrigação pelo devedor* (o terceiro o representa), embora não por ato próprio dele, devedor. Nestes casos, como observa F.C. PONTES DE MIRANDA, o terceiro que adimple “o teste e poderes do devedor, o não nos teve, e é gestor de negócios ou doador. Aqui, há de caracterizar-se a relação jurídica entre o devedor e terceiro, dita interna”¹⁹⁰. Deve-se observar, todavia, que o doador, o gestor de negócios ou o mandatário podem agir em seu próprio nome, quando então não haverá cumprimento da pretensão originária, configurando caso de pagamento por terceiro *não interessado* em seu próprio nome (art. 305 CC)¹⁹¹.

É de fundamental importância, inclusive para o objeto da tese, saber como se dá a satisfação por ato de terceiro, verificando-se: (i) se o terceiro cumpre alguma obrigação (o adquirente de imóvel hipotecado não tem qualquer dever, muito menos obrigação; tem *direito de adimplir*); e (ii) se a obrigação, que se cumpre, é própria do terceiro, ou é a obrigação que vincula o devedor.

¹⁹⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. XXIV, § 2.907, p. 95. Vale observar que, pela relação interna, pode nem mesmo surgir direito à restituição (como ocorre, *vide*, na doação, ou se A, devedor de B, é instruído por B a pagar a quantia devida diretamente a C, credor de B).

¹⁹¹ Terceiro *não interessado*, note-se, porquanto o interesse, a que se referem os artigos 304 e 305 CC, não deriva de relação entre o terceiro, que paga, e o devedor, mas sim entre o terceiro e o credor, como nas hipóteses do fiador e do adquirente de imóvel hipotecado.

Quando se exerce, mediante demanda, a ação de direito material (ou, eventualmente, outro poder jurídico), o Estado não cumpre qualquer eventual obrigação do sujeito passivo da ação (aliás, o sujeito passivo pode nem mesmo ser devedor, como ocorre, *vide*, nas ações de nulidade ou anulação), muito menos age em nome deste. Atua, sim, cumprindo obrigações que são próprias dele, Estado, decorrentes do monopólio estatal da justiça, e no exercício de um poder próprio, a jurisdição.

Portanto, as obrigações do Estado em nenhum momento se confundem com as obrigações eventualmente violadas pelo sujeito passivo da ação de direito material (cf. seção VI.2 e, com maior detalhe, o Capítulo VII *infra*), pelo que nos parece impossível redir a ação a esta “parte da pretensão”, em vez de prestação devida, toda a prestação cumprida não já pelo obrigado originário, mas pelo Estado, em lugar daquele.

VI.2 A ação de direito material, “parte da pretensão”?

A ação de direito material não pode ser vista como “parte da pretensão”, nem entendida como “o que resta da pretensão” (cf. notas nn. 180 e 181, *supra*), porque já não supõe cumprimento pelo respectivo sujeito passivo (e nem mesmo pelo Estado em lugar do sujeito passivo), mas *sujeição* deste.

Os deveres que pode ter o sujeito passivo da ação são deveres de não turbar o exercício dos poderes jurídicos (do titular da ação ou do Estado), ou ainda certos deveres de informação ou cooperação (*vide*, os diversos deveres fixados, ao devedor, no processo de execução), mas estes são apenas deveres secundários, conexos à sujeição decorrente da ação de direito material (ou do poder estatal de jurisdição), ao qual está *sujeito* o devedor. Quanto ao Estado, cumprirá pretensões contra ele dirigidas, e portanto *distintas* daquelas que eventualmente se voltam contra o sujeito passivo da ação (tais pretensões serão objeto de exame mais detalhado no Capítulo VII).

Podemos ilustrar melhor este ponto com o exame dos exemplos fornecidos por F. C. PONTES DE MIRANDA nos e certos citados, tais se am, a “e i i ilidade do des ite o do di rcio”, a “pretensão a sic] constituição negativa do negócio jurídico (a

decretação da nulidade” e, por fim, a “decretação da repetição do indulto” (cf. notas nn. 178 e 179, *supra*).

Ora, quanto à separação ou ao divórcio (ou, mais antigamente, o desquite), o sistema jurídico tem pelo menos três possíveis soluções: (i) ou os estabelece como sanção para o descumprimento de algum dever conjugal, e aí se trata de ação de direito material, surgida da violação de anterior pretensão; (ii) ou os estabelece como direito formativo extintivo de qualquer dos cônjuges, que deseje por fim à sociedade ou ao vínculo conjugal, independentemente de qualquer eventual violação aos deveres conjugais pelo outro cônjuge; (iii) ou permite que ambos os cônjuges distratem o casamento, caso em que o poder formativo extintivo é atribuído a ambos os cônjuges, e apenas por ambos pode ser exercido, mediante a conclusão de negócio jurídico bilateral de eficácia extintiva¹⁹², por vezes exigindo-se aqui a homologação judicial como elemento integrativo de eficácia. Nada impede a um ordenamento prever a separação ou o divórcio como sanções, em algumas hipóteses, e poderes formativos extintivos noutras (ou seja, as soluções são em princípio compossíveis).

Como visto, F. C. PONTES DE MIRANDA chega a afirmar, na matéria, e “A exigibilidade do desquite ou do divórcio, através de ação constitutiva, não é menos exigibilidade; há pretensão constitutiva, como há pretensão condenatória” (nota n. *supra*). Ora, à luz da distinção entre direitos a uma prestação e poderes jurídicos, esta afirmação se revela problemática. Onde os cônjuges já não podem atuar, por impossibilidade jurídica (no exemplo, desconstituindo a sociedade ou o vínculo, ou outorgando tal desconstituição ao outro cônjuge, que a deseje), já não pode haver qualquer prestação, nem portanto qualquer direito (a uma prestação) ou pretensão de um contra o outro. Nem se pode cogitar de atuação do Estado cumprindo a obrigação que (supostamente) seria de um dos cônjuges, porquanto o estado atua em nome próprio (isto é, como Estado), e no exercício de um poder próprio, a jurisdição.

Não há, assim, direito a uma prestação, e pretensão, de um cônjuge a outro, nem se pode, no caso, a entrar a existência de “pretensões” e apenas poderiam ser cumpridas por

¹⁹² Esta última hipótese exige consenso dos interessados (sem se poder exigir, de um ou de outro, manifestação de vontade), de sorte que não há direito a uma prestação ou poder jurídico titulado por apenas um dos cônjuges, e voltado contra o outro. Tal hipótese, portanto, não serve para os fins da análise presente, e não será aqui considerada.

terceiro (no caso, o Estado). O que há, entre os cônjuges, é poder jurídico de um lado (ação de direito material, ou direito formativo extintivo, conforme o caso) e sujeição, do outro, sendo o poder exercido pela sua dedução na *demand*a judicial.

A exigibilidade (e pois a pretensão) que pode existir é *contra o Estado*, para que este (se reconhecer existente a ação, ou o direito formativo, conforme a hipótese) pratique o ato necessário à desconstituição da sociedade, ou do vínculo, já que tal ato, historicamente, fora subtraído ao exercício do interessado. Apenas neste sentido, aliás, é possível entender eistente ma “pretensão constit ti a”, a e MIRANDA aludira no excerto *supra* transcrito. Uma vez que a pretensão consiste na exigibilidade de determinada prestação, uma pretensão constitutiva, ou desconstitutiva, apenas pode ser pretensão a ato que constitua, positiva ou negativamente.

Já observamos, ao ensejo, que o poder jurídico (ação de direito material ou direito formativo extintivo) se caracteriza pela possibilidade de alterar a esfera jurídica do sujeito passivo, e não precisa compreender, *necessariamente*, a legitimação para a prática do ato. O poder jurídico continua a existir, *entre os mesmos sujeitos ativo e passivo*, se seu titular pode exigir *de terceiro* o ato de que resultem alterações na esfera do sujeito passivo (cf. Capítulo IV, seção IV.5 *supra*).

Assim, enquanto a ação de direito material, como poder jurídico que é, volta-se contra o violador do direito, que terá sua situação jurídica modificada (no caso, o outro cônjuge, que está sujeito à desconstituição do vínculo ou da sociedade conjugal), este direito e pretensão à (des)constituição se voltam contra o Estado, para que este, no exercício da jurisdição, pratique o ato necessário à efetiva desconstituição da sociedade ou do vínculo.

onsideraç es semel antes podem ser eitas para a a irmada “pretensão a *sic*] constituição ne ati a do ne cio r dico a decretação da n lidade ” (cf. nota n. 179 *supra*). Sobre a nulidade do negócio jurídico, F C. PONTES DE MIRANDA observara também e “se ainda o propor ação de n lidade do ne cio r dico contra , e , invocando o negócio jurídico, cobra o que diz ser-lhe devido, é a pretensão à

desconstituição o é ale o contra a s a e i ncia, e não a ação constit ti a ne ati a”¹⁹³, exemplo que formula ao tratar dos deveres de abstenção que tem o titular passivo de um poder jurídico.

Ora, quanto à desconstituição mesma do negócio nulo, não há qualquer exigibilidade, e pois não há qualquer pretensão à constituição negativa dirigida ao outro figurante (ou aos figurantes, na hipótese de ação titulada e exercida por terceiro, estranho ao negócio); este está *sujeito* à desconstituição do negócio (e de sua eficácia, se houver, o que é raro).

A pretensão à desconstituição, conexas à ação de nulidade, é voltada contra o Estado, para que este, no exercício da jurisdição (e uma vez reconhecida existente a nulidade do negócio, e a consequente ação de nulidade), pratique o ato necessário à desconstituição do negócio jurídico. Não se trata de pretensão voltada contra o outro figurante, mas sim de pretensão de direito público, voltada contra o Estado.

Também aqui, note-se, a ação de direito material se volta contra o outro figurante do negócio jurídico, de ordinário o causador da nulidade (ou contra os figurantes do negócio jurídico, na hipótese de ação de nulidade titulada e exercida por terceiro), *não contra o Estado*, enquanto a pretensão à desconstituição do negócio, embora conexas à ação de direito material, volta-se contra o Estado, como visto também no exemplo anterior, da separação ou divórcio.

ão , portanto, nem ma “pretensão a sic] constituição negativa do negócio jurídico (a decretação da nulidade ” c nota n *supra*), que se possa exercer contra o sujeito passivo da ação de nulidade, muito menos independentemente do exercício da ação de direito material.

Remanescem aqui, contudo, algumas questões que necessitam de resposta adequada: como proceder se o outro figurante alega exercer alguma posição jurídica decorrente de negócio nulo? É possível alegar-se, extrajudicialmente, a nulidade (ou a

¹⁹³ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 7, p. 462. Sobre os direitos a uma prestação conexos aos direitos formativos, cf. Capítulo IV, seções IV.4 e IV.5 *supra*.

ineficácia, dela decorrente)? Como construir-se, em termos de relações e posições jurídicas, tal situação?

Recordemos que a “nulidade” tem pelo menos dois significados, em ora estreitamente relacionados: tecnicamente, refere-se à nulidade, no ato ou negócio jurídico, que o faz nulo; e se refere à ação de nulidade, decorrente desta invalidade, e que tem por objeto a desconstituição do ato ou negócio nulo (raramente, do ato ou negócio e de sua eficácia, pois o nulo é, de regra, ineficaz).

Se a matéria o permite (veremos, se se trata de direitos patrimoniais disponíveis), é possível haver o reconhecimento, pelo outro figurante, da nulidade (total ou parcial) do ato ou negócio, ver o fornecedor reconhece nula determinada cláusula porque viola o art. 51 CDC, ou o figurante, que havia predisposto as cláusulas contratuais, reconhece nula a cláusula e, em contrato de adesão, importa a em “renúncia antecipada do aderente a direitos resultante da natureza do negócio” cf. art. 424 CC).

Reconhecer a nulidade (total ou parcial) de determinado ato ou negócio jurídico implica também reconhecer, ainda que implicitamente, não apenas a ação de nulidade (titulada pelo outro figurante ou por terceiro, conforme o caso), mas também, de ordinário, a ineficácia do negócio ou cláusula cuja nulidade se reconhece, já que o nulo é, de regra, ineficaz, ainda antes de sua desconstituição.

Assim, onde a nulidade puder ser objeto de reconhecimento privado (podendo portanto ser *eventus* ao outro figurante, ao aos figurantes do negócio), pode-se figurar pretensão tendente ao seu reconhecimento (o que implica também, de regra, reconhecer a respectiva ineficácia do ato ou negócio), surgida do próprio ato nulo¹⁹⁴. Trata-se aqui,

¹⁹⁴ Se o figurante, a partir de negócio total ou parcialmente nulo, afirma exercer posição jurídica em verdade inexistente (porque nulo o negócio), pergunta-se: é possível conceber-se, a partir daí, surgimento de direito e pretensão à declaração negativa, tendo por objeto o reconhecimento de inexistência da posição jurídica que se disse exercer?

Em princípio, a afirmação (e, *a fortiori*, o suposto exercício) de posição inexistente, violando o direito à incolumidade da esfera jurídica do outro sujeito, faria surgir, para este, a ação declaratória negativa (ação de direito material) mas, no caso em tela, há a particularidade de que a ineficácia do negócio, e portanto a inexistência da posição jurídica que se afirmou exercer, são decorrência da nulidade. Assim, para se afirmar o surgimento, a partir do ato de exercício, duma pretensão à declaração negativa (sempre à declaração, não à desconstituição!), seria necessário separar a declaração da ineficácia e o reconhecimento da nulidade, que constitui, justamente, o

como se pode notar, de *pretensão* □ *declaração*, que o sujeito passivo da ação de nulidade pode cumprir, não de pretensão à (des)constituição que, embora existente, não se dirige a este sujeito passivo, mas ao Estado, e se exerce conjuntamente à ação de direito material, porque voltada à realização desta.

E se não é possível um tal reconhecimento pelo sujeito passivo? Neste caso, pode dar-se que o titular da ação de nulidade, invocando a nulidade do negócio, e sua própria ação, invoque *não a pretensão* □ *desconstituição* (que se volta contra o Estado, não contra o sujeito passivo da ação), mas sim outra pretensão, conexas à ação de direito material, e tendente a obter do sujeito passivo que não prejudique ou inviabilize o resultado a que tende a ação. Trata-se de espécie de pretensão de abstenção, conexas a um poder jurídico (justamente a ação de direito material), matéria já examinada no Capítulo IV, seção IV.4 *supra*.

À parte esta pretensão, a única solução restante é exercer, desde logo, a ação de nulidade, inclusive requerendo, se estão presentes os requisitos, a antecipação de tutela (art. 273 CPC). É esta, talvez, a única alternativa que resta (exercício judicial ou administrativo da ação) se o ato, embora inválido, é eficaz, e exigíveis os direitos que dele decorrem, até a desconstituição do ato. É o que ocorre, *vide*, com os atos de direito administrativo¹⁹⁵.

Em síntese, portanto, e contrariamente à explicação fornecida por F. C. PONTES DE MIRANDA (cf. nota n. 193 *supra*), não se alega nem se exerce, contra o outro figurante do negócio jurídico, uma pretensão à desconstituição, porque este figurante, de ordinário, não pode outorgar a decretação de nulidade do negócio jurídico, isto é, não pode desconstituí-lo (*aliter*, se se trata da Administração Pública, que tem o poder de anular seus próprios atos). As pretensões, que se tem e se pode eventualmente exercer contra o outro

195 fundamento daquela ineficácia. Por isto concebemos uma pretensão ao reconhecimento da nulidade (e da consequente ineficácia), irradiando-se a partir do próprio negócio jurídico. Aliás, em matéria de direito administrativo, uma vez que a Administração Pública tem o poder de invalidar seus próprios atos, surge, num primeiro momento, apenas a pretensão à invalidação e, violada esta, de ação de desconstituição do ato por nulidade. Esta pretensão à invalidação (que é uma pretensão à desconstituição), todavia, pertence ao direito material, enquanto as pretensões à desconstituição, de que temos tratado até aqui (nos casos de desquite ou divórcio, e nos casos de nulidade de ato ou negócio jurídico de direito privado), são pretensões pertencentes a outro ramo do direito, voltadas que são à *tutela jurídica* das posições de direito material.

figurante do negócio, não têm por objeto a desconstituição deste; são pretensões de abstenção ou, se tal é possível, pretensões à declaração negativa.

Nos exemplos *supra* (separação ou divórcio, e nulidade do negócio jurídico - pondo-se de parte, aqui, o poder jurídico da Administração anular seus próprios atos, que é poder de direito material), a pretensão à desconstituição volta-se contra o Estado (*não contra o titular passivo da ação!*) para que este, se julgar existente a ação de nulidade, pratique o ato necessário à desconstituição do negócio (ou da sociedade ou do vínculo conjugal), ato este subtraído ao exercício privado do titular da ação, e do respectivo sujeito passivo.

Assim, a pretensão à desconstituição é, nos exemplos sob análise: (i) pretensão conexas à ação de direito material; (ii) nascida conjuntamente a esta ação; (iii) dirigida porém contra o Estado-juiz, ou contra outro órgão de aplicação do direito (juízo administrativo ou arbitral, por exemplo), *não contra o sujeito passivo da ação*; e (iv) tendo por objeto o ato necessário à realização da ação, ato este de ordinário subtraído ao titular da ação (e também ao sujeito passivo desta), por conta do monopólio estatal da justiça. Embora conexas à ação de direito material, trata-se, assim, de pretensão □ *tutela jurídica*, no caso, à tutela jurídica de uma ação de direito material (reconhecida pelo Estado como) efetivamente existente.

Recorde-se, mais uma vez, que não é necessário a um determinado poder jurídico (direito formativo ou, para o que ora nos interessa, ação de direito material) conter a legitimação para que seu titular exerça, diretamente, o ato constitutivo, modificativo ou extintivo da situação jurídica de outrem; basta que ele possa exigir de um terceiro (nos exemplos, o Estado-juiz) a prática deste ato (cf. Capítulo IV, seção IV.5 *supra*).

Esclareça-se contudo que existem, *também no direito material*, pretensões à constituição ou desconstituição (isto é, à constituição positiva ou negativa) que, descumpridas, ensejam o surgimento de ação constitutiva (positiva ou negativa). Já nos referimos ao poder da Administração Pública de desconstituir, por invalidade, seus próprios atos (cf. nota n. 195 *supra*). O exemplo seguinte, de F. C. PONTES DE

MIRANDA, é também esclarecedor, mostrando uma pretensão à constituição pertencente ao direito material privado:

Pode dar-se, porém, que a ação de constituição se ligue a pretensão que não foi cumprida (...): no mandado irrevogável (*aliter*, se há procuração em causa própria, pois aí se separam o direito e a pretensão), se o mandante se opõe à lavratura da escritura pública, tem o mandatário ação para a constituição positiva como conteúdo próprio da sua pretensão constitutiva¹⁹⁶.

Este exemplo serve bem a precisar o conteúdo da chamada “pretensão constitutiva” trata-se, sempre, de uma *pretensão* □ *constituição*, isto é, de uma pretensão a que o sujeito passivo, *por conduta sua* (ou a si atribuível), constitua; no exemplo, para que o mandante atue no sentido de ser lavrada a escritura pública. Se não o fizer, surge a ação de direito material, de natureza constitutiva, tendo por conteúdo a *previsão* dos efeitos de direito material fixados para o caso (usualmente, os mesmos da escritura pública que deixou de ser lavrada), e *sujeitando* o mandante à efetiva realização destes efeitos; e, conexas a esta ação, surge uma pretensão à tutela jurídica, voltada contra o Estado, para que este preste o ato necessário à realização da ação de direito material.

Ainda aqui, contudo, a ação de direito material não , nem pode ser, “parte da pretensão” e, em verdade, não o pode ser *nunca*, porque as duas figuras têm naturezas jurídicas distintas: num caso, o resultado esperado depende da conduta do devedor (o mandante), sujeito passivo da pretensão, ou de um seu representante; no outro, o mandante está *sujeito* a que se produza tal resultado, independentemente de sua conduta e vontade, e mesmo contra esta. O Estado, já o vimos mais de uma vez, não cumpre obrigação que tocava ao sujeito passivo; atua em nome próprio e no exercício de um poder próprio, a jurisdição, perfazendo atos de ordinário vedados aos jurisdicionados, seja ao titular da ação, seja ao respectivo sujeito passivo.

Em síntese, tendo em vista as diferentes naturezas da pretensão e da ação de direito material (e a independência desta relativamente a qualquer conduta do sujeito passivo), não é possível considerar, como fez F. C. PONTES DE MIRANDA, e a ação se a “e i ncia ati idade para satis ação” (cf. nota n. 183 *supra*), ou q e “se há ação e o titular do direito

¹⁹⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 624, n. 2, p. 485.

é o mesmo da ação, a ação, aí, é o que *resta* da pretensão” (cf. nota n. 181 *supra*). Esclarecedoramente, observa G. PUGLIESE:

Definitivamente, o que pode fazer o titular do direito insatisfeito é agir em juízo nos modos previstos pela lei. Requerendo a intervenção do juiz e pondo em movimento, se é o caso, o mecanismo coativo do Estado, ele modifica realmente a situação jurídica que preexistia e se põe em condição de obter resultados práticos favoráveis. Mas pode-se dizer que este poder de agir em juízo, qualquer que seja o nome com que se queira qualificá-lo, represente um poder de exigir de outrem um comportamento? A resposta negativa se impõe, porque no processo não se pede, e de qualquer modo, não se obtém o comportamento devido pelo demandado, mas, na melhor das hipóteses, um resultado igual àquele que teria tido tal comportamento resultado que costumamos indicar com o nome de sanção¹⁹⁷.

“ a mel or das ip teses”, o ser a G. PUGLIESE, porque os objetos da pretensão e da ação de direito material podem ser distintos; nas hipóteses de separação-sanção, v[] a ação respectiva não tende ao cumprimento do dever conjugal violado, mas ao desfazimento da sociedade conjugal e, pois, à cessação destes deveres; *idem*, as ações de resolução contratual por inadimplemento (embora surjam aqui, também, as ações de cobrança). Recorde-se, ademais, as dificuldades que muitos ordenamentos historicamente tiveram, e eventualmente ainda têm, para prover a execução específica das prestações, sem reduzi-las a seu equivalente pecuniário.

Nada obstante, havendo pretensão violada, esta subsiste mesmo após a violação (a pretensão e a ação de direito material são duas posições jurídicas distintas), e pode eventualmente ser exercida conjuntamente à ação de direito material. O art. 652 CPC bem ilustra o exercício simultâneo de uma e outra posição jurídica, buscando o cumprimento

¹⁹⁷ G. PUGLIESE. Introduzione; in *Polemica intorno all' actio*. Firenze: Sansoni, 1954, p. XXXII-XXXIII. No original:

In definitiva ciò che può fare il titolare del diritto insoddisfatto è agire in i di io nei modi pre isti della le e iedendo l inter ento del i indice e mettendo in movimento, se occorre, il meccanismo coattivo dello Stato, egli modifica realmente la situazione giuridica che preesisteva e si mete in grado di conseguire risultati pratici favorevoli. Ma si può dire che questo potere di agire in giudizio, qualunque sia il nome con cui si voglia qualificarlo, rappresenti un potere di esigere da altri un comportamento? La risposta negativa si impone, poiché nel proceso non si chiede e, comunque, non si ottiene il comportamento dovuto dal convenuto, ma, nella migliore delle ipotesi, un risultato uguale a quello che avrebbe avuto tale comportamento risultato che sogliamo indicare col nome di sanzione.

voluntário da prestação pelo executado ou, caso tal cumprimento não sobrevenha, buscando desde logo a realização da ação de direito material.

Aliás, o art. 652 CPC revela o exercício simultâneo de pelo menos quatro posições jurídicas: (i) o direito de demandar, voltado contra o Estado e de natureza *abstracta*; (ii) a pretensão de direito material, voltada contra o devedor (agora executado), que foi intimado, nos termos do referido artigo, para pagamento do débito em três dias; (iii) a ação de direito material, também voltada contra o devedor, agora executado, mas visando à satisfação do credor exequente independentemente da conduta do devedor; e (iv) a pretensão à tutela jurídica executiva, de natureza *concreta* (porque conexa à ação de direito material) e voltada contra o Estado, para que este pratique os atos necessários à realização coativa da ação em sentido material.

Assim, tendo em vista a necessária distinção entre direitos a uma prestação (e respectivas pretensões) e poderes jurídicos, não é possível concordar com F. C. PONTES DE MIRANDA quando o autor considera que:

É verdade que o destinatário da pretensão [de repetição do indébito] não pode outorgar a decretação da repetição, mas a razão disso está em que o Estado se interpôs. É preciso não se elidir, nos raciocínios, o fato histórico do monopólio estatal da justiça e da determinação dos limites dele pelas leis. A pretensão nasce, ainda que nasça sem exigibilidade *de pessoa a pessoa*. Mas, se há ação e o titular do direito é o mesmo da ação, a ação, aí, é o que *resta* da pretensão¹⁹⁸.

Ora, no que diz respeito à repetição do indébito, há direito e pretensão à prestação (à devolução do valor) contra quem o recebeu, e agora deve sua restituição, podendo haver também, se a matéria concerne aos direitos disponíveis, pretensão ao reconhecimento, pelo mesmo sujeito passivo, da existência deste direito e pretensão, mas não se pode imaginar e este de edor “decrete” a repetição. O reconhecimento, quando possível, constitui ato ou negócio jurídico privado, distinto do comando ou decisão, proveniente do Estado-juiz (ou de outro órgão, como o o ar itral , e “decreta” a repetição de indébito (trata-se em verdade de *condenação*), ou desconstitui a sociedade conjugal ou o negócio jurídico.

¹⁹⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 1, p. 457.

F C. PONTES DE MIRANDA referiu, no exemplo, o monopólio estatal da justiça. No Capítulo VII, trataremos com mais detalhe das consequências deste monopólio sobre a ação de direito material; e os exemplos anteriores já evidenciaram o possível impacto deste monopólio, também, sobre a pretensão de direito material. Quanto a esta, se algum ato anteriormente podia ser prestado por determinado sujeito (podia ser, portanto, objeto de direito e da respectiva pretensão), sendo posteriormente proibida sua prática, e reservada somente ao Estado, *não é possível vislumbrar, a subsistência de pretensão de direito material, voltada contra o obrigado originário.*

Num tal caso, a evolução do sistema jurídico *necessariamente* terá modificado o conteúdo das relações jurídicas de direito material, porquanto a satisfação do credor já não supõe qualquer exigência ao sujeito passivo, nem diretamente, nem pela demanda judicial, nem por ato administrativo. Exige-se, sim, *do Estado*, o cumprimento de um ato (tornado ato de poder estatal) que *sujeita* o titular passivo à produção de determinados efeitos; um *ato de poder*, portanto, e de *poder próprio do Estado*. Recorde-se mais uma vez que o Estado, havendo monopolizado a Justiça, não presta pelo obrigado originário, *não cumpre obrigação que a este, eventualmente, tocava, mas sim cumpre, em nome próprio, obrigação própria dele, Estado.*

Trata-se portanto, como temos evidenciado, de *outra* pretensão, *dirigida contra o Estado, não contra o obrigado originário* (e titular passivo da ação), a qual tem por objeto, nos exemplos analisados, a realização da ação de direito material, consistindo numa pretensão *concreta* voltada à tutela jurídica da ação de direito material e, eventualmente (pelos meios de pressão sobre o obrigado) também à tutela da pretensão de direito material. Recordando-se que há casos em que também os direitos formativos podem ser realizados por via judicial, o que se tem, aqui, é uma *pretensão de tutela das posições jurídicas ativas, subjetivas na maior parte dos casos, ou mesmo assubjetivadas.*

Quando o termo “direito” em sentido amplo, como sinónimo de posição jurídica ativa, o que temos aqui é uma *pretensão de tutela dos direitos*, tutela esta que, no mais das vezes, é prestada pela jurisdição, daí se poder tratar de uma *pretensão de tutela jurisdicional dos direitos*, embora mais nos interesse, aqui, a tutela jurisdicional da ação de direito material.

CAPÍTULO VII

AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E PRETENSÃO À TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO

No Capítulo anterior, analisamos as relações entre a pretensão (de direito material) e a ação de direito material, surgida da violação daquela pretensão.

Ao contrário do que sustentara F.C. PONTES DE MIRANDA, verificou-se ser impossível considerar a ação de direito material — a “parte da pretensão” de direito material (cf. Capítulo VI, notas nn. 180 e 181, *supra*). Impede-o a distinta natureza destas posições jurídicas, bem como o fato de que as prestações, eventualmente necessárias à realização da ação de direito material, são devidas por um terceiro (o Estado-juiz, ou, onde a lei o admite, também o juízo arbitral), que atua em nome próprio, cumprindo obrigações próprias, e no exercício de um poder também próprio, a jurisdição (ainda que, no caso do juízo arbitral, ocorra uma delegação do poder estatal).

Aqui, todavia, já se desbordou da esfera do direito material, passando-se à esfera da tutela jurídica “dos direitos” — isto é, das posições jurídicas ativas, subjetivas (eventualmente assubjetivadas), esfera esta historicamente marcada pelo monopólio estatal da justiça.

No Capítulo anterior, procuramos indicar as consequências deste monopólio sobre a pretensão de direito material; à medida que determinados atos foram proibidos aos particulares, e monopolizados pelo Estado, já não mais puderam figurar como conteúdo de pretensões e direito material, porquanto o Estado não presta como se fora o devedor originário, nem presta em nome deste.

Todavia, as consequências deste monopólio são muito mais relevantes para a ação de direito material que para a pretensão (de direito material) que eventualmente lhe está à base, porquanto as condutas vedadas aos particulares eram, mais frequentemente, não o conteúdo de uma pretensão voltada contra o obrigado originário, mas sim o conteúdo de

poderes compreendidos na ação de direito material, e dirigidos contra o obrigado originário (como sujeito passivo da ação).

Portanto, e como se verá, o monopólio estatal da justiça determinou consequências importantes sobre a ação de direito material, reduzindo o conteúdo desta. O presente Capítulo visa, agora, precisar o conteúdo e a importância da *ação de direito material* (seções VII.1 e VII.2), sendo este um passo necessário para, em seguida, verificar-se o conteúdo do que temos denominado *pretensão* □ *tutela jurisdicional dos direitos* (seção VII.2), analisando na sequência as ações de direito material declarativas (seção VII.3), constitutivas (seção VII.4), as ações de direito material dependentes de execução (seção VII.5), e a tutela mandamental (seção VII.6).

VII.1 Natureza e conteúdo da ação de direito material

Como cediço, F. C. PONTES DE MIRANDA classifica as ações de direito material em declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas¹⁹⁹, sendo que os respectivos atos de declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução já se verificam na vida quotidiana, fora e antes da justiça:

Imaginaí uma tela que estivesse colocada no salão de exposição de pintura, em espaço correspondente às obras do pintor B, mas fosse de autoria do pintor A. Se alguém enuncia que o quadro foi erradamente posto naquela parte da parede, porque o autor é A, e não B, esse observador bem informado *declara* a autoria de A, o que equivale a *declarar* que B não é o autor. Há um □ a respeito de A, e um *não* □, a respeito de B. Se A não expôs obras suas e foi B quem levou a tela, como se dela fosse o autor, o diretor da exposição pode chamar a B e dizer-lhe que tire de lá a tela: ao dano que B fez, expondo o que não era seu, o diretor da exposição faz corresponder outro dano, o dano correspondente, o *con*□*dano*, de onde vem o termo técnico “condenação” p on amos e não retira o adro. O diretor da exposição regista o quadro como de A e, após esse ato de constituição de concorrência de A à exposição, afixa o nome de A por sobre a tela. Pode acontecer que a função de registo esteja a cargo de alguma seção do instituto a que pertence a exposição, subordinada ao diretor da exposição; então, *manda* ele que se proceda ao registo e à afixação. Se A já figurava como expositor, a transferência da tela, que se achava no espaço com a indicação de B,

¹⁹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA. □*ratado de □ireito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 624, p. 483-486.

para o espaço com a indicação de A, pode ser por vontade de B, ou por ato de A, ou por ato do diretor. Por ato de B, houve execução voluntária. Por ato de A, houve justiça de mão-própria. Por ato do diretor, houve execução forçada.

Estão aí as cinco espécies de resoluções, na vida diária, e fora da justiça.

O que se passa na justiça não é diferente, nem poderia ser. A lógica com que se conduz o homem, nas relações privadas, não é outra lógica: a justiça pelo Estado apenas se iniciou por medida de *monopolização estatal da justiça*, para que não pudesse e não tivesse o homem de fazer justiça por si mesmo²⁰⁰.

A estão, contudo, não radica apenas em verificar se estas “espécies de resoluções” se encontram “na vida diária e fora da justiça” (nota n 200, *supra*), mas sim em verificar como o monopólio da justiça atinge a ação de direito material, e o que resta, da ação de direito material após tal monopólio. No exemplo dado, o diretor da exposição tem o poder de realizar as ações de direito material que eventualmente lhe competem, porém muitas vezes as partes não são dotadas de tal poder. Como observa F. C. PONTES DE MIRANDA,

A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandato e da execução: essas, tornadas funções exclusivas do Estado, são objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares das ações, não mais podendo tutelar seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima²⁰¹.

²⁰⁰ F.C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1972, V. I, § 26, n. 1, p. 122-123.

²⁰¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 617, n. 5, p. 460.

Deve-se observar a “pretensão tutelar jurídica contra o Estado”, referida neste e certo, é distinta da que temos denominado de “pretensão tutelar jurisdicional dos direitos”

A “pretensão tutelar jurídica contra o Estado”, a que se refere MIRANDA, é de natureza *abstracta*, decorrendo do direito fundamental à jurisdição, e se exerce pela *demand*a, seja esta fundada ou infundada (isto é, sejam existentes, ou inexistentes as posições jurídicas de direito material alegadas na demanda, e cuja tutela se requer).

a “pretensão tutelar jurisdicional dos direitos” é uma posição jurídica *concreta*, porque conexa a uma ação de direito material (ou, eventualmente, a outra posição jurídica de direito material) efetivamente existente, e cuja tutela jurisdicional se requer.

Ante a ação de direito material, ante a respectiva “pretensão tutelar jurisdicional dos direitos” no caso, a pretensão tutelar jurisdicional da ação e, eventualmente, também a tutela jurisdicional da pretensão de direito material) se exercem por sua dedução na *demand*a que, por sua vez, consiste no ato de exercício da tutela *abstracta* “pretensão tutelar jurídica”, decorrente do direito fundamental à jurisdição (sobre este direito, cf. P. H. PEDROSA NOGUEIRA. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: Jus Podium, 2008, Cap. III, p. 45-103).

Portanto, o titular da ação *age* (= exerce sua ação), na grande maioria dos casos, apenas deduzindo sua ação em juízo; mas já não age declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executivamente. Quem assim o faz é o Estado, a pedido do titular (o pedido imediato do processo), e após reconhecer existente a ação de direito material.

Isto porque, com o monopólio estatal da justiça, a declaração, a constituição, a condenação, o mandamento e a execução foram *separadas da ação*, tornando-se “*ações exclusivas do Estado*” (cf. nota n. 201, *supra*), pelo que a ação de direito material apenas se realiza quando o Estado-juiz, reconhecendo-a existente, perfaz a conduta que fora vedada ao particular, declarando, constituindo, condenando, mandando ou executando.

F. C. PONTES DE MIRANDA reconhece tais atos oram tornados “*ações exclusivas do Estado*” (cf. nota n. 201, *supra*), mas, nada obstante, continua a classificar as ações de direito material pelo tipo de provimento jurisdicional requerido para sua realização, portanto aparentemente pressupondo que, relativamente a seu conteúdo, as ações continuam a ser (mesmo após o monopólio da justiça pelo Estado) declarativas, ou constitutivas, ou condenatórias, ou mandamentais, ou executivas.

De nossa parte, tendo em vista o aprofundamento do monopólio estatal da justiça, consideramos que, *de ordinário, a previsão destes atos* (tornados atos estatais de jurisdição) *não mais integra o conteúdo da ação de direito material, passando a integrar, exclusivamente, o conteúdo de outra posição jurídica, a pretensão à tutela jurisdicional do direito* (constituindo, no caso, uma *pretensão à tutela jurisdicional da ação*), porque, quanto a estes atos, tudo o que o titular da ação pode fazer é *exercer*, do Estado, sua prestação, para que se produza a eficácia *prevista* pela ação de direito material. Trata-se aqui, portanto, de outra figura jurídica (uma pretensão), de natureza distinta da ação (que é um poder), e voltada contra outro sujeito passivo (o Estado, não mais o violador).

No mais, cabe lembrar (é este o sentido do monopólio estatal da justiça) que *o Estado atua em nome próprio e no exercício de um poder próprio, a jurisdição*, pelo que tais atos, ainda que voltados à realização da ação de direito material, constituem atos

estatais de jurisdição, e não atos de exercício de um poder de direito material (privado ou público, conforme a espécie, *mas não jurisdicional*) que é a ação.

□ *ação de direito material*, por sua vez, mantém sua natureza de poder jurídico, mas *reduz-se* □ *previsão do conjunto de efeitos de direito material* □ *ue o titular da ação pode impor ao violador* (ainda que não por ato próprio, mas por ato exigível de um terceiro). Já observamos, ao ensejo, que o poder jurídico (ação de direito material ou direito formativo extintivo) se caracteriza pela possibilidade de alterar a esfera jurídica do sujeito passivo, e não precisa compreender, *necessariamente*, a legitimação para a prática do ato. O poder jurídico continua a existir, *entre os mesmos titulares ativo e passivo*, se o titular ativo pode exigir *de terceiro* (o Estado, no caso) o ato de que resultem alterações na esfera do titular passivo (cf. Capítulo IV, seção IV.5 *supra*).

Trata-se de um poder (no sentido técnico-jurídico do termo), porque seus efeitos surgem e se realizam independentemente do concurso do sujeito passivo (que é alguém que tenha cometido um fato ilícito, frequentemente violador de uma pretensão²⁰²), e de um poder cabente ao lesado (frequentemente, o titular de uma pretensão), uma vez que é previsto no interesse deste, e posto à sua disposição (no sentido de que ele pode ou não exercer sua ação), implicando, portanto, uma relação entre sujeito ativo e sujeito passivo, não entre estes (ou qualquer destes) e o Estado-juiz.

Tendo em vista o monopólio estatal da justiça, só *excepcionalmente* a ação de direito material compreende, também, a legitimação para cumprir os atos necessários à própria realização. Há aqui, contudo, exceções importantes, como o poder de autotutela da Administração, e o poder disciplinar do empregador. No campo do direito civil, todavia, são mais reduzidas estas hipóteses²⁰³.

²⁰² Nos casos de terceiro responsável, é mais frequente o surgimento de direito e pretensão (frequentemente de direito e pretensão à indenização), não da ação de direito material. Se, todavia, algum ato ilícito determinar o surgimento de poder jurídico voltado contra este terceiro, então, diante da definição adotada (cf. Capítulo V, seção V.3 *supra*), tem-se uma ação de direito material, já que como tal foi considerado todo o poder jurídico irradiado de um fato ilícito.

²⁰³ Esta excepcionalidade, contudo, não se restringe apenas a determinadas hipóteses de fato, como o direito de cortar galhos e raízes que invadam o terreno, mas compreende diversas situações - maximamente, as de legítima defesa e estado de necessidade - em que o autor pode realizar, diretamente, ou com o auxílio de um terceiro, sua ação. Por isso, parece-nos possível estabelecer que muitas ações têm (relativamente aos atos e poderes necessários à sua realização) uma verdadeira *capacidade expansiva*, naquelas situações (tal como definidas pelo ordenamento) em que a justiça estatal falharia, por se realizar tarde demais, não podendo evitar o dano ao direito defendido.

Observe-se ao ensejo que a eficácia final, a que tende a ação de direito material, já não decorre, de ordinário, do ato de exercício da ação (em geral reduzido à dedução desta em juízo, pela demanda), mas sim *dos atos praticados pelo Estado*. Embora decorrente de ato estatal, trata-se, aqui, de eficácia verificada entre as esferas jurídicas dos jurisdicionados, o titular da ação de direito material, e o respectivo sujeito passivo desta.

A definição do conteúdo da ação material, restringido à previsão dos efeitos jurídicos fixados pelas normas de direito material (e que o respectivo titular pode impor ao violador), aproxima (talvez, identifique) a ação em sentido material com o que L. G. MARINONI denomina “*formas de tutela do direito*”, formas estas estabelecidas pelo direito material: “*o isolamento processual tem apenas o dever de instituir técnicas processuais que sejam capazes de viabilizar a tutela do direito prometida pelo direito material*”²⁰⁴.

As “*formas de tutela prometidas pelo direito material*”²⁰⁵, por sua vez, podem ser (segundo L. G. MARINONI): (i) inibitória (destinada a prevenir a ocorrência de uma violação a direito); (ii) de remoção do ilícito; (iii) ressarcitória, na forma específica ou pelo equivalente: (iv) pelo inadimplemento da obrigação contratual (na forma específica ou pelo equivalente, quando então o equivalente corresponde ao valor da prestação inadimplida, não do dano causado, como na tutela ressarcitória); (v), de imissão na posse; (vi) declaratória; e (vi) constitutiva²⁰⁶. Estes, em síntese, os possíveis efeitos (ou alguns possíveis efeitos) previstos pelas diversas ações de direito material, e que o titular da ação pode impor ao violador.

Como cediço, “A ação inibitória se volta contra a probabilidade do ilícito, ainda e se trate de repetição ou continuação”²⁰⁷ e, ainda que se trate de tutela destinada a

²⁰⁴ L. G. MARINONI. *Teoria Geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. V, seção 5.5, p. 252.

²⁰⁵ L. G. MARINONI. *Teoria Geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. V, seção 5.4, p. 250. Observe-se a palavra “tela”, aqui, diz respeito às consequências previstas pelo direito material, tendo portanto um sentido bastante diverso daquele em que a empregamos, como tutela *jurisdicional* de determinada posição jurídica de direito material (máxime, a ação). De nossa parte, preferimos não empregar a palavra tutela para referir as consequências fixadas pelo direito material, uma vez que o termo já está muito associado à tutela jurisdicional.

²⁰⁶ Cf. L. G. MARINONI. *Teoria Geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. V, p. 251-261.

²⁰⁷ L. G. MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. I, seção 1.1.3, p. 195.

prevenir eventual ilícito (*a fortiori*, eventual dano), também surge de uma anterior pretensão de direito material, violada. L. G. MARINONI refere, na matéria, o art. 05º, no qual se trata da “ameaça a direito”, de onde se deduz-se “o direito à tutela e eticamente capaz de impedir a violação do direito”²⁰⁸.

Ora, mas se o ordenamento repudia até mesmo a ameaça, claro está que não só determinado fato (em sentido amplo) é tornado ilícito, mas também fatos anteriores (inclusive preparatórios), que podem ensejar ou conduzir àquele fato ilícito que se quer evitar. A ação de direito material inibitória pode decorrer, por exemplo, de violação a pretensões de cautela (inclusive de cuidado profissional, ou no exercício de outras atividades), ou de segurança, incluindo-se aqui a violação por atos que evidenciem o próximo cometimento de um ilícito.

Observe-se ainda que a ação de direito material, não se dirigindo contra o Estado-Juiz, não contém nenhum poder de legitimação para que este atue no caso concreto. A legitimação do Estado-Juiz, para sua atuação *num determinado caso concreto*, decorre, *cumulativamente*: (i) da *existência* da ação de direito material (não de um poder de legitimação contido nesta); (ii) da correlata *existência* da pretensão à tutela jurisdicional da ação; e (iii) do *exercício*, pela dedução na demanda, de ambas as posições jurídicas.

Portanto, num contexto de monopólio estatal da justiça, já não cabe mais afirmar que a ação de direito material contenha, em si, a previsão dos atos (judiciais!) necessários à sua realização, como também não é possível afirmar que a ação contenha um poder de legitimação ao Estado para prática destes atos no caso concreto.

VII.2 Pretensão à tutela jurisdicional da ação

O monopólio estatal da justiça, além de ensejar a redução do conteúdo da ação de direito material (uma vez que os respectivos titulares estão em geral impedidos de exercer a autotutela), determinou também o surgimento (ou a expansão) de uma *outra figura*, uma posição jurídica também cabente ao titular da ação, mas com distinta natureza (uma pretensão, não um poder), distinto conteúdo (os atos necessários à realização da ação ou,

²⁰⁸ Cf. L. G. MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. I, seção 1.1.4, p. 194.

mais tecnicamente, os atos necessários à tutela jurisdicional da ação²⁰⁹), e distinto sujeito passivo (o Estado-juiz, ou o juízo arbitral, não o sujeito passivo da ação), conformando, portanto, uma *distinta relação jurídica*.

Indubitavelmente, trata-se de uma pretensão, não de um poder, porquanto o jurisdicionado não pode sujeitar o Estado à prática de tais ou quais atos, mas apenas exigí-los, apresentando sua pretensão (e a respectiva ação) para julgamento. Note-se ao ensejo que, neste caso, a prestação dos atos jurisdicionais não supõe, apenas, o exercício da ação de direito material, e da respectiva pretensão à tutela jurisdicional da ação (pela dedução destas posições na demanda), sendo também necessário o concurso de um julgamento a or el, ale di er, de ma “cond ta” do pr prio s eito passi o da ela pretensão o Estado), consistente em reconhecer, com a existência da ação, também o seu dever (premível) a determinada prestação jurisdicional, e, só então, realizar a prestação devida.

Não há nenhum óbice teórico à concepção de um direito e pretensão voltados contra o Estado. Concepções mais antigas viam aqui uma impossibilidade pois, não havendo qualquer conflito de interesse entre o titular de uma ação e o Estado, não se poderia compreender um dever deste relativamente a ato que é do próprio interesse do Estado, na realização da justiça. Ora, como bem observa F. C. PONTES DE MIRANDA, “e interesses, s acentes, não pertencem dimensão r dica, mas dimensão política, salvo onde esse interesse é *sin*al, e a re ra r dica entende sar”²¹⁰. Os interesses são, portanto, em princípio externos ao mundo jurídico, pelo que a atribuição de direitos e deveres pode prescindir de um eventual conflito de interesses.

²⁰⁹ Muitas vezes, não se terá, *apenas*, uma pretensão à tutela jurisdicional *da ação*, pois que o conjunto de atos estatais, que constitui o objeto desta pretensão, tende não apenas a realizar a ação em sentido material, mas também a premir o cumprimento *da pretensão de direito material violada*. Assim os meios da denominada “e ec ção indireta”, e a t tela mandamental ada o stante, considerando-se a que o escopo último da jurisdição (quando tenha reconhecido existente a ação deduzida em juízo) é a realização dos efeitos de direito material previstos pelo ordenamento (e já subjetivados na ação de direito material), parece-nos possível ressaltar, no conteúdo desta pretensão dirigida ao Estado, os atos dirigidos à realização da ação em sentido material.

Observe-se, ao ensejo que, conquanto os *objetos* da ação, e da pretensão de direito material, possam ser coincidentes (uma determinada soma de dinheiro, por exemplo), não é possível realizar, forçadamente, o *conteúdo* da pretensão, que se resume à *e quibilidade de uma prestação*, isto é, à exigibilidade de um comportamento humano, comissivo ou omissivo. E, se é possível *premir* a realização de um comportamento, já não é possível realizá-lo diretamente, invadindo a esfera pessoal do obrigado e movimentando-lhe os membros (ou impedindo-lhes o movimento) como se este fora uma marionete.

²¹⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. V, § 561, n. 2, p. 229.

Ademais, sustentar que não haveria deveres do Estado, porque não haveria conflito deste com o jurisdicionado em busca de tutela jurídica, é construção que conflita com princípios da legalidade (o Estado deve agir segundo a lei, que determina os modos de sua atuação, e, inclusive, os modos de prestação de tutela jurisdicional, ensejando, assim, direitos aos jurisdicionados e deveres - deveres premíveis - para o Estado) e da garantia do acesso à justiça. Tais princípios concorrem a transformar muitos dos poderes do Estado em poderes-deveres, ou poderes funcionais.

Também não há problema em afirmar a existência de uma pretensão antes ainda de o Estado poder prestar (inclusive antes da propositura da demanda). Já se viu, no Capítulo IV, seção IV.2.1, que pode haver pretensão estando suspensa a respectiva obrigação, e pois sua adimplibilidade. Assim, “ e o titular da pretensão tem de reclamar [exigir], mas poderia reclamar antes, pro a isso e a pretensão e istia”²¹¹. Note-se que, ao se ajuizar a demanda, não se e i e apenas a “t tutela r dica”, isto , ma decisão so re o m rito, favorável ou desfavorável que seja, mas se exige, também, a tutela jurídica da ação de direito material que se afirmou existente, e se exerceu (ou, pelo menos, se afirmou exercer).

Observe-se ainda que a construção ora proposta não constitui ma “pretensão sentença a or el”, não “pretensão ao l amento a or el da demanda”, mesmo porque a existência da pretensão de proteção do direito é matéria de julgamento pelo Estado, podendo ser melhor descrita como a pretensão aos atos que o Estado deve desempenhar, *caso julque procedente a demanda* (i.e., caso julgue existente a ação)²¹². O

²¹¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. VI, § 660, n. 4, p. 96.

²¹² F. C. PONTES DE MIRANDA manifestava-se contrário a ma “pretensão sentença a or el”

Tem-se pretendido que a pretensão à tutela jurídica é pretensão à sentença favorável. Se, para argumentar, admitíssemos que a pretensão à tutela jurídica é pretensão à sentença favorável, o Estado, quando o juiz errou, não teria prestado o que prometera. No entanto, a prestação jurisdicional, com o trâmite em julgado, foi feita. Tanto o foi que, se o caso se inclui naquelas espécies em que não cabe ação rescisória, nem revisão criminal, nada mais há a fazer-se. Foi ou não feita a prestação jurisdicional, que o Estado prometera e o juiz, por ele, entregara? (...) O que o Estado prometeu foi exercer a tutela jurídica. Para que prometera exercer a tutela jurídica com prestação de sentença justa ou favorável seria preciso que houvesse prometido a infalibilidade, ou, pelo menos, o reexame da sentença a qualquer tempo e por indeterminado número de vezes (...). Quando alguém pede, inclusive o réu, que o Estado decida, exerce, com o pedido, a pretensão à tutela

juízo de procedência não é, aqui, o objeto da pretensão (objeto da pretensão são os atos concretos de tutela estatal para a realização da ação), mas sim a *condictio iuris* para sua subsequente atuação.

Na demanda, o autor deduz (e portanto *exerce*) sua ação de direito material e a respectiva pretensão à tutela jurisdicional da ação, demandando ao Estado aqueles atos objeto da pretensão - atos cuja prestação depende, todavia, do julgamento de procedência da demanda (ou de um juízo provisório, em sede de antecipação de tutela). Pode ser que apenas afirme existentes, e afirme que exerce tais posições jurídicas, porque, do julgamento, resultou que o autor não tinha ação (de direito material) e, portanto, também não tinha pretensão à tutela jurisdicional da ação. Sua demanda, portanto, não passava de meras alegações, que não consistiam na dedução, e exercício, de posições jurídicas efetivamente existentes.

Como visto supra (cf. Capítulo I, seção I.5), também os efeitos jurídicos (e assim as diversas posições jurídicas, como a ação de direito material) podem figurar como elemento do suporte fático abstrato da norma jurídica; é precisamente o que ocorre no caso em tela. O surgimento de uma ação de direito material (exceção feita à ação declaratória, como se verá) é o *suporte fático* do surgimento da pretensão à tutela jurisdicional da ação.

jurídica (Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. *In: Revista Forense*, n. 171/Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 22).

Daqui se pode extrair duas ordens de críticas à pretensão à uma sentença favorável: (i) a tutela jurídica é prestada a todas as partes, não podendo portanto ser restringida, apenas, àquele que tenha razão; e (ii) o Estado não é infalível, e os remédios processuais (recursos e outros meios de impugnação) são limitados.

A primeira crítica pode ser superada, quando se considera que uma pretensão à sentença favorável não necessariamente exclui a pretensão à tutela jurídica, titulada por todas as partes em juízo. Como bem observa L. G. MARINONI, “A sentença de improcedência dá tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de procedência presta a tutela jurisdicional do direito solicitada pelo autor e tutela jurisdicional ao réu” *Teoria Geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. V, seção 5.7, p. 266).

A segunda ordem de críticas, todavia, merece consideração mais detalhada. Como bem observara F. C. PONTES DE MIRANDA, “para que se prometera e exercer a tutela jurídica com prestação de sentença justa ou favorável seria preciso que houvesse prometido a infalibilidade, ou, pelo menos, o respeito da sentença a qualquer tempo e por indeterminado número de vezes” *cf. supra*.

Sob esta perspectiva deve-se considerar que (i) sendo os recursos (e demais meios de impugnação) limitados; (ii) transitando as sentenças em julgado, justas ou injustas que sejam; e (iii) sendo restritas as hipóteses de rescisória (e subordinadas, ademais, a prazo decadencial), a “pretensão à uma sentença favorável” encontra limites não apenas em elementos materiais do sistema jurídico, mas na estrutura deste mesmo sistema, razão pela qual, *prima facie* ao menos, não adotamos tal construção.

O surgimento de tal pretensão é inafastável, por conta do direito fundamental à jurisdição (art. 05º, XXXV CF), ainda que, por vezes (e numa ressignificação do conteúdo deste direito), a jurisdição seja a arbitral; neste caso, o eventual recurso à jurisdição estatal se fará apenas em momento posterior, para e ec ção “da sentença ar itral” em erdade, para prestação de tutela executiva à ação de direito material, já reconhecida existente pela sentença arbitral).

É importante observar que a ação material *não inte*ra o conteúdo da pretensão à tutela jurisdicional da ação (tratam-se de suas posições jurídicas distintas, com naturezas jurídicas distintas, e compreendidas, cada qual, em relações jurídicas também distintas), mas sim *determina o conte*do do ato estatal, bem assim *determina ou concorre a determinar* a natureza deste ato (a natureza do ato, note-se, não da pretensão, que consiste, sempre, na exigibilidade de uma prestação). Aqui, todavia, já se está a considerar os (profundos) liames existentes entre a ação de direito material e a pretensão à tutela jurisdicional da ação.

Quanto à determinação do *conte*do do ato de tutela jurisdicional, basta notar que este ato deve ser de tal modo a permitir que se irradiem, *a partir dele* (i.e., do próprio ato jurisdicional), os efeitos previstos pela ação de direito material. Portanto, o ato jurisdicional deve espelhar o conteúdo da ação de direito material, isto é, os efeitos nela *previstos*.

Ademais, como os efeitos de direito material têm uma determinada natureza, ação de direito material determina (ou *concorre a determinar*), além do conteúdo, também, a *natureza* mesma do ato objeto da pretensão à tutela jurídica da ação, observando-se contudo que nem sempre a pretensão à tutela jurisdicional, que surge, determinará a imediata realização da ação de direito material.

Para certas categorias de ações, a *natureza* do ato de tutela jurisdicional requerido será *necessariamente determinada* pela ação de direito material; é o que se dá com as ações constitutivas (quanto às ações declaratórias, como se verá na seção seguinte, não determinam o surgimento de nenhuma pretensão à tutela jurídica).

Porém, o sistema processual pode ter maior autonomia na fixação das *formas* pela qual será prestada a tutela jurisdicional, o que bem se verifica a partir do binômio condenação-execução, recordando-se ser variável, no tempo e no espaço, o rol dos títulos executivos extrajudiciais (e, em certa medida, mesmo o rol dos títulos executivos judiciais). Como observa L. G. MARINONI,

O problema é que, se as tutelas do direito “*formas de tutela prometidas pelo direito material*”, c nota n podem ser acilmente separadas das sentenças condenatória, mandamental e executiva, o mesmo não acontece quando se está diante das *tutelas* declaratória e constitutiva e das *sentenças* condenatória e executiva. Isso porque, se não existem tutela condenatória, mandamental ou executiva, há tutela declaratória e tutela constitutiva. Ou melhor: as *sentenças* declaratória e executiva prestam *tutelas* declaratória e constitutiva²¹³.

Assim, algumas ações de direito material podem ser dotadas, desde logo, de uma pretensão à tutela jurisdicional (pretensão à tutela jurisdicional da ação) que tenha por objeto ato de natureza executiva, enquanto outras serão dotadas, inicialmente, apenas de uma pretensão à tutela jurisdicional condenatória e, apenas após a constituição do título, de uma pretensão à tutela jurídica executiva²¹⁴.

Ademais, tendo em vista o conteúdo das ações de direito material (a previsão dos efeitos de direito material impostos ao violador), é possível ainda tratar de ações de direito material declaratórias ou constitutivas, com vistas ao conteúdo destas ações, não aos atos jurisdicionais necessários para sua realização□

Já não é possível, todavia, cogitar-se de ações de direito material condenatórias, executivas ou mandamentais; a condenação e a execução são apenas *técnicas processuais* estabelecidas para a realização de determinadas ações de direito material (v□□, ações ressarcitórias, ou pelo descumprimento de obrigação contratual, que se valem das técnicas condenatória e executiva, ou, se há título executivo, diretamente da executiva).

²¹³ L. G. MARINONI. *Teoria Geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, Parte II, Cap. V, seção 5.5, p. 261.

²¹⁴ Quando, *por elipse*, tratamos de “pretensão tutela jurídica constitutiva” o condenatória, o executiva), deve ficar claro que nos referimos, sempre, à *pretensão à tutela jurídica da ação*, que é de natureza concreta (ligada a alguma ação de direito material efetivamente existente, ou reconhecida com existente).

Quanto à técnica mandamental, visa antes a premir o cumprimento da pretensão de direito material violada, embora outros efeitos da sentença mandamental (efeitos declaratórios, constitutivos, condenatórios ou executivos) possam realizar (ou inserir-se no *iter* da realização) da respectiva ação de direito material²¹⁵.

Observe-se, ao ensejo, que as sentenças, com que se cumpre (se é o caso) a pretensão à tutela jurisdicional da ação, irradiam diversas eficácias; como observa F. C. PONTES DE MIRANDA, toda a sentença irradia as eficácias declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva²¹⁶. Assim, quando tratamos de uma pretensão à tutela jurisdicional da ação que tenha por objeto ato de natureza constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, referimo-nos apenas àquela que é a força deste ato, vale dizer, à sua eficácia preponderante, mas não exclusiva.

Passamos a examinar, a seguir, as diversas ações de direito material, segundo a tutela jurídica que requerem para sua realização.

VII.3 Ações declarativas

Como visto, o conteúdo das ações de direito material é a *previsão* dos efeitos de direito material que podem ser impostos ao violador, o que nos leva à questão de definir a eficácia do ato declarativo, seja este a declaração de existência ou inexistência de uma posição jurídica, ou da veracidade ou falsidade de um documento. Recorde-se, aqui, que o *ato* de declarar foi tornado, historicamente, um ato de jurisdição estatal (aliás, o ato de jurisdição por excelência: *ius dictio*, literalmente “di er o direito” , en tanto a *eficácia* deste ato é aquela que pode ser *prevista* pela ação de direito material, e assim ser imposta ao violador (apenas prevista, porque estes efeitos se irradiam *do ato estatal*).

Observe-se ainda que, em todas estas possíveis declarações, tratar-se-á sempre da esfera jurídica das partes, porquanto o direito à incolumidade das esferas jurídicas repele que se possa brandir, contra seu titular, um documento falso, ou negar a veracidade de um

²¹⁵ Sobre as diversas possíveis eficácias das sentenças mandamentais, cf. F.C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1976, v. VI, § 2, n. 3 p. 6.

²¹⁶ Sobre as cinco eficácias das sentenças, cf. F.C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1972, v. I, §§ 25-29, p. 117-144.

documento verdadeiro. Há aqui ilícito absoluto, que pode até, eventualmente, não gerar um dever de indenizar, mas gera, certamente, pretensão contra o violador e ação declaratória (ou apenas ação, se nenhuma exigibilidade cabe contra o violador).

Em princípio, a eficácia declarativa não se substitui nem deve se substituir à posição ou situação jurídica declarada (no caso de ação declarativa negativa, deve-se manter a incolumidade da esfera jurídica do titular da ação, em que não se encontra a posição jurídica cuja existência é falsamente afirmada pelo sujeito passivo) e deve, não obstante, provocar algum tipo de vinculação na esfera do demandado, reconhecido como sujeito passivo da ação de direito material.

Entendemos que a eficácia declarativa, positiva ou negativa, consiste numa *sujeição* do titular passivo da ação ao *quid* declarado, sujeição que determina a *ineficácia* de qualquer ato pelo qual este sujeito vise por qualquer modo desconhecer, desconsiderar, descumprir ou opor-se à posição declarada (ineficácia, bem entendido, *para os fins visados pelo sujeito passivo*, pois pode dar-se que estes atos se configurem como atos ilícitos, com as consequentes sanções). Já o cumprimento (imagine-se, *ver*, que a posição declarada seja uma obrigação) será sempre o da posição *original*, que foi *objeto do ato de declaração judicial* e, conseqüentemente, *objeto do respectivo direito declaratório*.

Portanto, conteúdo da ação de direito material declarativa é a *previsão* da sujeição do titular passivo aos efeitos da declaração de existência ou inexistência de uma determinada posição jurídica, ou da verdade ou falsidade de um documento. Observe-se, ao ensejo, que as ações declarativas positiva e negativa têm idêntica estrutura, apenas variando quanto ao respectivo conteúdo. E isto não deve espantar. A ação declarativa negativa surge, ela também, no plano do direito material, como todas as outras ações, porquanto a falsa alegação de uma suposta posição jurídica (em verdade inexistente) entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, e produz, como consequência, pretensão e ação em sentido material para a declaração negativa (ou apenas ação, se nenhuma exigibilidade cabe contra o violador).

Note-se que a ação declarativa não é definida pela eficácia (os efeitos, aliás, são efeitos do ato estatal de jurisdição, não da ação mesma, nem de seu exercício, pela dedução

na demanda), mas pelo seu conteúdo, que pode ser definido como um plexo de efeitos apenas previstos como de possível realização (porque dependentes de um ato estatal para sua realização), mas já atribuídos ao particular desde o (e com o) surgimento da ação

Uma vez que o conteúdo da ação compreende a *previsão* dos efeitos, e não já os atos que os produzem, a ação de direito material permanece como uma posição jurídica voltada contra o violador (ou um terceiro responsável), e *apenas contra este*, porque os efeitos lá previstos se devem realizar na esfera jurídica da parte contrária, enquanto os atos serão devidos pelo Estado-juiz.

Todavia, deve-se analisar mais detidamente a existência (ou não) de uma pretensão à tutela jurisdicional da ação declarativa.

Como se viu, afigura-se problemática a existência (fora e antes do processo) de uma pretensão à sentença favorável (cf. nota n. 212 *supra*); portanto, o julgamento de procedência da demanda não é objeto de pretensão à tutela jurisdicional da ação, ou de outra pretensão voltada contra o Estado-juiz (ou o juízo arbitral).

Por sua vez, julgar uma demanda (trate-se de julgamento de procedência ou de improcedência) nada mais é que, na fundamentação, indicar qual é a situação jurídica das partes e a eventual violação desta situação jurídica (e portanto a existência ou não da ação de direito material), sujeitando então os jurisdicionados aos efeitos resultantes do ato de declaração judicial (agora no dispositivo da sentença). Este é o cumprimento do dever de julgar, decorrente do monopólio estatal da justiça, e correlato ao direito fundamental à jurisdição, que é um direito de natureza *abstracta*, porque independente da razão ou desrazão do autor (isto é, independente do fato de o autor da demanda ser titular, ou não, uma ação de direito material).

Neste contexto, julgar procedente uma demanda significa reconhecer a situação jurídica tal como afirmada pelo autor (trate-se de ação declaratória positiva ou negativa), e a efetiva violação, declarando portanto (agora no dispositivo da sentença) a respectiva situação jurídica das partes, de maneira a sujeitar os jurisdicionados (o que ocorre sempre, por efeito da jurisdição) e, para o que nos interessa, o demandado, em vista do reconhecimento, pelo Estado-juiz, da ação de direito material deduzida na demanda.

Portanto, a ação de direito material declarativa (quando reconhecida existente pelo Estado-juiz) não necessita, para sua realização, de nenhum outro ato senão do próprio ato de julgamento da demanda, ato este objeto daquela pretensão *abstracta*, decorrente do direito fundamental à jurisdição (art. 05º, XXXV CF), uma vez que os efeitos previstos pela ação declarativa já se haverão irradiado com o respectivo julgamento (de procedência) da demanda.

Tal como nas demais ações, o monopólio estatal da justiça se faz sentir: para a realização da ação de direito material, é necessário um ato jurisdicional. Todavia, este ato é o próprio julgamento de procedência da demanda, não constituindo portanto objeto de uma pretensão à tutela jurisdicional da ação (já que a pretensão a uma sentença favorável se nos afigura em princípio inadmissível). Por isto, já não se afigura necessário (e nem mesmo possível, pela inexistência de uma pretensão à sentença favorável), cogitar-se, relativamente às ações declarativas, de uma respectiva pretensão à tutela jurisdicional da ação

Note-se aqui que o julgamento (de procedência, no caso) atua uma dupla sujeição: sujeição de ambos os jurisdicionados ao ato estatal de jurisdição (como ocorre em todo o julgado), e a sujeição, decorrente daquela, do demandado (sujeito passivo da ação de direito material) ao autor (reconhecido como titular da ação de direito material), em suas respectivas relações de direito material. Importante observar que cada uma destas sujeições se verifica em uma distinta relação jurídica (relação jurídica entre o Estado-juiz e os jurisdicionados, no primeiro caso; e relação entre o titular da ação e o respectivo sujeito passivo, no segundo). Tanto assim que, se o sujeito passivo atua no sentido de ignorar ou negar a situação jurídica declarada, pode cometer dois ilícitos: um, contra o Estado, por desrespeito ao julgado (ato de jurisdição estatal); outro, contra o titular da ação de direito material, ilícito este agora interno à relação jurídica de ambos.

Como já se observou *supra*, a eficácia não decorre da ação de direito material, nem de seu exercício, pela dedução na demanda, mas sim do ato estatal (ou arbitral) de jurisdição. Tem-se aqui, portanto, um único ato, com sua respectiva eficácia que, além de satisfazer a prestação jurisdicional, realiza, também, a ação de direito material, já que seu titular, por conta do monopólio da justiça, não mais pode realizá-la por si.

Poder-se-ia, então, perguntar: não basta o poder estatal de jurisdição, e os direitos e pretensões dele decorrentes? A ação de direito material, antes que uma verdadeira posição jurídica, não seria apenas um conceito supérfluo e eliminável? Não seria um mero reflexo do poder estatal de jurisdição?

Em verdade, a ação de direito material é ineliminável do sistema jurídico, seja porque ela é (ou pelo menos se espera que seja) o fundamento da sentença de procedência, seja porque (e este é o ponto fundamental), não é possível conceber-se que o sujeito A possa exigir, do Estado-juiz (ou do juízo arbitral), atos que determinem efeitos de direito material na esfera jurídica de outro jurisdicionado (B), sem prever um poder, titulado por A e dirigido a B, sujeitando este último aos efeitos pretendidos por A com a realização da prestação jurisdicional (e já *previstos*, antes desta realização). Há aqui, manifestamente, *duas relações jurídicas distintas*: uma entre A e B, e outra entre A (agora como jurisdicionado) e o Estado, levando à necessária concepção de duas posições jurídicas, necessariamente distintas pelas relações em que se inserem e, como já visto, distintas também pelos respectivos sujeitos passivos, e pelas respectivas naturezas jurídicas.

O direito à jurisdição é figura abstrata (porque independente da razão ou desrazão do autor), e cabente a ambas as partes em juízo, apenas determinando o dever do Estado de julgar. Mas o que se vai julgar, e o que se pede ao Estado, é determinado pela respectiva ação de direito material, e (se tal é necessário) pela conexa pretensão à tutela jurisdicional da ação (que já vimos não existir nos casos de ação declaratória). Mesmo com o monopólio estatal da justiça, a ação de direito material é, portanto, a figura *subordinante*, já que determina o conteúdo da pretensão à tutela jurisdicional voltada contra o Estado, determinando (ou concorrendo a determinar) também a natureza do ato estatal exigido ao Estado.

A questão, e a solução, remanesce as mesmas caso se admita uma pretensão à sentença (ou, mais amplamente, à tutela jurisdicional) favorável. Também aqui não é possível conceber-se que o sujeito A possa exigir, do Estado-juiz (ou do juízo arbitral), atos que determinem efeitos de direito material na esfera jurídica de outro jurisdicionado (B), sem prever um poder, titulado por A e dirigido a B, sujeitando este último aos efeitos pretendidos por A com a realização da prestação jurisdicional (e já *previstos*, antes desta realização). É patente, como observado, a existência de duas relações jurídicas distintas,

uma de direito material, entre A e B, caracterizada por um poder do primeiro e sujeição do segundo, e outra de direito público, entre A (como jurisdicionado) e o Estado, tendo por objeto a concessão de tutela jurídica àquela ação (caso reconhecida existente).

A tutela declarativa é de fundamental importância, estendendo-se a virtualmente *todas* as ações de direito material, não apenas às ações declarativas. Com efeito, qualquer que seja o conteúdo de uma determinada ação de direito material, ela precisa ser primeiro declarada existente, com seu respectivo conteúdo, para em seguida ser realizada. Ou seja, a tutela declarativa é prestada a virtualmente todas as ações de direito material, mesmo porque, à vista do quanto exposto *supra*, julgar procedente uma ação nada mais é que (i) julgar existente determinada ação de direito material (e a conexa pretensão à tutela jurídica, se existente, o que não ocorre com as ações declarativas); e (ii) realizar a respectiva tutela jurídica, caso esta já não decorra do próprio julgamento de existência da ação.

VII.4 Ações constitutivas

Estabelecido que o conteúdo da ação é a previsão dos efeitos de direito material que podem ser produzidos na esfera do violador (ou de um terceiro responsável), a ação constitutiva terá por conteúdo *a previsão da constituição, da modificação, ou da extinção de determinada posição jurídica*.

Tendo em vista o monopólio estatal da justiça, é necessário recordar que o titular da ação não está, em regra, legitimado à prática do ato de que se irradia a eficácia pretendida; este é, na generalidade dos casos, um ato reservado à jurisdição estatal ou, onde a lei o permite (e a tanto tenham se sujeitado as partes), arbitral.

Note-se que a ação constitutiva não é definida pela eficácia, mas pelo seu conteúdo, definido como um plexo de efeitos *previstos* (porque dependentes de um ato jurisdicional para sua realização), mas já atribuídos ao particular com o surgimento da ação. Referindo-se apenas à previsão dos efeitos (como seu conteúdo), e não aos respectivos atos, a ação de direito material permanece como uma posição jurídica voltada contra o violador, e *apenas contra este*, porque aqueles efeitos se devem realizar na esfera jurídica do sujeito passivo, enquanto os atos serão devidos pelo Estado.

É este conteúdo - a previsão da constituição, modificação ou extinção de determinada posição jurídica - que determina, a partir do direito material, a *natureza* (e a eficácia) do ato estatal objeto da pretensão à tutela jurisdicional da ação, que será, respectivamente, um ato de *constituir, modificar* ou *extinguir*. E determina, igualmente, o *conteúdo deste ato estatal*: constitui-se, ou extingue-se, *determinada posição jurídica*, ou modifica-se uma posição jurídica *de determinada forma*.

No Capítulo anterior, analisamos algumas ações constitutivas (v.g., a ação de desquite, ou a de separação judicial), ressaltando sempre que o exercício pelo titular da respectiva ação se limita à sua dedução em juízo, e ao conseqüente pedido de tutela jurídica, no caso, sentença que desconstituísse a sociedade conjugal.

Todavia, quanto às ações constitutivas (ou, mais amplamente, quanto aos poderes jurídicos exercitados mediante demanda), parece-nos admissível, *em teoria*, indagar se a irradiação de eficácia deriva não do ato estatal, mas da demanda mesma (isto é, do ato de exercício do poder jurídico), embora suspensa até o momento do reconhecimento judicial da ação.

Nesta concepção, o exercício da ação pelo seu titular (mediante sua dedução pela demanda judicial) já produziria, *de per se*, a desconstituição da sociedade conjugal, mas este efeito estaria ainda suspenso, à espera de elemento integrativo de eficácia que seria, justamente, a sentença de procedência da demanda.

Bastaria aqui, portanto, uma sentença que reconhecesse existente a ação, sem qualquer ulterior comando. Bastaria, em síntese, uma sentença de força declarativa, não constitutiva, e qualquer alusão a comando, aqui (v.g., anulo, resolvo, rescindo, extingo, e outros), seria mera figura de estilo, sem qualquer eficácia jurídica.

Portanto, esta construção tem contra si o fato de que, aparentemente ao menos, o que se pede (e o que se obtém, no dispositivo da sentença) é um ato judicial tendente, *diretamente*, à produção do efeito pretendido. Assim, pede-se ao Estado-juiz que rescinda, ou anule, ou resolva, ou por outra forma constitua, extinga, ou modifique determinada

posição jurídica, e é precisamente isto que ele parece fazer no dispositivo da sentença “resol o” “rescindo” “an lo”, entre o tros

Por isto, entendemos que a constituição depende de um ato jurisdicional (ato *ulterior ao reconhecimento da ação*, e portanto distinto deste, embora constante também da sentença judicial), ato este que é o objeto da pretensão do autor contra o Estado (pretensão à realização da ação, isto é, pretensão à tutela jurisdicional da ação).

Assim, também o conteúdo das ações constitutivas se reduz à previsão de efeitos de direito material, efeitos estes que serão realizados por um ato estatal.

VII.5 Ações de direito material dependentes de execução

Com o monopólio estatal da justiça, não há mais (ou apenas excepcionalmente há) ações de direito material executivas, porquanto os atos de execução foram excluídos do conteúdo da ação, e tornados atos de um poder estatal, a jurisdição, surgindo para o titular da ação de direito material uma pretensão, voltada contra o Estado, tendo por objeto os atos necessários à tutela jurisdicional da ação - no caso, uma tutela executiva.

Assim, em geral não é possível cogitar de ações de direito material executivas, senão por referência a uma outra posição jurídica, a pretensão que lhes tutela. Melhor tratar, portanto, de ações de direito material dependentes de execução, cabendo agora verificar quais são estas.

Uma vez que o conteúdo da ação de direito material se reduziu, essencialmente, à previsão dos efeitos de direito material que o titular da ação pode impor ao violador, ações de direito material dependentes de execução são aquelas que preveem uma atribuição patrimonial a favor de seu respectivo titular. Incluem-se aqui as ações ressarcitórias (na forma específica ou pelo equivalente), sejam de origem negocial ou extranegocial, e as ações pelo inadimplemento de obrigação (também na forma específica ou pelo equivalente, quando então o equivalente corresponde ao valor da prestação inadimplida, não ao dano causado, como nas ações ressarcitórias; cf. nota n. 206 *supra*).

Uma vez que ação preveja uma determinada atribuição patrimonial, é necessário, para a efetivação desta ação, a tutela jurisdicional executiva. Portanto, a determinação do ato objeto da respectiva pretensão à tutela jurisdicional se faz (ainda que *mediatamente*, porque é a lei processual que define quais são os títulos executivos) a partir do conteúdo da ação de direito material.

Em geral, a pretensão à tutela executiva não compreende apenas um ato, mas sim, uma série de atos, que se estendem, *in fine*, da penhora à alienação e à posterior permissão do levantamento, pelo credor, da quantia realizada, ou à adjudicação de um determinado bem.

A pretensão à tutela jurisdicional executiva (que é pré-processual, porque existente fora e antes do processo, ou pelo menos existente fora e antes da fase executiva) gera portanto diversas *pretensões processuais* para seu titular, conforme os diversos atos e medidas de execução previstos pelo ordenamento e cabíveis na espécie.

Diversos destes atos estatais, contudo, produzem efeitos de direito material na esfera do executado (que é o sujeito passivo da ação de direito material), desde a indisponibilidade até a perda da propriedade de um ou mais bens.

Assim, pode parecer estranho que se reduza a execução a um simples mecanismo processual, quando esta tem efeitos que manifestamente se irradiam para além da relação processual, máxime com a indisponibilidade e a alienação forçada de bens do executado, implicando portanto a perda de propriedade deste. Mas isto se compreende a partir do momento em que se considera que a ação é definida pela previsão dos efeitos de direito material que seu titular pode impor ao violador (efeitos que se verificam, portanto, *entre o titular da ação e o respectivo sujeito passivo*).

Ora, ainda quando se trate de eficácia externa à relação jurídica processual, nem toda a eficácia dos atos executivos se verifica entre o titular da ação de direito material e o respectivo sujeito passivo e, mesmo que eventualmente se verifique, *pode não corresponder ao conteúdo da ação* (isto é, aos respectivos efeitos de direito material nela previstos), tratando-se apenas de um efeito *preparatório* à realização da ação de direito material. *In fine*, não basta alienar um bem do executado para realizar a ação de direito

material, é preciso que o Estado *atribua ao exequente o produto desta alienação*, autorizando o levantamento, pelo credor exequente, do produto da venda, no todo ou em parte.

Em síntese, portanto, a tutela executiva não se esgota no cumprimento das diversas pretensões processuais, e nem mesmo na efetiva alienação e apuração de valores. Tendo em vista o conteúdo da ação de direito material (a previsão de uma determinada atribuição patrimonial a favor do titular desta ação), o cumprimento da pretensão à tutela jurisdicional executiva só se *ultima* (quando isto é possível) com os atos em que o Estado *atribui*, ao titular *da ação*, os valores havidos com a execução de bens do executado, ou lhe atribui a propriedade ou o usufruto de determinado bem que pertencia àquele, ou ainda lhe defere uma prestação a ser executada por terceiro, às expensas do executado.

Antes de tal atribuição (por mais que esta se trate de um ato vinculado), os efeitos de direito material *em princípio ocorrem entre o Estado, no exercício da jurisdição (in casu, no cumprimento da pretensão à tutela jurisdicional da ação) e o executado* (sujeito passivo da ação em sentido material), *não se comunicando, desde logo, ao titular da ação*

Em síntese, portanto, existem atos que adimplem (ou concorrem a adimplir), *apenas*, a pretensão à tutela jurisdicional da ação (ou pretensões processuais dela derivadas), sem realizar ainda a ação em sentido material, e atos que, adimplindo a pretensão à tutela jurisdicional, realizam também, *diretamente*, a ação em sentido material. Há, portanto, eficácia extraprocessual *próvia* à realização da ação, e eficácia consistente, *diretamente*, na realização do conteúdo da ação.

Isto, claro, *quando seja possível tal realização* (isto é, quando existam bens penhoráveis; quando a alienação se haja consumado; e assim por diante). Se não for possível, diversas pretensões processuais podem ter sido cumpridas, com diligências para a penhora ou alienação de bens que restaram infrutíferas, mas a pretensão à tutela jurisdicional da ação ainda não o pôde ser *completamente*, por impossibilidade material (v.g., não havia nenhum bem no patrimônio do devedor), ou jurídica (v.g., os bens eram todos impenhoráveis). Esta impossibilidade pode ser momentânea, ou limitada no tempo,

pelo que a pretensão à tutela executiva não se extingue desde logo; pode dar-se que só se extinga após consumada a prescrição da pretensão violada, que então determina o encobrimento da eficácia da conexa ação de direito material.

Antes destes atos de atribuição patrimonial ao titular da ação, o que se passa, com os anteriores atos de penhora e alienação, é, *essencialmente, a sujeição do executado ao estado para que este possa cumprir sua prestação*, sujeição decorrente do poder de jurisdição estatal. Os efeitos destes atos, todavia (a sujeição à alienação; a perda da propriedade, pela alienação), *ainda não se comunicaram à esfera jurídica do titular da ação, porque ainda não houve a atribuição dos valores apurados ou do bem a ser adjudicado*, pelo estado, ao titular da ação. E é por isto é que a execução, malgrado seus evidentes efeitos extraprocessuais, pode ser reduzida a um mecanismo processual.

Um ato executivo, contudo, merece especial exame: a penhora, porquanto este ato tira, do executado, “o poder de dispor, *eficazmente*, em prejuízo do exequente (ineficácia relativa)”²¹⁷. Ora, trata-se de efeito verificado entre os sujeitos da relação jurídica de direito material, e efeito que pode ser atuado por vontade do exequente (titular da ação de direito material), a quem cabe uma pretensão à penhora (quicá várias, em princípio tantas quantas sejam os bens penhoráveis, e suficientes à satisfação do débito), espécie de pretensão processual. Ora, então esta ineficácia relativa não é, ela também, o conteúdo de um poder jurídico, cabente ao mesmo titular da ação de direito material, e voltada justamente contra o sujeito passivo da respectiva ação? E, assim, sendo, não deve ser igualmente reconduzida ao conteúdo da ação de direito material?

Observamos, de início, que o conteúdo apontado para a ação de direito material (a previsão dos efeitos de direito material que seu titular pode impor ao violador) é o conteúdo *mínimo* desta figura jurídica; nada impede que ela contenha, também, poderes (ou alguns dos poderes) necessários para sua realização; historicamente, ela os continha.

Assente este ponto, não nos parece que um tal poder (poder de determinar a ineficácia relativa das eventuais alienações praticadas pelo executado) deve ser reconduzido à ação. Ora, trata-se aqui, de *um* dos efeitos de um ato, a penhora, que já é ato

²¹⁷ F.C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976, v. X, Cap. IV, Seção I, n. 1, n. 2, p. 161.

estatal executório. A ineficácia relativa serve aqui, *imediatamente*, a manter determinado bem sujeito ao poder do Estado para aliená-lo, e haver seu respectivo valor, e apenas mediamente para a realização da ação de direito material. Portanto, tal poder é em verdade um *poder secundário*, conexo à pretensão à tutela jurisdicional (mais exatamente, conexo à pretensão à penhora, que é espécie de pretensão processual decorrente da pretensão à tutela jurisdicional executiva), e não compreendido no conteúdo da ação de direito material. Esta, nos parece, é a construção mais adequada para um poder instrumental, no contexto do monopólio estatal da justiça.

VII.5.1 Pretensão à tutela jurisdicional condenatória

Como visto, não é possível cogitar de ações de direito material executivas. Igualmente, não é possível cogitar de ações de direito material condenatórias, seja porque o ato de condenação não mais se compreende no conteúdo da ação de direito material, seja porque (e este é o ponto mais importante) a condenação, quando necessária (= quando não há título executivo), consiste apenas numa fase da realização da ação.

Como observa O. A. BAPTISTA DA SILVA, “titular de direito a ser indenado e o credor com direito a receber pagamento não realizam as respectivas pretensões [nem, a priori, as respectivas ações] com a sentença condenatória. A condenação compõe apenas uma etapa”²¹⁸.

Não importa, aqui, o fato de que o condenado possa (e deva) adimplir a dívida espontaneamente. Tal fato apenas leva à extinção do direito, e consequentemente da respectiva ação, pela realização da prestação devida.

Portanto, mesmo com a possibilidade de cumprimento pelo obrigado (ainda que premido pela condenação, ou já pela citação ou intimação na fase executória), ressalta que a condenação, por si, não serve a promover o plexo de efeitos de direito material previstos na ação. É necessário, portanto, o concurso de outro mecanismo processual, a execução. A condenação não é, portanto, uma forma autônoma de tutela das ações de direito material; é

²¹⁸ O. A. BAPTISTA DA SILVA. *Curso de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2008, v. I, tomo I, p. 124-125.

apenas uma fase necessária para a tutela daquelas ações que não estão, desde logo, instrumentadas por um título executivo.

A condenação, visando premir o cumprimento pelo devedor, constitui em si mesma uma forma de tutela da pretensão de direito material violada, antes que da respectiva ação de direito material, surgida desta violação. Todavia, a pretensão condenatória também se insere no *iter* de realização da ação pois, se o autor não tem título, a condenação constitui condição *sine qua non* para o processo executivo, ainda que a abertura da via executiva não seja imediata (v.g., pela necessidade de se respeitar o prazo para pagamento fixado pelo art. 475-J CPC, ou de se proceder à liquidação da sentença). Observe-se porém que sua instrumentalidade, para a realização da ação, é *mediata*, visando antes permitir o posterior surgimento da pretensão ao processo e aos atos de execução.

A ação de direito material persiste a mesma, não sendo modificada (nem realizada) pelo provimento de condenação. Com efeito, por mais que a sentença possa eliminar a incerteza acerca da existência da ação, e precisar-lhe o conteúdo (determinando, por exemplo, a pensão do cônjuge, o montante do ressarcimento devido pelo dano moral, ou ainda os critérios para o ressarcimento do dano material), tais precisões emergirão, sempre, do conteúdo declarativo da sentença (i.e., do reconhecimento da existência da ação, cf. seção VII.3 *supra*), e não do respectivo provimento de condenação.

O objeto da pretensão da pretensão à tutela jurisdicional condenatória é, julgada procedente a demanda, o ato estatal de condenação.

E este ato *não se reduz a uma exortação do devedor para que preste*. Condenando, a sentença constitui-se como título executivo, nos termos da lei processual. Trata-se, assim, de uma qualificação *da própria sentença* (mas, em verdade, decorrente da incidência de *outra norma jurídica*, a que prevê os títulos executivos), que determina, para o titular da ação de direito material, o surgimento da pretensão à tutela jurisdicional executiva.

Portanto, uma vez que a ação de direito material *suponha* a realização coativa de uma atribuição patrimonial, ela está ligada à pretensão à tutela jurisdicional executiva (pretensão à tutela jurisdicional da ação), ainda que esta ligação seja *mediata*, ou, mais

especificamente, *mediatizada pela pretensão à tutela jurisdicional condenatória*. A tutela jurisdicional, neste caso, é a condenatório-executiva, com duas pretensões de proteção do direito ligadas estruturalmente (pelo fato de a sentença condenatória ser um título executivo) e também funcionalmente, para a realização da ação de direito material.

Esta pretensão pode surgir, evidentemente, ainda *antes* que a condenação se tenha tornado definitiva. Tratar-se-á, na hipótese, de uma pretensão à execução *provisória*, embora esta execução provisória já possa permitir a realização da ação de direito material (que, judicialmente, *já foi reconhecida e existente*, embora a decisão respectiva ainda não haja se tornado *definitiva*), ressalvado o posterior ressarcimento e indenização ao demandando no caso de inversão de julgamento (isto é, no caso de, posteriormente, vir-se a reconhecer inexistente a ação em sentido material, ou de se a reconhecer existente, mas com um conteúdo porventura reduzido).

A separação entre condenação e execução reflete-se sobre a pré-processualidade da pretensão à tutela jurisdicional executiva, que já não surge *necessariamente* junto com a ação (surgirá, se se trata de inadimplemento de obrigação líquida e constante de título executivo), podendo surgir em momento posterior, o da condenação (ou da liquidação da sentença), sendo, portanto, uma pré-processualidade relativa apenas ao processo ou fase executiva. Em verdade, se não havia título executivo, a pretensão à tutela jurisdicional executiva surge em momento *posterior à condenação*, tendo em vista o prazo de quinze dias fixado para o cumprimento da prestação (cf. art. 475-J CPC).

Cabe observar que esta bipartição, apesar de *atenuada* a partir da introdução da técnica do cumprimento de sentença na mesma base processual, *não deixou de existir*. Persistem nítidas as diferenças entre as pretensões à tutela jurisdicional condenatória e executiva, tanto assim que a execução não se inicia de imediato e *ipso iure* nos casos do art. 580 do CPC, mas sim *por iniciativa do credor*, que há de requerer a expedição do mandado de penhora e avaliação (art. 475-J do CPC).

Assim, pelo menos nestes casos, não se pode tratar de uma única “pretensão à tutela jurídica condenatório-executiva”, mas sim de duas pretensões à tutela jurídica, uma de natureza condenatória, outra executiva, sucedendo-se no tempo.

VII.6 Pretensão à tutela jurisdicional mandamental - breves notas

Muito do que se verificou relativamente à tutela jurisdicional condenatória pode ser transposto para a tutela mandamental. O mandamento já não é parte do conteúdo da ação; com o monopólio da justiça, tornou-se ato estatal. Não é a parte quem manda, mas o Estado-juiz. Exemplo de tutela mandamental é a imposição de *ordem* (não de simples condenação) sob pena de multa ou de outras sanções.

A ação de direito material, definida pelo plexo de efeitos de direito material que seu titular pode impor ao violador, também não se realiza com o mandamento, mas, se tanto, com o *efeito prático* desta coerção sobre o obrigado que, temeroso das consequências do descumprimento do mandado judicial, perfaz a conduta devida. Trata-se, assim, de uma tutela deferida antes à pretensão de direito material violada, que à ação de direito material resultante desta violação.

Portanto, e tendo em vista que a tutela mandamental visa a premir, de maneira especialmente drástica, o cumprimento da pretensão de direito material violada, as ações que se podem sujeitar à tutela mandamental são, em princípio, as mesmas que se podem sujeitar à tutela executiva (ou condenatório-executiva), quais sejam, as ações ressarcitórias (na forma específica ou pelo equivalente), de origem negocial ou extranegocial, e as ações pelo inadimplemento de obrigação (também na forma específica ou pelo equivalente, quando então o equivalente corresponde ao valor da prestação inadimplida, não ao dano causado, como nas ações ressarcitórias; cf. nota n. 206 *supra*). A tutela mandamental é ainda mais importante para a tutela das pretensões de prestação infungível, e das pretensões de abstenção, diligência ou segurança, voltadas à preservação de distintos bens jurídicos, sendo portanto um mecanismo essencial para a proteção da tutela inibitória.

Todavia, resta sempre a possibilidade de a prestação não ser cumprida, pelo que, em última instância, o Estado deverá (e tem o poder de) intervir para a efetivação dos resultados fixados pelas normas secundárias (e já subjetivados na ação de direito material). Assim, se a fábrica não instalou filtros, mesmo com a cominação e a multa que lhe foi imposta, a atividade deve ser suspensa ou encerrada.

CAPÍTULO VIII

OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

Na Introdução à presente tese, observamos que seria necessário estabelecer: (i) a existência (ou subsistência) da ação de direito material num ordenamento moderno, já caracterizado pelo monopólio estatal da justiça; (ii) sua natureza jurídica; (iii) a respectiva titularidade passiva; (iv) seu conteúdo; (v) sua eficácia; e (vi) a dinâmica entre a ação de direito material e as demais posições jurídicas predispostas, pelo ordenamento, para o exercício e a realização daquela ação.

No que tange à subsistência desta posição jurídica, observamos (cf. Capítulo VII, seção VII.3 *supra*) que a ação de direito material é ineliminável do sistema jurídico, porquanto não é possível conceber-se que o sujeito A possa exigir, do Estado-juiz (ou do juízo arbitral), atos que determinem efeitos de direito material na esfera jurídica de outro jurisdicionado (B), sem prever um poder, titulado por A e dirigido a B, sujeitando este último aos efeitos pretendidos por A com a realização da prestação jurisdicional (e já *previstos*, antes desta realização).

Há aqui, manifestamente, *duas relações jurídicas distintas*: uma entre A e B, e outra entre A (agora como jurisdicionado) e o Estado, levando à necessária concepção de duas posições jurídicas, necessariamente distintas pelas relações em que se inserem e, como visto, distintas também pelos respectivos sujeitos passivos, e pelas respectivas naturezas jurídicas.

Como visto (cf. especialmente Capítulo VII, seção VII.1 *supra*), a ação de direito material é um poder jurídico, surgido para o respectivo titular em virtude do cometimento de um ilícito²¹⁹, e dirigido contra o respectivo violador, ou um terceiro responsável, tendo por conteúdo a previsão dos efeitos de direito material que o titular desta ação pode impor ao respectivo sujeito passivo. À ação de direito material, que é espécie de poder jurídico, corresponde portanto uma *sujeição*.

²¹⁹ Cf. Capítulo V, seções V.3 e V.4, *supra*.

Por conta do monopólio estatal da justiça, normalmente a ação de direito material já não contém mais a legitimidade para que seu titular exerça os atos necessários à efetivação de sua respectiva ação, e nem mesmo contém a legitimidade para que o Estado os exerça. Uma vez que o poder jurídico se caracteriza pela possibilidade de alterar a esfera jurídica do sujeito passivo, este poder não precisa compreender, *necessariamente*, a legitimação para a prática do ato. O poder jurídico continua a existir, *entre os mesmos sujeitos ativo e passivo*, se seu titular pode exigir *de terceiro* o ato de que resultem alterações na esfera do sujeito passivo (cf. Capítulo IV, seção IV.5 *supra*).

Com o monopólio estatal da justiça, surge portanto uma pretensão voltada contra o Estado (não contra o sujeito passivo da ação de direito material!), tendo por objeto os atos necessários à efetivação da ação de direito material; em síntese, uma pretensão à tutela jurisdicional da ação (cf. especialmente o Capítulo VII, seção VII.2 *supra*). Assim, os efeitos previstos pela ação de direito material já não se irradiam do ato de exercício da ação pelo respectivo titular (exercício em geral consistente na dedução desta ação, e da respectiva pretensão à tutela jurisdicional, na demanda judicial), mas sim do ato estatal predisposto para tutela daquela ação.

É patente, como observado, a existência de duas relações jurídicas distintas, uma de direito material, entre A e B, caracterizada por um poder do primeiro (a ação de direito material) e sujeição do segundo, e outra de direito público, entre A (como jurisdicionado) e o Estado, tendo por objeto a concessão de tutela jurídica àquela ação (caso reconhecida existente).

A pretensão à tutela jurisdicional da ação é uma pretensão *concreta*, porque conexas a uma ação de direito material efetivamente existente. Todavia, nem a ação de direito material, nem a respectiva pretensão à tutela jurisdicional da ação excluem a existência de um outro direito, abstrato (porque independente da razão ou desrazão do autor), o direito fundamental à jurisdição, de que decorre o direito de demandar, em verdade um poder formativo gerador, porque enseja o surgimento da relação jurídica processual. Aliás, é este direito, abstrato, que permite o exercício das outras duas posições jurídicas, pela respectiva dedução na demanda e, no caso da pretensão à tutela jurisdicional da ação, pela exigência dos atos que constituem seu respectivo objeto.

RESUMO

A presente tese tem por tema a ação de direito material, assim considerada o poder jurídico, de direito material, surgido a partir de um ilícito e voltado contra o respectivo causador (ou um terceiro responsável), tendo por conteúdo a previsão dos efeitos de direito material que seu titular pode impor ao violador, ainda que não diretamente, mas por meio do Estado-juiz, ou de outro órgão de aplicação do direito.

A tese analisa, portanto: (i) a existência (ou subsistência) da ação de direito material num ordenamento moderno, já caracterizado pelo monopólio estatal da justiça; (ii) sua natureza jurídica; (iii) seu respectivo sujeito passivo; (iv) seu conteúdo; (v) sua eficácia; e (vi) a dinâmica entre a ação de direito material e as demais posições jurídicas predispostas, pelo ordenamento, para o exercício e a realização daquela ação, notadamente o direito fundamental à jurisdição, de natureza abstrata, e a pretensão à tutela jurisdicional da ação, de natureza concreta.

PALAVRAS-CHAVE: Poder jurídico; Pretensão; Ação; Ação de direito material.

RIASSUNTO

La presente tesi ha per oggetto l'azione di diritto sostanziale, così considerata il potere giuridico (di diritto sostanziale nato da un illecito e rivolto contro il loro causante (o un terzo responsabile), avente per contenuto la previsione degli effetti giuridici di diritto materiale e il titolare dall'azione può imporre il trasgressore, anche se non direttamente, ma attraverso lo Stato-giudice, o un'altro ente di applicazione della legge.

La tesi analizza, quindi: (i) l'esistenza (o la sussistenza) dell'azione di diritto sostanziale in un ordinamento giuridico moderno, già caratterizzato dal monopolio statale della giustizia; (ii) la sua natura giuridica; (iii) il rispettivo soggetto passivo; (iv) il suo contenuto; (v) la sua efficacia; e (vi) la dinamica tra l'azione di diritto sostanziale e le altre posizioni giuridiche predisposti, dall'ordinamento giuridico, per l'esercizio e la realizzazione di quella azione, in particolare il diritto fondamentale alla giurisdizione, di natura astratta, e la pretesa alla tutela risarcitoria dell'azione, di natura concreta.

PAROLE-CHIAVE: Potere giuridico; Pretesa; Azione; Azione di diritto sostanziale.

RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objet l'action de droit matériel, considéré comme le pouvoir juridique (appartenant au droit matériel), surgi d'un fait illicite et tourné contre leur provocateur (ou un tiers responsable), ayant pour contenu la prévision des effets de droit matériel et le titulaire de l'action peut exiger de leur respectif sujet passif, même si pas directement, mais par moins de l'État-juge, ou par moins d'un autre organe d'application de la loi.

La thèse analyse, donc: (i) l'existence (ou la subsistance) de l'action de droit matériel dans un système juridique moderne, déjà caractérisé par le monopole de la justice par l'État; (ii) sa nature juridique; (iii) le respectif sujet passif; (iv) son contenu; (v) son efficacité; et (vi) la dynamique entre l'action de droit matériel et d'autres positions juridiques prédisposés, par le système juridique, pour l'exercice et la réalisation de cette action, notamment le droit fondamental à la juridiction, de nature abstraite, et la prétention à la tutelle juridictionnelle de l'action, de nature concrète.

MOTS-CLÉ: Pouvoir juridique; Prétention; Action; Action de droit matériel.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Momentos ao Código de Processo Civil*. V. I (arts. 01º a 100). 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Curso de Processo Civil*. V. I, tomo I. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2008.

_____. *Curso de Processo Civil*. V. I, tomo II. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2008.

_____. Direito material e processo. In: CARDOSO MACHADO, Fábio; e RIZZO AMARAL, Guilherme (organizadores). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2006. p. 55-81.

_____. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: CARDOSO MACHADO, Fábio; e RIZZO AMARAL, Guilherme (organizadores). *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 15-39.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo, Saraiva, 2004, p. 125-141.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do ato jurídico - plano da eficácia* (1ª parte). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria do ato jurídico - plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. I. [1. ed.]. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A ação civil*. São Paulo: RT, 1975.

Von BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. *L' azione nel sistema dei diritti*. Bologna: Zanichelli, 1903 (hoje, *Tratado de direito processual civil* (1894-1937). V. I. Milano, Giuffrè, 1993, p. 3-99).

_____. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Vv. I-II. 2. ed. Napoli: Jovene, 1935-1936 (= *Instituições de direito processual civil*. Vv. I-III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965).

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

CORRÊA TELLES. *Doutrina das ações* (acompanhada do Exemplário de Libellos) - Edição íntegra, anotada, de acordo com o Código Civil Brasileiro pelo advogado Dr. Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *Obração como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação - o juízo de admissibilidade do processo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 (3ª tiragem, 2010).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições fundamentais do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPEERDEY, Hans Karl. *Processo civil* (parte general). Tomo I (parte general), v. II, segunda parte. 3. ed (sobre a 39ª edição alemã). Barcelona: Bosch, 1981.

FALZEA, Angelo. *Accertamento*. *Tratado de teoria general del diritto e di dogmatica giuridica*. V. II (dogmatica giuridica). Milano: Giuffrè [1997], p. 195-230.

FONTES, André. *Pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES CORRÊA, Fábio Peixinho. *Objeto litigioso no processo civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta* – relendo Wach e Chiovenda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

_____, esse e com “As relações jurídicas fundamentais contrastadas entre si” *In Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Lisboa: Gulbenkian, 2008.

IBRAHIM FARATH, George. *Pretensão e ação nas relações entre direito e processo*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Especialização em Direito

Processual Civil da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: ESPGE, 2010.

LARENZ, Karl. *Processo civil* - parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978 (tradução da 03ª edição alemã).

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Ação na teoria del processo civile In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano [1962], p. 22-53.

_____. *Manuale di diritto processuale civile* V. I. 4.ed.. Milano: Giuffrè, 1980 (= *Manual de direito processual civil*. V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985).

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: CARDOSO MACHADO, Fábio; e RIZZO AMARAL, Guilherme (organizadores). *Polemica sobre a ação* - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2006. p. 197-252.

_____. *Técnica processual a tutela dos direitos*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. In: *Revista de processo*. Ano XII, v. 47. São Paulo: RT, jul-set. 1987.

_____. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro* (subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro). 2. ed. São paulo: Saraiva, 2003.

MOTTO, Alessandro. *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*. Torino: Giappichelli, 2012.

Mutter, Theodor. Sulla dottrina dell' *actio* romana, dell' odierno diritto di azione, della *litiscontestatio* e della successione singolare nelle obbligazioni. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' actio*. Firenze: Sansoni, 1954, p. 189-283.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. [2. ed.] Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ORESTANO, Riccardo. Azione: storia del problema. In: *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 13-111.

ORSI, Luigi. Pretesa. In: *Enciclopedia del diritto*. V. XXXV. Torino: UTET, 1986.

PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique - *Teoria da ação de direito material*, Salvador, Podium, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. Francisco Cavalcante. Pretensão à tutela jurídica, pretensão processual e pretensão objeto do litígio. In: *Revista Forense*. V. 171. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 21-30.

_____. Relação jurídica processual. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. V. XLVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d.

_____. *Tratado das ações*. V. I. 2. ed. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Tratado das ações*. V. VI. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. VI. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. XIV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. XXII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. XXIV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. XXV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. *Tratado de Direito Privado*. V. LIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo e uma abordagem em evolução*. São Paulo: Itatiaia/EDUSP, 1975.

PUGLIATTI, Salvatore. *Secuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano: Giuffrè, 1935.

PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subbiiettivo*. Milano: Giuffrè, 1939 (e reimpressão Napoli: Jovene, 2006).

_____. Azione (diritto romano). In: *Novissimo dizionario italiano*. V. II. Torino: UTET, 1958, p. 24-29.

_____. Diritto e processo nella esperienza romana. In: *Atti critici giuridici* (1985-1995). Napoli: Jovene, 2007, p. 733-757.

_____. Introduzione. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' actio*. Firenze: Sansoni, 1954, p. XIII-XLVIII.

_____. *Res corporales, res incorporales e il pro lema del diritto sotto le AA. VV. Studi in onore di Vincenzo Ranzio*. V. III. Napoli: Jovene, 1953, p. 223-260.

PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Vv. I-III. Buenos Aires, EJEA, 1955.

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Tratado del diritto romano attuale*. V. V. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1893.

SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*. Milano: Giuffrè, 1944.

SOARES DA COSTA, Adriano. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THON, Augusto. *Forma giuridica e diritto soggettivo*. Padova: CEDAM, 1951.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I (arts. 01º a 153). São Paulo: RT, 1974.

_____. *Relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

von TUHR, Andreas. *Derecho civil - teoria general del derecho civil alemán*. V. III, tomo 2. Buenos Aires: Depalma, 1948.

VANZELLA, Rafael Domingues Faiardo. *Contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2012.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Vv. I-II. Buenos Aires: EJE, 1977.

_____. *La pretensión de declaración* un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Buenos Aires: EJE, s./d.

_____, bernard *actio* del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' actio*. Firenze: Sansoni, 1954, p. 03-188.

_____. *actio*. Replica a Th. Muther. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica intorno all' actio*. Firenze: Sansoni, 1954, p. 285-346.

_____. *Diritto delle Pandette*. V. I, primeira parte. Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1902.