GUSTAVO DE REWORÊDO PUGSLEY

**O EFEITO MODIFICATIVO DO FATO JURÍDICO SOBRE A
RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROF.^a DR.^a LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

GUSTAVO DE REVORÊDO PUGSLEY

**O EFEITO MODIFICATIVO DO FATO JURÍDICO SOBRE A
RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo, para obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito Civil / Subárea:
Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lydia Neves Bastos
Telles Nunes.

SÃO PAULO

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO DE REVORÊDO PUGSLEY

O EFEITO MODIFICATIVO DO FATO JURÍDICO SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Civil, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Professora Dr.^a Lydia Neves Bastos Telles Nunes

Membros: _____
Prof.

Prof.

São Paulo, ____ de _____ de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, à Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo – FAPESP. Além do apoio concedido em São Paulo, verdadeiramente essencial, agradeço especialmente a viabilização da pesquisa realizada junto à Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL).

À minha orientadora – por ter me dado a oportunidade de realizar esta pesquisa, por todos os ensinamentos e por todo o apoio concedido durante os últimos anos –; ao professor Rodrigo Xavier Leonardo – pelas lições dadas, dos primeiros anos de UFPR até a avaliação final desta dissertação, que me ligaram indissolúvelmente ao Direito Civil –; ao professor Morato – pelos valiosos ensinamentos e pela avaliação metódica do presente trabalho –; ficam os meus especiais agradecimentos.

Agradeço ao professor Luís Menezes Leitão, que já me ensinava há muitos anos através de seus escritos, por ter me dado a oportunidade inestimável e, sobretudo, a honra, de realizar uma pesquisa sob sua supervisão, junto à Faculdade de Direito de Lisboa.

Agradeço, ainda, aos demais professores que colaboraram na elaboração deste trabalho, em especial aos professores António Menezes Cordeiro, Alcides Tomasetti Júnior e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, cujas aulas me serviram de exemplo, e que em poucas conversas me deram lições valiosíssimas.

Por fim, agradeço à minha família, pelo incentivo e pelo apoio que desde sempre me deram e, especialmente, pelo apoio dos últimos anos, seja presencialmente em Curitiba, seja à distância em São Paulo ou Lisboa.

RESUMO

REVORÊDO PUGSLEY, Gustavo de. **O efeito modificativo dos fatos jurídicos sobre a relação jurídica obrigacional**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2014.

A doutrina costuma apontar como efeitos dos fatos jurídicos a criação, a modificação ou a extinção de relações jurídicas. Os textos doutrinários normalmente desenvolvem o estudo dos fatos jurídicos que criam relações jurídicas; o presente trabalho, porém, se dedica aos fatos jurídicos tendentes a modificar relações jurídicas anteriormente criadas, restringindo-se ao campo das obrigações. Primeiramente, deve-se buscar um critério: modificação do direito isolado ou da relação jurídica? Como nas relações jurídicas complexas há diversos direitos e deveres recíprocos, a extinção de um direito pode levar apenas à modificação da relação jurídica integralmente considerada. Se Savigny já entendia que um juízo acerca do direito só pode ser verdadeiro quando fundado na compreensão completa da relação jurídica, hoje há renovadas razões para que se adote um critério relacional: a relação obrigacional tem sido vista como um processo, o que leva a um reforço de sua identidade com a inclusão de um elemento finalístico. As ideias de modificação e identidade estão vinculadas, pois, se a "modificação" leva à perda da identidade, a relação jurídica na verdade foi extinta. Quanto ao tema das modificações, a maior parte da doutrina parece tratar apenas da "transmissão das obrigações". Outros, ao lado dessas modificações subjetivas, tratam de modificações objetivas, normalmente restringindo-se às efetuadas por negócio jurídico. A classificação de Pontes de Miranda, porém, parece servir de referencial para o presente trabalho: quanto às modificações "sem quebra da identidade da relação jurídica", o autor aponta modificações negociais, alterações por dolo e culpa, por força maior e caso fortuito, por impossibilidade de adimplemento e, por fim, por mora do devedor e do credor.

Palavras-chave: Modificação da obrigação. Fato jurídico. Plano da eficácia. Relação jurídica obrigacional. Efeitos dos fatos jurídicos.

ABSTRACT

REVOREDO PUGSLEY, Gustavo de. **Modification of Obligations by Legal Facts.** Master in Law. Law School. Universidade de São Paulo, 2014.

Current doctrine generally considers the effects of legal facts (those resulting from the correlation between facts and norms) on the creation, modification or termination of legal relationships. While doctrinal texts mostly addresses how legal facts create these relationships, the present study is devoted to legal facts tending to modify the legal relationship, particularly in the field of the Law of Obligations (duty to perform). At first, a criterion must be determined: modification of the isolated right or modification of the Obligation? In "complex" obligational relationships, there are many mutual rights and duties, such that the extinction of a right can result only in the modification of the relationship fully considered. Long ago, Savigny asserted that a reasonable analysis of a right must be based on a thorough understanding of the legal relationship at issue. There are now renewed reasons to adopt these relational criteria when analyzing legal relationships. The obligational relationship may be seen as a process, which leads to the reinforcement of its identity with the inclusion of a finalistic element. The ideas of modification and identity are linked, because if a "change" leads to the loss of identity, the legal relationship may, in fact, have been terminated. Most of the doctrine on the subject of modifications addresses the "transfer of obligations". Some other studies, beside these subjective modifications, addresses objective modifications, usually restricted to those made by agreement. The "Pontes de Miranda" classification, may serve as a useful reference when analyzing the issue of modifications. The author points to modifications by agreement, changes by *dolus* and *culpa* (fault, tort law and breach of contract), by *force majeure* or unforeseeable circumstances, impossibility of performance, and, ultimately, by the *mora debitoris* and *mora creditoris/accipiendi* (delay of performance) as modifications "without breaking the identity of the legal relationship".

Keywords: Modification of Obligations. Legal fact. Legal consequence. Causes and consequences in Private Law. Law of Obligations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
 CAPÍTULO PRIMEIRO – FATO JURÍDICO E RELAÇÃO JURÍDICA	12
 1. Delimitação do tema. A dogmática jurídica	12
2. A Teoria do Fato Jurídico	18
2.1. A centralidade da ideia de fato jurídico na metodologia jurídica	18
2.2. A tripartição de planos: existência, validade e eficácia	27
2.2.1. <i>Existência e incidência; suficiência e deficiência</i>	28
2.2.2. <i>Os “elementos” do suporte fático</i>	30
2.3. Duas classificações essenciais e seus dois critérios	36
2.3.1. <i>Conforme os elementos do suporte fático.....</i>	38
2.3.2. <i>Quanto à conformidade ou contrariedade ao Direito.....</i>	44
2.4. Ainda os fatos jurídicos: breves conclusões e passagem à eficácia	72
3. O plano da eficácia: relação jurídica e situação jurídica	74
3.1. Relações jurídicas <i>apenas</i> no plano da eficácia? A relação jurídica fundamental... 74	
3.2. <i>Apenas</i> relações jurídicas no plano da eficácia? As situações jurídicas	80
3.3. Criação, modificação e extinção: aquisição e perda de direitos.....	90
 CAPÍTULO SEGUNDO – A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL.....	94
 1. Teorias sobre a relação jurídica obrigacional	94
1.1. A relação obrigacional como processo	101
2. Conceito e delimitação: Obrigação e Direito das Obrigações.....	107
2.1. Obrigação, relação jurídica obrigacional e Direito das Obrigações.....	108
2.2. Estrutura, elementos, conteúdo e objeto	115
3. A questão das “fontes” das Obrigações	120
4. Adimplemento e inadimplemento. A prestação	124
4.1. Adimplemento e inadimplemento: organização geral	124
4.2. A prestação, o adimplemento e sua natureza jurídica	129

**CAPÍTULO TERCEIRO – O EFEITO MODIFICATIVO DO FATO JURÍDICO
SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL 137**

1. Ainda questões teóricas atinentes à modificação	141
1.1. O caso das exceções e direitos formativos/ potestativos.....	142
1.2. Modificações na formação dos contratos. Responsabilidade pré-contratual e responsabilidade pós-contratual	145
1.3. Elemento fático posterior. Condição e termo. Suporte fático de formação sucessiva. Elementos integrativos	149
1.4. Modificações relacionadas à existência, validade ou eficácia	155
1.5. Autocrítica: “modificação de fato jurídico” e insuficiência na análise dos efeitos	162
2. Casos normalmente apontados	166
2.1. A “Alteração das Circunstâncias”	166
2.2. Os casos de transmissão ou “As modificações subjetivas”	170
3. Alteração segundo o fato jurídico modificativo	184
3.1. Casos relacionados ao não cumprimento. Mora, impossibilidade, culpa e ilicitude. A classificação de Pontes de Miranda.....	186
3.1.1. <i>O efeito modificativo dos ilícitos relativos</i>	201
3.2. Alterações negociais ou convencionais.....	211
3.2.1. <i>Breves notas sobre a novação</i>	218
4. Subsídios para uma história das modificações	221
5. As modificações da relação jurídica obrigacional: sistematização	226
5.1. Classificações preliminares	226
5.2. Segundo o fato jurídico modificativo.....	229
5.3. Segundo o elemento da relação obrigacional atingido.....	231
5.4. Segundo a conduta das partes	232
CONCLUSÕES FINAIS	235
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	243

INTRODUÇÃO

O título do presente trabalho foi escolhido para dar precisão e certa delimitação ao tema. Poder-se-ia falar apenas na “Modificação das Obrigações”, denominação que seria imediatamente compreendida por um maior número de pessoas. Ocorre que a expressão *obrigação* é polissêmica, sendo que, segundo alguns autores, como Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, é possível dizer que *há obrigações fora do “Direito das Obrigações”*: estes autores utilizam a expressão *obrigação* para se referir à posição correlata à *pretensão*, como um “dever premível”, um dever já exigível. Assim, fez-se necessário esclarecer que a presente pesquisa se refere às *relações jurídicas obrigacionais*.

Resta explicar o motivo da menção ao *fato jurídico modificativo*. Tal denominação se deve ao pressuposto assumido de que apenas fatos jurídicos levam à produção de efeitos jurídicos. Ao Direito não basta o puro fato; como também não é suficiente a abstração das normas. Nas palavras de Pontes de Miranda, “o direito não é conteúdo de regras, mas vida; não é entidade metafísica, mas evolutiva e vital”.¹ Não bastaria a norma, como não bastaria um fato: há um mínimo de fato e norma para a produção de qualquer efeito jurídico.

Ao tratar dos fatos jurídicos em geral, a doutrina contemporânea costuma aludir à produção de três efeitos jurídicos: criação, modificação ou extinção de relações jurídicas. O presente trabalho tem como objeto os fatos jurídicos que geram (eficácia) *modificação em uma relação jurídica obrigacional* anteriormente criada. Chama a atenção a organização dos livros voltados ao Direito das Obrigações: há um capítulo sobre as “fontes”, os fatos jurídicos que *criam* relação obrigacional; e um capítulo sobre os casos de *extinção* de tais relações. Raramente, porém, encontra-se um capítulo voltado às modificações que a relação obrigacional pode sofrer no curso de sua *vida* no mundo jurídico.

Muitos livros falam apenas na “transmissão” das obrigações, abordando os casos de cessão de crédito, assunção de dívida e cessão da posição contratual (ou ainda do pagamento com sub-rogação). Alguns poucos chegam a falar em “modificações subjetivas

¹ **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. 3.Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo LIII, p. 11-12, onde se lê: “se é verdade que *inter homines* se realiza o direito e as várias situações são corolários da personalidade e suas manifestações, de modo a ser o direito dado íntimo, não o é menos que há elemento *social*, exterior e interior ao mesmo tempo, que supera o indivíduo, objetiva os efeitos da atuação e limita o sujeito. Não é, pois, cindível a fenomenologia subjetivo-objetiva da realidade social”. Simplificadamente: “só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica” (*ibid.*, Parte Geral, Tomo I, §1º, 4). Como o *Tratado* será referido inúmeras vezes, faremos apenas *citação resumida*, com tomo e *local ou página* (o local pode ser identificado em qualquer edição). Quando for citada a edição atualizada da Editora Revista dos Tribunais (ex. tomo I, MARTINS-COSTA *et al.*, São Paulo: RT, 2012), será indicado o ano.

e objetivas”, inserindo no primeiro grupo os casos de transmissão e, no segundo, as modificações negociais referentes ao objeto. Limitam-se, quase sempre, a modificações *convencionais*.

A insuficiência, das obras doutrinárias sobre o tema, fica ainda mais clara quando se nota uma mudança – que já não se pode considerar recente – na ótica com que se analisa a relação obrigacional: ela tem sido vista *como um todo e como processo*. Quando se analisa a relação jurídica como totalidade complexa, vê-se *conjunto* de relações jurídicas simples, de direitos e deveres, que podem nascer, sofrer modificações, ou chegar à extinção, sem que desapareça a relação obrigacional complexa. A visão *dinâmica* da relação obrigacional como processo reforça a sua *identidade*, possibilitando um maior número de modificações: mudam as partes, muda o objeto, mas se mantém o *norte teleológico*, a finalidade da relação.

Com o predomínio desta ótica totalizante e dinâmica, chama ainda mais a atenção a insuficiência na análise dos casos de modificação da relação obrigacional: quando ocorre a mora ou o inadimplemento definitivo, será possível dizer que há extinção? Ou seria possível dizer que *nasce* uma pretensão à indenização? Caso a pretensão à indenização fosse *nova*, teria prazo prescricional próprio; extinguir-se-iam as garantias; e a renúncia à pretensão dirigida à prestação não atingiria a pretensão à indenização, que seria *outra*. Nos casos relacionados ao *não cumprimento* parece haver manutenção do vínculo obrigacional: não chega a se romper a identidade da relação jurídica obrigacional complexa.

Vê-se na doutrina mais recente uma mudança de foco, das *obrigações simples* para as *obrigações complexas*; porém, curiosamente, tal mudança só excepcionalmente tem sido acompanhada de uma análise mais ampla dos casos de modificação da relação obrigacional. Menezes Cordeiro, como exemplo de honrosa exceção, notou que mesmo o adimplemento pode não extinguir a relação jurídica obrigacional: seja porque houve pagamento por terceiro; ou porque há obrigação duradoura, em que o vínculo se mantém; mas também porque, a despeito da extinção da obrigação principal, podem se manter deveres laterais de conduta.²

Juristas muito conhecidos, porém, que serviram de base à manualística nacional, como é o caso de Enneccerus-Lehmann (no *Tratado* de Enneccerus-Kipp-Wolff), ou também o brasileiro Pontes de Miranda, já notavam a grande pluralidade de modificações que poderiam ocorrer na relação jurídica obrigacional. Perceberam que há modificações negociais que não se restringem à “transmissão”, e que podem atingir tanto os sujeitos quanto

² MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil**. Direito das Obrigações: Vol. IX. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpr. da 1ª ed. do vol. II, tomo IV de 2010), p. 60.

o objeto, como há também modificações pela violação de direitos relativos (direito de crédito, ou outros direitos que se insiram na relação obrigacional complexa).

Mas a classificação destes juristas também terá de ser reavaliada: primeiramente, pelo referido *reforço da identidade* das relações obrigacionais, devido à visão totalizante e dinâmica da “relação obrigacional como processo”; mas também porque não chegam a mencionar outros casos em que parece haver modificação. A prescrição, para a doutrina clássica, não chegava a extinguir a relação jurídica obrigacional: não seria caso de modificação? E as exceções dilatórias, como a exceção de contrato não cumprido, não é situação de modificação? E ainda pode ocorrer a *alteração das circunstâncias*, a *escolha* nas obrigações alternativas, dentre outros casos que envolvam direitos potestativos, etc.

Essa insuficiência na análise, que se costuma fazer, dos casos de modificação das relações obrigacionais, talvez tenha sua origem em uma deficiência quanto aos pressupostos teóricos assumidos. Há diversos indicativos de que a doutrina não tem reconhecido a grande variedade de fatos jurídicos que podem produzir efeitos em uma mesma relação jurídica. Mesmo na classificação dos fatos jurídicos em geral, quando se fala em “ato material” em oposição a “ato jurídico”, parece haver algo “não jurídico”; houve também quem negasse a juridicidade dos *ilícitos*, o fato de que eles entram no grupo dos fatos jurídicos *lato sensu*.

Assim, será necessário partir de um estudo referente aos fatos jurídicos e relações jurídicas em geral, fixando os pressupostos teóricos que deverão pautar toda a pesquisa (Capítulo Primeiro); depois, será necessário abordar a relação jurídica *obrigacional*, em especial (Capítulo Segundo); finalmente, será possível tratar do núcleo do tema: a modificação das relações jurídicas obrigacionais (Capítulo Terceiro). Buscaremos, então, analisar os casos de modificação, sistematizá-los, bem como verificar *em que consiste* cada modificação: na cessão de crédito, apenas há traspasse do direito de crédito? Nos casos de inadimplemento, há apenas *transformação* da pretensão principal em *pretensão às perdas e danos*? Ou há um *surgimento de opções*, que pode envolver o direito de resolução, um abatimento do preço, a indenização global, etc.?

E ainda há situações muito complexas que poderão ser abordadas sucintamente: como o caso da condição e do termo (o advento do termo inicial não modifica a relação obrigacional?), da modificação na *formação dos contratos* (com o surgimento da proposta e da aceitação, como negócios jurídicos unilaterais), entre outras. Como se vê, o objeto do presente trabalho é consideravelmente amplo. Assim, buscaremos delimitá-lo de diversas formas, para possibilitar o bom andamento da pesquisa.

Em primeiro lugar, nos limitaremos aos temas tipicamente trabalhados no âmbito do “Direito das Obrigações”, que já é um dos mais amplos de todo o Direito. Será possível alguma alusão a questões de Direito do Consumidor, ou de Direito Comercial, mas o foco se manterá no Direito Civil propriamente dito, e especificamente no campo do Direito das Obrigações.

Ainda mais: matérias que costumam ser analisadas no campo dos contratos em espécie, também devem ficar de fora das investigações. Manteremos o foco na chamada “Teoria das Obrigações”, e nas questões aí tipicamente estudadas. Como se verá no decorrer do trabalho, mesmo delimitado dessa forma, o objeto de estudo continua consideravelmente amplo. Por vezes, é claro, será necessário aludir a alguma situação que costuma ser estudada no âmbito das relações de consumo, dos contratos em espécie, do Direito Comercial, ou mesmo do Direito Processual Civil.

O fato de que juristas, como Pontes de Miranda e Enneccerus-Lehmann, trataram de forma mais aprofundada dos casos de modificação das relações obrigacionais *permite* a presente dissertação. Afinal, uma dissertação de mestrado deve se alicerçar em doutrina com um mínimo de solidez. Por outro lado, será possível fazer uma análise do tema *desde os pressupostos teóricos, até a análise das espécies*, e não encontramos livro que o fizesse. Será possível, também, analisar o tema com um viés diferenciado e coerente com a doutrina mais recente. Feita esta breve introdução, passa-se ao Capítulo Primeiro do trabalho.

CAPÍTULO PRIMEIRO – FATO JURÍDICO E RELAÇÃO JURÍDICA

O presente trabalho se encontra dividido em três partes principais: esta primeira trata dos pressupostos teóricos, trabalhando essencialmente com as categorias *fato jurídico* e *relação jurídica*; a segunda parte se volta a uma espécie de relação jurídica, a *relação jurídica obrigacional*, no campo chamado “Direito das Obrigações”; a terceira e última parte diz respeito ao *núcleo* do tema, o efeito modificativo do fato jurídico na relação jurídica obrigacional, o que resultará, em grande medida, de uma união entre as duas partes precedentes.

O tema do presente trabalho está justamente na *ligação* entre fato jurídico e relação jurídica. Os fatos jurídicos *criam, modificam ou extinguem* relações jurídicas, e o presente estudo se volta aos casos de *modificação*. Daí decorre a necessidade de explicações mais gerais quanto às ideias de fato jurídico e de relação jurídica, categorias que sempre ocuparam posições centrais no estudo do Direito. Neste primeiro momento, portanto, caberá estudar os fatos jurídicos e as relações jurídicas em geral: o que são, qual a sua ligação, bem como qual o sentido da “tripartição de planos”. Busca-se, enfim, demonstrar a diferença entre os Planos da Existência e da Eficácia, com a inter-relação entre Fato Jurídico (Existência), e seus efeitos jurídicos (Eficácia), os efeitos de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

1. Delimitação do tema. A Dogmática Jurídica.

Já na Introdução, acima, foi possível identificar o tema do presente trabalho: a modificação das Obrigações. A verdade é que os fatos jurídicos *modificativos*, em geral, não têm recebido a atenção que merecem da doutrina, de forma que o problema não fica restrito ao campo do Direito das Obrigações. Certo é, porém, que o tema dos *fatos jurídicos modificativos* em geral seria excessivamente abrangente. Quanto aos Direitos Reais, por exemplo, seria necessário tratar da *avulsão*, da *aluição*, etc., além do fato de que a própria existência de uma *relação jurídica real* é frequentemente questionada.

Caso o presente trabalho também abarcasse os fatos jurídicos tipicamente estudados no Direito de Família, nos Direitos Reais, etc., aumentaria excessivamente o número de possíveis *fatos jurídicos modificativos*, tornando muito difícil a elaboração de um trabalho

de qualidade, bem como sua conclusão dentro dos prazos previstos, e dentro das limitações próprias de uma dissertação de mestrado. Deve ficar claro, portanto, que o presente trabalho tem por objeto o estudo dos *atos jurídicos* que geram, no plano da eficácia, a *modificação de uma relação jurídica obrigacional*.

Como também se mencionou em nota introdutória, são poucos os livros doutrinários que tratam da *modificação* das obrigações, o que deve chamar a atenção: ora, se a unanimidade dos civilistas reconhece que os fatos jurídicos *criam, modificam ou extinguem* as relações jurídicas, porque frisar as “fontes” das Obrigações, os fatos jurídicos que as criam? Qual a razão de tantos livros falarem apenas na “transmissão” das Obrigações, sem tratar de outras modificações? Ao que parece, por trás deste problema, que parece pequeno e superficial, há problemas mais graves: desatenção quanto à quantidade de fatos jurídicos que podem atuar *sobre uma mesma relação jurídica*. Frequentemente, parece que há mesmo uma incompreensão quanto à ideia de fato jurídico e sua importância dentro do Direito.

É justamente pelos indícios de problemas de fundo que esta primeira parte do trabalho se volta a *pressupostos teóricos*. Será necessário tratar da Filosofia do Direito e da dogmática jurídica para que o tema seja delimitado de forma ainda mais precisa. A partir desta distinção, será possível situar o fato jurídico na posição que merece, dentro da Teoria do Direito. O que se procura demonstrar aqui é que esta categoria, o fato jurídico, é a mais importante de todo o Direito, fruto de construções de diversos Filósofos do Direito e estudiosos da Metodologia Jurídica (daí se falar em “Teoria do Fato Jurídico” como uma Teoria Geral do Direito – que aqui será analisada sob a ótica do Direito Civil).

Dito isso, cabe diferenciar, preliminarmente, o campo de análise da filosofia do Direito e o da dogmática jurídica. Pretende-se, no presente trabalho, focar o tema proposto do ponto de vista da *dogmática jurídica*, o que constitui importante corte epistemológico. O presente trabalho toma por base a Teoria do Fato Jurídico, desenvolvida, sobretudo, por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, que se situa no “campo específico do conhecimento dogmático”.³ As atualizações da doutrina mais recente não serão desconsideradas, podendo inclusive haver alguma divergência em relação ao pensamento deste grande jurista brasileiro, que será sempre destacada.

³ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Prefácio de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: IBET, 2003, vol. 1, p. 406.

Immanuel Kant definia a Dogmática como “o procedimento dogmático da razão, sem uma crítica prévia da sua própria capacidade”.⁴ Assim, “o dogmático parte de pressupostos que assume como verdadeiros”,⁵ ou seja, dogmas: e são justamente estes dogmas que *permitem* a sua atividade. Explica-se: o terreno da Filosofia do Direito é o das *infinitas perguntas* e, por isso mesmo, do *impossível*. “Não há nada na filosofia – e na filosofia do direito – que não possa ser problemático, nem mesmo seu próprio ser. Em princípio, o filósofo não deve aceitar nada como um dado adquirido”.⁶ Quando tudo é questionável, nada se pode afirmar. Daí a essencialidade da dogmática, terreno do *possível*.

Por isso mesmo que a dogmática jurídica sempre foi a ciência *prática* do Direito, a mais próxima da realidade.⁷ Neste sentido, pode-se concluir com as lições de Miguel Reale:

A tomada de posição do filósofo não é a do jurista, mas ambas se exigem e se completam. Se uma visa atingir a realidade jurídica em sua integral concreção – o que implica em remontar até os pressupostos essenciais do direito –, a segunda propõe-se a compreender a experiência jurídica tal como se concretiza nos modelos jurídicos e dogmáticos que atualizam, no plano da condicionalidade histórica, os valores transcendentais da justiça.⁸

A dogmática jurídica constrói suas categorias justamente a partir dos estudos de Filosofia do Direito e de Metodologia Jurídica, que certamente estão em constante mutação. Assumem-se determinados pressupostos, ainda que sem prova cabal de sua veracidade, para que a pesquisa seja possível, o que não significa a adoção de uma postura totalmente acrítica.⁹ Giuseppe Lumia compara a dogmática jurídica com a teologia: “de fato, ela tem em comum com a teologia o estar a serviço de uma ‘escrita’ (no caso da jurisprudência, o texto legislativo)” que não é “posta em discussão, mas aceita, exatamente como um ‘dogma’”.¹⁰ A dogmática jurídica estuda as normas como um *já dado*.¹¹ Parte-se, enfim, do

⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 30 (B XXXV). Outras traduções, como a espanhola (Buenos Aires: El Ateneo, 1950, p. 33), traduzem como “procedimento dogmático da razão *pura*”, não constando apenas “razão”.

⁵ KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 26.

⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 64; KAUFMANN, *op. cit.*, p. 25-27.

⁸ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 25; (ou 1980, 3.ed., p. 12).

⁹ Sobre isso, KAUFMANN, *op. cit.*, p. 26; HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil: Introducción Histórico-Dogmática**. Barcelona: Ariel, 1987, p. 213-215, sobretudo na p. 214: “os métodos alternativos da dogmática jurídica podem ser melhores ou piores, mais benéficos ao cidadão ou ao Estado, mas sempre necessitam de crítica. Os dogmas da ciência jurídica são o resultado de profundas discussões acadêmicas, mas também da experiência solidificada”.

¹⁰ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

¹¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

Direito positivo: “o argumento da dogmática jurídica é sempre imanente ao sistema; o sistema vigente permanece intocado”.¹²

Quando se passar a um estudo mais aprofundado do *fato jurídico*, será possível verificar sua relação com a ideia de “realidade valorada” (ou valiosa), pela inserção do Mundo Jurídico no Mundo Cultural. Tendo em conta esta ideia, ensina Reale: “a Filosofia é o único saber que ‘valora os valores’, no sentido de compreender, não as coisas valiosas e valoradas, mas os valores mesmos enquanto condições que tornam as valorações possíveis”.¹³ Daí que este autor entende que a Filosofia é *transcendentalmente axiológica*, enquanto “as ciências culturais perquirem valores já concretizados historicamente em esferas particulares de realidade”.¹⁴ A ciência jurídica seria, justamente, uma dessas ciências culturais.

Dissemos que o presente trabalho se situa no campo da dogmática, mas não há como deixar de fora toda a questão de Filosofia do Direito. Isso se dá pelo fato de que *as categorias da dogmática*, seus *dogmas*, são extraídos justamente da Filosofia do Direito e da Metodologia Jurídica. No presente trabalho, há duas categorias jurídicas que desempenham um papel essencial: fato jurídico e relação jurídica; são os dois conceitos fundamentais do Direito. Primeiro o de “*fato jurídico*; depois, de *relação jurídica*”¹⁵ (note-se a preeminência do *fato jurídico*). A ideia de fato jurídico será analisada em pormenor no próximo tópico. Assim, cabe falar um pouco na ideia de *relação jurídica*, e se espera que fique muito clara a influência dos filósofos do Direito na construção desta figura.

O Direito não trata de um indivíduo isolado, mas do homem inserido em sociedade, ou seja, trata das relações sociais. Como ensina Lourival Vilanova, no Direito “o átomo não é o sujeito sozinho: é, pelo menos, um em face do outro”.¹⁶ As teorias relacionais do Direito foram mesmo arroladas como uma das principais teses sobre o Direito por Norberto Bobbio, que reconhece se tratar de “doutrina muito antiga e periodicamente recorrente”.¹⁷ Segundo

¹² KAUFMANN, *Introdução...*, cit., p. 26.

¹³ REALE, *Filosofia...*, cit., p. 68.

¹⁴ REALE, loc. cit.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, prefácio, p. XVI.

¹⁶ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 111. Há exceções aparentes a esta ideia de que o Direito só trata de questões que dizem respeito a mais de uma pessoa, como no caso da indisponibilidade dos direitos de personalidade. Quando se impede, por exemplo, a disposição do direito à vida, ou do direito à integridade física, parece que o Direito está criando restrição que só diz respeito a um indivíduo, sem atingir aos demais. Se tais restrições são questionáveis, parece que sua justificativa é, sim, relacional: estes direitos estão intimamente relacionados a valores centrais da sociedade, de forma que a disposição destes direitos atentaria contra tais valores – assim, algo que parece dizer respeito a um único sujeito, acabaria atingindo outros.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 16 et seq. (Cap. 1, 6).

este autor, Kant, em sua Doutrina do Direito (1797) já expunha uma “clara teoria do direito como relação jurídica”.¹⁸ Não há dúvida de que foi a partir das teses relacionais que se construiu a ideia de *relação jurídica* como uma das categorias jurídicas essenciais, como também não há dúvida de que a teoria aqui adotada vai além destas teses antigas, e também acreditamos ir além do normativismo de Bobbio.¹⁹

Como se verá adiante, porém, parece que a relação jurídica perdeu a posição central que possuía para o fato jurídico, que diz respeito mesmo ao conceito de Direito – ao que parece, pode haver Direito sem relação jurídica, mas não sem fato jurídico, o que será tema dos tópicos seguintes. De qualquer forma, a ideia de relação jurídica continua sendo uma das mais essenciais do Direito, traduzindo a ideia de que *a todo o direito corresponde um dever*. Chama a atenção uma posição como a de Caio Mário, que afirma que sujeito, objeto e relação jurídica *são elementos do direito subjetivo* (?).²⁰ Parece inverter o que praticamente toda a doutrina defende, que o *direito subjetivo* é que é elemento da relação jurídica,²¹ discutindo-se se o direito é “conteúdo” ou “objeto” (imediato) da relação.

Como ensina Pontes de Miranda, “a noção de relação dá-nos o processo de investigação subjetiva; são próprias do subjetivismo e do voluntarismo as noções unilaterais, que somente consideram os polos das relações, as suas extremidades, o sujeito ativo e o sujeito passivo”.²² Como se verá abaixo, há teses mais novas que buscam isolar *um dos polos* da relação, chamando-o de *situação jurídica* (o que se analisará no tópico 3.2, abaixo); se

¹⁸ BOBBIO, Teoria..., cit., p. 18.

¹⁹ Bobbio afirma: “a teoria geral do direito evoluiu cada vez mais de teoria das normas jurídicas para teoria do ordenamento jurídico” (*Ibid.*, p. 16); vamos além quando dizemos que norma ou ordenamento não são suficientes, pois o Direito é realidade concreta, de forma que o Mundo Jurídico é o mundo dos fatos jurídicos, de realidades valoradas. Assim, a crítica Institucionalista, feita em seguida na obra de Bobbio – “uma simples relação entre dois sujeitos não pode constituir direito” (*Ibid.*, p. 17) – não se aplica aos pressupostos aqui assumidos, posto não se tratar aqui da relação jurídica como simples *relação de fato*, mas como eficácia de fato jurídico (e não há fato jurídico sem norma jurídica). Bobbio já via que a ideia de relação jurídica ultrapassa a ideia de uma relação fática, envolvendo direitos e deveres contrapostos, e reconhecia que “considerar o direito como relação intersubjetiva não elimina a consideração normativa” (*Ibid.*, p. 21). Mas os direitos e deveres não vêm “da regra”, da norma jurídica, como afirma este autor na p. 22, e sim de fatos jurídicos. Inclusive, se há certa escolha de efeitos jurídicos pelas partes, nos negócios jurídicos (vide tópico 2.3.1, *infra*), há direitos e deveres que decorrem deste negócio jurídico e que não estavam previstos especificamente em alguma norma como consequência jurídica.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 31-32.

²¹ Exemplificativamente, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. 6ª reimpr. Coimbra: Almedina, 1983, vol. I, p. 5 e seguintes, ou sinteticamente na p. 19. Não seguimos o autor quando coloca o *fato jurídico* como um “elemento” da relação jurídica, pelas razões expostas por FACHIN (**Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101). Era comum a colocação do fato jurídico como “elemento criador da relação jurídica”; como se verá, ele não apenas *cria*, mas *cria, modifica e extingue relações jurídicas* (o que faz da relação jurídica *efeito* seu); e no tópico 3.2, *infra*, analisaremos se não há outras categorias eficáciais além da relação jurídica (Bernardes de Mello defende a existência de situações jurídicas unissubjetivas).

²² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, LIII, p. 12.

for verdade que tal atitude facilita, na prática, a aplicação do Direito, não é menos verdade que àquele polo continua se contrapondo outro, ou seja, que o recorte tem de ser visto apenas como algo *útil e didático*, e não como negação do caráter intersubjetivo do Direito.

Deve ficar claro, enfim, o *caráter essencialmente relacional do Direito*,²³ frisado por tantos autores, sobretudo os neokantianos. Como exemplo, citem-se Adolfo Ravá²⁴, Giuseppe Lumia²⁵, Vicente Ráo²⁶, também Hohfeld,²⁷ antigo professor de Yale, e Miguel Reale, que considerava a *bilateral-atributividade* a característica distintiva do Direito.²⁸ Este caráter *bilateral* do Direito terá influência, adiante, na escolha de um critério *relacional* para a análise dos efeitos jurídicos. Pode-se dizer que os fatos jurídicos *criam, modificam ou extinguem relações jurídicas*, ou que *criam, modificam ou extinguem direitos ou deveres*.

Tomaremos por base a relação jurídica integralmente considerada, escolha baseada em parte neste caráter relacional do Direito, mas que também se pauta em outros fatores, indicados no momento oportuno, abaixo. Além disso, tal característica do Direito terá de ser levada em consideração quando da análise da seguinte questão: se a todo direito corresponde um dever, no plano da eficácia sempre haverá relações jurídicas, ou pode haver situação jurídica unissubjetiva? O caráter relacional do direito parece indicar que um efeito jurídico não pode dizer respeito a um indivíduo isolado, mas sempre a pelo menos dois sujeitos. Isso será analisado no ponto 3.2, *infra*.

Este Capítulo Primeiro do trabalho diz respeito aos fatos jurídicos e relações jurídicas. Os fundamentos filosóficos que estão por trás da ideia de *relação jurídica* foram aqui sucintamente referidos. Cabe passar, então, a um estudo mais aprofundado da ideia de fato jurídico. O que é, afinal, fato jurídico? Como ele se forma? Trata-se de fato concreto, ou algo abstrato? Esta figura sempre foi vista como algo central no Direito, ou os antigos estudavam apenas algumas *espécies* de fato jurídico, sem identificação de um *gênero*? Enfim, será necessário tratar de forma mais aprofundada desta figura para que seja possível compreender a grande pluralidade de fatos jurídicos que podem ingressar no Mundo Jurídico.

²³ VILANOVA, **Causalidade...**, *cit.*, Caps. III, V e VI, falando no “caráter relacional do Direito”, por exemplo, na p. 111.

²⁴ RAVÁ, Adolfo. **Istituzioni di diritto privato**. 2. Ed. riveduta. Padova: Cedam, 1938, p. 8 e seguintes.

²⁵ LUMIA, **Elementos...**, *cit.*, p. 99.

²⁶ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. Ed. São Paulo: RT, 1997, v.1, p. 47.

²⁷ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions**. New Haven: Yale University Press, 1923, p. 35 e seguintes, com sua percepção de que direito e dever são *correlatos*, e não opostos.

²⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

2. A Teoria do Fato Jurídico.

Parte-se, no presente trabalho, basicamente das construções de Pontes de Miranda, com as contribuições dadas à Teoria do Fato Jurídico pelo professor Marcos Bernardes de Mello. Assim, neste tópico, caberá demonstrar, primeiramente, o que se entende por *fato jurídico*, em geral (2.1); passa-se, então, a uma breve exposição da ideia de *tripartição de planos* (existência, validade, eficácia), que será essencial para a compreensão do presente trabalho (2.2); por fim, caberá explicar algumas classificações essenciais quanto aos fatos jurídicos (2.3), conforme os elementos do suporte fático e segundo a conformidade ou contrariedade a Direito.

2.1. A centralidade da ideia de fato jurídico na metodologia jurídica.

Será necessário traçar um panorama, bastante superficial, da evolução da metodologia jurídica, para que seja possível compreender a noção atual de fato jurídico. Pode-se partir do *dualismo metódico* kantiano: “devemos antes partir do chamado ‘dualismo metódico’, segundo o qual, ser e dever-ser, em si, são dois âmbitos ou categorias distintos. Kant é um clássico representante deste dualismo”.²⁹ Tal passagem é de Engisch, que em seguida afirma que a “Teoria Pura do Direito” voltou a trabalhar com este dualismo em um período mais recente. A constatação de Kant de que “não é porque as coisas *são* que elas *devem ser*” e de que “não é porque elas *devem ser* que elas *serão*”, permanece válida, mas fato é que o abismo que separava *ser* e *dever-ser* não é mais tão profundo.

Quanto à Teoria Pura do Direito, ensina Larenz que “o ponto de partida de Kelsen na fundamentação da autonomia metodológica da ciência do Direito é a distinção entre juízos de ser e juízos de dever ser”.³⁰ Daí a diferenciação de Kelsen entre o *explicativo*, que “descreve os fatos e os explica a partir das suas causas” e o *normativo*, que “a partir de uma dada norma, reconhece o conteúdo de um dever ser”.³¹ E finaliza: “a Ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente”.³² A sociologia seria uma ciência de fatos, enquanto a ciência do Direito seria

²⁹ ENGISCH, Karl. **La Idea de concreción en el derecho y en la Ciencia Jurídica actuales**. Trad. J. J. Gil Cremades, 2ª ed. alemã de 1968. Pamplona: Univ. de Navarra, 1968, p. 211.

³⁰ LARENZ, **Metodologia...**, cit., p. 92. Cf. nota 36, *infra*.

³¹ *Idem*, loc. cit.

³² *Ibid.*, p. 93.

uma ciência de normas. Note-se que Kelsen buscava se contrapor à “concepção de que a ‘autêntica’ ciência do Direito é a sociologia do Direito”.³³

Como se verá adiante, a “radical contraposição entre o direito como fato e o direito como norma, como fundamento para a distinção entre a sociologia do direito e a Ciência do Direito não é exata como técnica metodológica, pois contraria a ontologia mesma do Direito”.³⁴ Resumidamente, pode-se dizer que, se é possível reconhecer autonomia à sociologia e à ciência jurídica, não é verdade que disso decorra que entre os dois há relação de oposição, nem que na sociologia sejam estudados apenas fatos e, no Direito, normas.

Quando se estuda a metodologia jurídica, nota-se que as diversas correntes se situam mais próximas de um ou de outro destes polos, colocando o Direito mais perto do *ser* ou do *dever-ser*: abstração, conceitualismo, na Jurisprudência dos Conceitos; busca por algum conteúdo na Jurisprudência dos Interesses; fato, concreção, realidade, nas correntes sociológico-empíricas; norma, dever-ser, no positivismo normativista. Ou seja, seguindo-se a evolução do método a partir de Savigny, contrapôs-se *forma, norma, conceito e dever-ser (tese)* – a *conteúdo, fato, realidade, ser (antítese)*. A ideia de *fato jurídico* ganha, aí, um papel central, como elemento superador (*síntese*) destas posições: trata-se de *dever-ser que é*, ou seja, o *fato jurídico* é uma *realidade valorada*.

Assim, o estudo da evolução da metodologia jurídica parece indicar que diversos juristas, partindo do *dualismo metódico* kantiano (como Kelsen, por exemplo), parecem ter ficado *muito próximos à norma* ou *muito próximos aos fatos*: “tal como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, assim também o positivismo lógico-normativo perdeu de vista a vida real”.³⁵ Por isso mesmo que a moderna metodologia jurídica indica que o Direito não se situa *em um* destes polos, mas *entre eles*, como indica o lusitano Castanheira Neves: “o Direito consiste num ‘dever-ser que é’ (*seiendes Sollen*)”.³⁶

Vê-se, assim, como a compreensão atual desta categoria dos *fatos jurídicos* é fruto, em grande medida, da reflexão dos estudiosos da metodologia jurídica. Na Filosofia do Direito, um caminho muito semelhante foi seguido. Voltemos alguns parágrafos, até o *dualismo metódico* de Kant, para percorrer – também com muita brevidade – o caminho dos filósofos do Direito. Filósofos neokantianos buscaram no próprio Kant um elemento para

³³ LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 91.

³⁴ VILANOVA, *Causalidade...*, cit., p. 38.

³⁵ KAUFMANN, *Introdução...*, cit., p. 182.

³⁶ CASTANHEIRA NEVES. *As Fontes do Direito e o problema da positividade jurídica*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LI, Coimbra, 1975, p. 115. Cf. também ENGISCH, *La Idea...*, cit., *passim*.

superá-lo: “Foi mérito da Escola de Baden, a que se filiam Lask e Radbruch, ter percebido que, não obstante o corte feito por Kant entre *ser* e *dever ser*, havia no kantismo um elemento-chave para a compreensão do mundo histórico: o conceito de *valor*”.³⁷ Foi encontrando o *valor*, portanto, entre *ser* e *dever-ser*, que foi possível superar o dualismo metódico kantiano,³⁸ com a percepção de que o mundo jurídico é *o mundo das realidades valoradas* (não apenas *de realidades, Ser*, nem somente *de valores, Dever-Ser*).³⁹

Citou-se, acima, trecho da obra “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale. Este autor fala no Direito como “Fato, Valor e Norma”,⁴⁰ o que pode levar a crer que, no presente trabalho, o fenômeno jurídico está sendo reduzido a *fato e norma* (já que pela correlação de ambos se forma o *fato jurídico*), deixando-se de fora o *valor*. Não é este o caso, como se verá adiante.⁴¹ Não há dúvida de que o valor está presente em diversos momentos do fenômeno jurídico, como na criação da norma. É o que ensina Karl Engisch: “o aborto não é proibido por acaso”.⁴² Não se trata de algo aleatório, mas que toma por base um valor (no caso, um desvalor). Não há dúvida de que há um valor na norma, bem como na interpretação e em outros momentos do fenômeno jurídico.⁴³

Ocorre que se fez um *corte*, acima, para situar este trabalho no plano da dogmática jurídica, e já se demonstrou que a dogmática parte do ordenamento jurídico posto. O valor que está por trás da vedação do aborto não é o *meu valor*, ou o *seu valor* (nada impede que

³⁷ REALE, *Teoria...*, cit., p. 86; cf. também KAUFMANN, *Introdução...*, cit., p. 137 et seq. e p. 176 et seq.; segundo LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 131, Emil Lask foi o primeiro a aplicar estas ideias “à metodologia da ciência jurídica”.

³⁸ Certo é que tal “superação”, “união” entre ser e dever-ser, não é nada simples: “do ser não provém o dever-ser [como percebeu Kant], do meramente factual não provém o normativo, porque as modalidades são irreduzíveis, muito embora na composição do fato objetivo da cultura, que é o direito, haja inter-relacionalidade entre os modos” (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 56).

³⁹ Para citar um estudo de metodologia jurídica, sobre esta questão, veja-se LARENZ, *op. cit.*, p. 129 e ss. quando trata de H. Rickert e da *construção de conceitos referida a valores*.

⁴⁰ Para uma ideia sintética, consultar REALE, *op. cit.*, 1968, p. 37.

⁴¹ É de se notar que quando Miguel Reale fala no Direito como fato, valor e norma, parece aludir à *valoração de fatos* no processo de *criação das normas*, como se o Mundo Jurídico fosse, sobretudo, Mundo de Normas. Não é neste sentido que se fala, aqui, em fato e norma, de modo que a nossa visão está mais próxima de outros “tridimensionalismos” citados por Reale na obra *Teoria Tridimensional do Direito*.

⁴² ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10. Ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 47.

⁴³ Cf. IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 1990, p. 12 e nota 21, em que Irti cita BALLADORE PALLIERI (*Dottrina dello Stato...*, p. 180-181): deve-se diferenciar a “incidência valoradora”, a valoração de um fato pela incidência, daquele valor que está “por trás” da norma. No original, pode-se ler: “La norma ha disposto in quel modo e ha preso quella certa posizione di fronte alla azione umana perché la ha considerata buona o cattiva ecc.; ma questa è la *ratio* della norma, non la norma; non è la valutazione data alle azioni umane dal diritto, ma la valutazione che ricostruiamo mentalmente indagando *cioè che sta dietro alle norme...*”. Os destaques são do professor Natalino Irti. Nas pp. 13-14, Irti resume: há uma valoração nomogenética; uma valoração normativa; e uma “valoração aplicativa”, que se aproxima do que chamamos aqui, por vezes, de “incidência valoradora da norma”.

sejamos favoráveis ao aborto), mas um valor *objetivado em normas jurídicas*, em determinado momento histórico.⁴⁴ Nas palavras de Larenz, ao tratar de H. Rickert como um dos primeiros a desenvolver a ideia de *realidades referidas a valores*, trata-se de um “valor faticamente vigente”.⁴⁵

Em outras palavras, quando se parte do ordenamento *posto* – e afirmamos assim agir quando dissemos que o presente trabalho se situa no plano da dogmática jurídica –, não cabe questionar os valores que estão por trás da norma, nem tentar resolver o problema do jusnaturalismo ou da correlação entre Direito e justiça. Compete à Filosofia do Direito fazer tais investigações, por tudo o que se afirmou acima. O que se busca, no presente tópico, é analisar a formação da noção atual de *fato jurídico*, por ser esta uma categoria essencial da dogmática jurídica, sendo que só caberá analisar aquilo que se entende fundamental para este objetivo, ou seja, aquilo que se julgar importante para a compreensão desta figura.

Reale vê *fato, valor e norma* como *dimensões* do fenômeno jurídico, ou seja, dimensões de *uma mesma e única realidade*. Na obra *Teoria Tridimensional do Direito*, o autor não trata de *uma*, mas de *inúmeras* teorias tridimensionais, dentre elas um grupo que denomina “teorias tridimensionais ‘genéricas’ ou ‘abstratas’”, grupo que critica.⁴⁶ Estas teses indicariam *fato, valor e norma* como elementos ou tarefas distintas: o valor seria campo de investigação do filósofo do Direito; o fato, do sociólogo do Direito; a norma, finalmente, do jurista. Reale critica as teses aí reunidas por não reconhecerem “a essencial correlação ou implicação existente entre os três fatores”, o que leva estes autores a fazer corresponder, a cada um destes “elementos”, um ramo distinto do saber jurídico.⁴⁷

Assim, como se adiantou, o jurista brasileiro vê nestes três “elementos”, na verdade, *dimensões* ou *facetras* de um mesmo fenômeno. Daí não decorre que há “uma única ciência jurídica”, como defendeu Hall, uma *Integrative Jurisprudence*, ideia criticada por Miguel Reale.⁴⁸ Não é correto dizer que “todas as investigações ficam justapostas”,⁴⁹ pois o saber jurídico se divide em planos lógicos “que não podem e não devem ser confundidos, o plano transcendental e o empírico-positivo”. Além disso, “no segundo, se discriminam âmbitos ou

⁴⁴ Já se esclareceu na nota 14, *supra*, que “as ciências culturais perquirem valores já concretizados historicamente em esferas particulares de realidade”.

⁴⁵ LARENZ, *Metodologia...*, cit., p. 130. Note-se que RICKERT teve influências em PONTES DE MIRANDA: *Tratado*, XXXII, § 3.684, 5.

⁴⁶ REALE, *Teoria...*, cit., p. 39 e nota 3.

⁴⁷ *Idem*, loc. cit.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 72.

campos distintos de pesquisa, que dão título de autonomia à Sociologia do Direito, à Política do Direito, à Ciência Dogmática do Direito ou à História do Direito”.⁵⁰

Já se fez alerta quanto aos equívocos da separação absoluta destes “campos de pesquisa”. O Direito não trata exclusivamente de normas, como se viu, assim como a sociologia não se limita à pura descrição de fatos. O que se procurou demonstrar aqui, é que fato, valor e norma são essenciais para o Direito, bem como que o *fato jurídico* deve ser visto como uma *realidade valorada*,⁵¹ não pelo valor de um ou outro sujeito, mas pelo valor objetivado em uma norma jurídica, em determinado tempo e determinado espaço. Ainda, demonstrou-se que a ideia de que o Direito envolve *fato, valor e norma* não exclui, por exemplo, o campo de pesquisa da Sociologia do Direito.

Deixou-se de fora, na verdade, tudo o que não se liga diretamente à ideia de fato jurídico, objeto do presente tópico. Estas ideias só podem ganhar maior profundidade em um *excurso*, ou seja, em um breve *desvio de percurso*, em relação ao caminho bem estreito que em geral tem de percorrer um trabalho científico.

Excurso. Deve-se ressaltar, e já se aludiu brevemente a este fator (nota 41, *supra*), que quando o professor Miguel Reale fala no Direito como *fato, valor e norma*, parece se referir essencialmente à valoração de fatos, numa “tensão entre fatos e valores”, que há na criação das normas; assim o Mundo Jurídico seria, talvez, essencialmente um *mundo de normas* (e não, como nós o vemos, um *mundo de fatos jurídicos*), sendo que a valoração de fatos estaria na criação da norma. Daí, talvez, que Lourival Vilanova tenha identificado certo *normativismo* no pensamento de Miguel Reale.⁵² Mas isso não exclui, em primeiro lugar, (a) que de fato haja uma valoração de fatos no processo de criação das normas jurídicas; (b) que a norma ocupe um papel central no Mundo Jurídico, porque desenha seus limites; (c) que embora Reale construa o *seu* tridimensionalismo desta maneira, trata de *inúmeros tridimensionalismos* em sua obra “Teoria Tridimensional do Direito”, criticando algumas “vertentes” (como as teorias tridimensionais *genéricas* ou *abstratas*).⁵³ A nossa posição estaria mais próxima daquele tridimensionalismo de Virally, cuja visão da *relação jurídica* é citada por Reale: “nasce de uma simples *situação de fato*, que uma *norma* carrega de *significação jurídica* à luz dos *valores* que ela exprime e onde ela encontra o fundamento de sua força específica”.⁵⁴ E Reale afirma que “não poderia ser melhor determinado ‘tridimensionalmente’ o conceito de *relação jurídica*”.⁵⁵

E neste breve *desvio de percurso*, cabe ainda fazer um último esclarecimento. Citou-se Miguel Reale para demonstrar que os Filósofos do Direito também chegaram à conclusão de que o Mundo Jurídico é um Mundo Cultural, um mundo de realidades referidas a valores, e falou-se na ideia de *fato jurídico*

⁵⁰ REALE, *Teoria...*, cit., p. 72. Note-se que, segundo Kaufmann, a Filosofia do Direito é um ramo da Filosofia, e não propriamente um ramo do Direito (*Introdução...*, cit., p. 25, onde se lê: “A filosofia do direito é um ramo da filosofia, não é um ramo da ciência do direito”).

⁵¹ Sobre a valoração de fatos, com a incidência da norma: IRTI, Natalino. *Introduzione allo...*, cit., p. 10-11.

⁵² VILANOVA, Lourival. *A lógica na teoria jurídica de Reale*. In. LAFER, Celso; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (coord.). *Direito, Política, Filosofia, Poesia*. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 305-313.

⁵³ REALE, *op. cit.*, Cap. II, p. 37.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 50. O trecho é de VIRALLY, *La Pensée Juridique*, Paris, 1960, p. 213.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 50, nota 18, em que ainda se lê: “não só pela presença dos três fatores integrados em unidade, como também pela compreensão de que a norma, como instrumento de *qualificação jurídica*, traduz a significação dos valores que lhe servem de fundamento”. Ensina MENEZES CORDEIRO (*Tratado*, cit., p. 139): a situação jurídica “tampouco tem uma natureza fática: ela traduz o Direito concretizado, exprimindo, nessa medida, uma síntese fato-valor”.

como *realidade valorada*. Quanto ao fato jurídico, este trabalho se pauta, sobretudo, nas construções de Pontes de Miranda. Ocorre que Reale critica expressamente a visão de Pontes de Miranda do *suporte fático*, o que faz parecer que há contradição entre os pressupostos aqui assumidos. Miguel Reale afirma que o *suporte natural ou real* a que se refere não é algo concreto, como o *suporte fático* de Pontes de Miranda, mas algo *ideal* (quando os culturalistas falam em *realidade valorada*, tratariam de uma “realidade ideal”⁵⁶). Diz Reale que “representou um grande passo a ideia dos neokantianos de interpor, entre *realidade* e *valor*, um elemento de conexão: a *cultura*”, que é o complexo de “realidades referidas a valores”.⁵⁷ E continua: “todo o *bem de cultura* (e o direito é um deles) é tridimensional em razão de seu simples enunciado, uma vez que pressupõe sempre um *suporte natural ou real*, e, no meu modo de ver, também *ideal*, suporte esse que adquire *significado* e *forma próprios* em virtude do *valor* a que se refere”.⁵⁸ Em nota, então, parte para a crítica em relação ao pensamento de Pontes de Miranda: “Como se verá, a palavra ‘suporte’, numa compreensão culturalista do Direito, não tem sentido material e físico, como se fora o pedestal de uma estátua ou uma porção de lacre ao receber um timbre”.⁵⁹ Pontes de Miranda menciona mesmo, quanto à incidência, que: “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, normas abstratas – *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceituais”.⁶⁰ Note-se que não há *naturalismo* na alusão à máquina de impressão,⁶¹ pois o autor se refere à *reprodução*, pelo homem, do que ocorreu na realidade, acrescentando a *classificação*, que está na mente humana (o homem já conhece os fatos dentro de classificações predispostas em sua mente). Ou seja, no conhecimento entra muito dos objetos (da realidade) e também um pouco do sujeito cognoscente (o que parece totalmente adequado à posição ontognoseológica preconizada por Miguel Reale, como se verá adiante). Deve-se questionar: o que é a incidência? Não é, certamente, uma espécie de “emanação”, de “irradiação” da norma que atinge fatos concretos, como um feixe de luz. Pontes de Miranda reconhece que a *incidência*, na verdade, é algo que se passa na mente humana, embora utilize algumas analogias que denotam naturalismo: “A incidência da regra jurídica ocorre como fato que cria ou continua de criar o mundo jurídico; é fato dentro do mundo dos nossos pensamentos”.⁶² E continua sua explicação, para mostrar que esse *fato do mundo dos pensamentos*, é *perceptível* por suas consequências (diante dos fatos, as pessoas sabem que possuem certos direitos e deveres, e estes direitos e deveres coordenam sua conduta; porque o Direito é ciência *prescritiva*, busca alterar comportamentos). REALE identifica algum *naturalismo* na obra de Pontes de Miranda, pois este último consideraria o fato jurídico de mesma

⁵⁶ Sobre o pensamento de E. HUSSERL, que parece ter tido grande influência no pensamento de Miguel Reale, confira-se WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 687: “esta existência das coisas é, ao mesmo tempo, real e ideal, é ‘transcendente’. Uma vez que o direito e muitos conceitos de direito são ‘coisas’ deste gênero, torna-se possível encará-los também na perspectiva fenomenológica”. Se tem razão VON TUHR ao dizer que “ninguém nunca viu um direito” (TUHR, Andreas von. **Derecho Civil: Teoría General del Derecho Civil Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1947, vol. 2, 1, p.4), também está correto PONTES DE MIRANDA ao ressaltar que a incidência “é fato do mundo dos nossos pensamentos, - perceptível, porém, em consequências que acontecem dentro do mundo total. [...] Só se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém que nós vemos em suas consequências: a entrada dos herdeiros na casa, a retirada dos objetos, o alojamento deles, a venda em leilão e a distribuição, entre eles, da quantia apurada; e que ouvimos nas conversações do escrivão do cartório, nas defesas dos advogados e nos julgamentos dos juizes” (**Tratado**, I, §2, 3; 2012, p. 66; com o que concorda VON TUHR, *ibid.*, p. 3-4).

⁵⁷ REALE, **Teoria...**, *cit.*, p. 86.

⁵⁸ *Idem*, *loc. cit.*

⁵⁹ *Idem*, *loc. cit.* e nota 6.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, p. 6.

⁶¹ *Ibid.*, I, p. 11: “a sua incidência é como a da prancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha”.

⁶² *Ibid.*, I, p. 7 (§2º, 3). No mesmo lugar, o autor prossegue: “Tudo isso se desenrola mediante o pensamento, que está na regra jurídica (pensar vem de *pesar*), e incide nos fatos, ainda em queda (incidere, cadere) que se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém que nós vemos em suas consequências”. Vê-se, nas consequências, quando se vê a alteração de um comportamento para cumprir um dever jurídico; e ainda “ouvimos nas conversações do escrivão do cartório, nas defesas dos advogados e nos julgamentos dos juizes” (v. nota 56, *supra*). E por fim: “as relações jurídicas, os direitos subjetivos, os deveres, as qualidades jurídicas das pessoas e das coisas não se passam no mundo das percepções visuais e auditivas, gustativas e tácteis; passam-se, *são*, no mundo do pensamento, que é parte do mundo total” (*cf.* também o §2º, 5, p. 8).

natureza e estrutura que os fatos físico-naturais.⁶³ De fato, Pontes de Miranda enxerga os fatos jurídicos como algo que tem, no mínimo, uma perspectiva concreta, e vê o Mundo Jurídico como uma *parcela* do Mundo Real: “Tudo nos leva, por conseguinte, a tratar os problemas do direito, como o físico: vendo-os no mundo dos fatos, mundo seguido do mundo jurídico, que é parte dele”.⁶⁴ O mundo jurídico é *parte* do mundo real, que é bem mais amplo: “a vida é mais rica do que a tipificação jurídica”.⁶⁵ Pensamos que aqui há duas questões: (1) Pontes de Miranda considera que o *ideal*, o mundo das ideias, é uma *parcela do mundo total, ou seja, do mundo real*; (2) tanto Miguel Reale quanto Pontes de Miranda notam que a *incidência é fato do mundo dos pensamentos* e, assim, operação mental, que se dá sobre um *enunciado acerca dos fatos* mais do que sobre os *fatos propriamente ditos*. É nesse sentido que Miguel Reale considera o “suporte fático” também ideal: se a incidência é fato do mundo dos pensamentos, só pode atingir a *ideia de um fato*. Enfim, parece-nos que há mais diferença terminológica do que diferença de pensamento. Pontes de Miranda não crê que a incidência é uma emanção da norma que atinge fatos concretos sem a intermediação do pensamento humano; Reale tem posição ontognoseológica, ou seja, reconhece que no *ato de conhecimento* entra algo do objeto exterior, e também algo do sujeito cognoscente. Não cabe, diante dos limites e dos objetivos do presente estudo, aprofundar o tema. Saliente-se, apenas, que a concepção de que o fato jurídico não tem nada de *real*, de *concreto*, parece ser subjetivista. Entende-se, no presente trabalho, que o Direito é uma *realidade concreta*, ainda que valorada, qualificada pela incidência, e que esta visão é coerente com a moderna metodologia jurídica.⁶⁶

Quanto à incidência, cabe ainda referir a sua *indefectibilidade*. Também se há de concordar com Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello quando dizem que a incidência é indefectível, ou seja, que sempre que o fato, previsto no suporte fático, ocorre, a norma incide.⁶⁷ Não se pode confundir o *jurídico* com o *judicial*, devendo-se rejeitar o pensamento de que “a subsunção” entre fato e norma sempre é feita por um juiz. As pessoas contratam diariamente, e os contratos (assim, fato jurídico, que recebeu incidência) costumam ser cumpridos sem a participação de um juiz. E quem paga, sabe estar *pagando*, e não dando ou doando (ou seja: *pensa* o seu ato como pagamento, como cumprimento de

⁶³ REALE, *Filosofia...*, cit., p. 182.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, p. 3.

⁶⁵ *Ibid.*, III, § 286, 2.

⁶⁶ Cf. a nota dos atualizadores do Tratado de Direito Privado (tomo I, MARTINS-COSTA *et al.*, São Paulo: RT, 2012), p. 79-81. No prefácio do Tratado, ensina Pontes de Miranda que “para que se saiba *qual* a regra jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que se diz nela. Tal determinação do conteúdo da regra jurídica é função do intérprete, isto é, do juiz ou de alguém, jurista ou não, a que interesse a regra jurídica” (*ibidem*, p. 13). Os autores entendem que a visão de Pontes de Miranda quanto à incidência se mantém, mas parecem crer que a ideia de que as cláusulas gerais permitem o ingresso de elementos externos ao sistema jurídico teria alguma incoerência com a doutrina ponteana. Não parece haver contradição, já que as cláusulas gerais possuem previsão *normativa*, ainda que se trate de norma com textura aberta, que exige maior interpretação. O mesmo vale para os princípios, e o reconhecimento de seu caráter normativo. Toda a atividade interpretativa tem algo de *construtivo*. E o simples reconhecimento de Pontes de Miranda de que a norma jurídica se apresenta como proposição do tipo “*se A, então B*”, leva à conclusão de que a norma *tem de ser extraída do texto de direito positivo pela interpretação*, porque diversos artigos trazem mais de uma norma jurídica com essa estrutura completa. Ou seja: reconhecer que a norma jurídica tem essa estrutura é reconhecer que ela não se confunde com o texto de direito positivo; consequentemente, é reconhecer que ela só pode ser *obtida* por atividade interpretativa, que há muito tempo se sabe ter algo de construtivo; o fato de uma norma ter *suporte fático* ou *preceito* muito amplos, como no caso do art. 422, não lhe retira o caráter normativo (sobre a última questão, cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20-24 com a longa nota 17-A); cf. MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Trad. Ángel M. Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, vol. I, p. 74 e seguintes, principalmente p. 77, em aproximação semelhante quanto ao § 242 do BGB, equivalente ao nosso art. 422.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, p. 4 (§1º, 3); MELLO, *Teoria...* Existência (vol. 1), p. 75-79.

um dever). O processo só aparece nos casos *patológicos*, pois em geral as normas são cumpridas.

Quando se fala em *contrato*, portanto, já se fala em fato jurídico: *acordo* é suporte fático, enquanto *contrato* é fato jurídico, que já recebeu a incidência de uma norma jurídica. Tais noções são essenciais no estudo dos fatos jurídicos, pois é precisamente a incidência da norma sobre o suporte fático concreto que determina a *existência* de um fato jurídico. A ideia de “existência e incidência” será retomada abaixo (tópico 2.2.1). Neste ponto, apenas foram necessários esclarecimentos quanto à aparente contradição entre Pontes de Miranda e Miguel Reale, já que ensinamentos de ambos foram adotados como pressupostos teóricos. Mas procuramos, aqui, sobretudo, apontar os fundamentos teóricos e filosóficos que estão por trás da ideia de fato jurídico.

Ainda fazendo uma contraposição entre as teorias dos dois juristas brasileiros, verificou-se que para Pontes de Miranda a *realidade*, sem o *valor*, não faz parte do Mundo Jurídico: o *fato*, sem a incidência da norma, fica no Mundo dos Fatos; é a incidência qualificadora, valoradora, da norma jurídica, que promove a *juridicização*.⁶⁸ Miguel Reale inseriu Pontes de Miranda dentre os adeptos das “correntes sociológico-empíricas”, pois este tratadista teria afirmado que o Direito “é uma Ciência do Ser”.⁶⁹ Ocorre que a única obra utilizada por Reale, para fazer tal avaliação, foi o *Sistema de Ciência Positiva do Direito* de 1922, sendo que o *Tratado de Direito Privado* foi escrito mais de trinta anos depois (1954).

O próprio Miguel Reale reconhece, quanto a Pontes de Miranda, que “felizmente, sua admirável obra dogmático-jurídica bem pouco se subordina a tais pressupostos, em que pese o emprego de uma terminologia inspirada na linguagem da física”.⁷⁰ Lourival Vilanova notou o *abismo* que há entre o *Systema* e o *Tratado*: “há uma descontinuidade temática e uma quebra da unidade lógica (metodológica) entre o *Systema*... de 1922 e o *Tratado*..., entre o positivismo filosófico de 1922 e trabalhos de dogmática jurídica”.⁷¹

No *Tratado de Direito Privado*, Pontes de Miranda não abandonou sua visão do Direito como uma realidade concreta: “o direito não é conteúdo de regras, mas vida; não é entidade metafísica, mas evolutiva e vital”;⁷² por outro lado, não ignorou a essencialidade da norma na formação dos fatos jurídicos – “Sem regra jurídica e sem fato, ou fatos, sobre

⁶⁸ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), Cap. IV (p. 74 e ss.), que trata da *fenomenologia da juridicização*.

⁶⁹ REALE, **Filosofia...**, *cit.*, p. 182, p. 197 e, sobretudo, p. 415-421.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 182 e nota 7.

⁷¹ VILANOVA, **Escritos jurídicos...**, *cit.*, p. 405.

⁷² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, LIII, p. 11-12.

os quais ela incida, não há fatos jurídicos e, pois, efeitos jurídicos”.⁷³ Segundo Marcos Bernardes de Mello, a norma jurídica “tem a função de *definir o fato jurídico*, atribuindo-lhe consequências no plano das relações inter-humanas; enquanto esse fato não se materializar no mundo, a norma não passará de pura hipótese, abstração lógica”.⁷⁴

Cite-se ainda uma síntese de Bernardes de Mello quanto às três figuras essenciais do Direito, *norma jurídica*, *fato jurídico* e *relação jurídica*: “o mundo jurídico é *definido* pelas normas jurídicas, *construído* pelos fatos jurídicos e *integrado* pelas relações jurídicas. Norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica são, portanto, conceitos essenciais da juridicidade”.⁷⁵ E isso tudo também tem sido percebido pela doutrina estrangeira, como no caso dos italianos Geri, Breccia e outros, que afirmam que o fato jurídico é o aspecto central “em torno do conceito de direito e do problema da eficácia jurídica”.⁷⁶

Em conclusão, cabe retomar a ideia de que fato jurídico e relação jurídica são categorias centrais da dogmática jurídica; como disse Pontes de Miranda, citado acima, em primeiro lugar o fato jurídico, *depois* a relação jurídica. Isso tem grande importância para o presente trabalho. Pode haver fato jurídico *sem relação jurídica*, mas não pode ocorrer o inverso: um contrato (fato jurídico – espécie *negócio jurídico bi- ou plurilateral*) nulo, se não produz efeitos, não chega a criar uma relação jurídica obrigacional.

A questão da redução de toda a relação jurídica ao Plano da Eficácia também será retomada, logo abaixo. Além disso, se discutirá a seguinte questão: no plano da eficácia, só há relações jurídicas – já que *a todo o direito corresponde um dever* –, ou pode haver situação jurídica *unissubjetiva*? Caso se reconheça que pode surgir uma situação jurídica unissubjetiva no Plano da Eficácia, há mais um indício, aí, favorável à preeminência do fato jurídico sobre a relação jurídica (o fato jurídico não criaria *apenas* relações jurídicas, mas também situações unissubjetivas; tal tese parece contrária ao caráter relacional do Direito).

Cabe ainda fazer um esclarecimento final. Falou-se muito até aqui na ideia de Fato Jurídico como algo relativamente recente. Ocorre que em obras muito antigas é possível encontrar expressões como “ato jurídico” e “negócio jurídico”, porque são mesmo

⁷³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, § 5, 2, p. 68. No mesmo local: “todo o efeito tem de ser efeito após a incidência e o conceito de incidência exige lei e fato. Toda eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico; portanto da lei e do fato, e não da lei ou do fato” (está criticando VON TUHR, que sugeriu o “ou”).

⁷⁴ MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. XXV; VILANOVA, *Causalidade...*, *cit.*, p. 139 e seguintes, sobretudo a p. 144: “a norma jurídica [...] não se realiza, i.e., não passa do nível conceitual para o domínio do real-social, sem o fato que lhe corresponde como *suporte fático* de sua *hipótese fática*” (no presente escrito, fala-se em *suporte fático* também para a hipótese).

⁷⁵ MELLO, *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Eficácia. 3. Ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81. Cf. a síntese da evolução das “fontes”, p. 27 *et seq.*

⁷⁶ GERI; BRECCIA; BUSNELLI; NATOLI. Il sistema giuridico italiano. *Diritto Civile*: vol. 1.2. Fatti e atti giuridici, Torino: UTET, 1995, p. 441, *em tradução livre*.

expressões muito antigas. O que é relativamente recente é a tese da essencialidade de *fato e norma*, e a consequente constatação de que o *fato jurídico* é um gênero composto de muitas espécies.

Até hoje, nota-se em diversos livros uma espécie de cegueira quanto à pluralidade de fatos jurídicos que podem produzir efeitos em uma mesma relação jurídica: vê-se um contrato como fato jurídico que cria obrigação, mas não se nota que a mora, o perecimento da coisa, o pagamento, a cessão de crédito, a prescrição, etc., são também fatos jurídicos que produzem efeitos sobre aquela relação jurídica, extinguindo-a ou apenas modificando-a.

Parece, portanto, que houve uma passagem do *ato jurídico* como uma figura importante, mas não essencial, dentro do Direito, ao *fato jurídico* como gênero, como figura intimamente ligada ao conceito de Direito, como única categoria apta a gerar efeitos jurídicos. Aclarando-se esta noção geral de *fato jurídico*, e da importância dessa categoria, pode-se passar à análise de sua *existência, validade e eficácia*, bem como de suas principais *classificações*.

2.2. A tripartição de planos: existência, validade e eficácia.

Como ensina o professor Antônio Junqueira de Azevedo, ao tratar especificamente dos negócios jurídicos, os civilistas “vêm, há muito tempo, falando em negócios inexistentes, negócios inválidos e negócios ineficazes, procurando caracterizar como não sinônimas essas expressões”.⁷⁷ Depois:

A nosso ver, o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isso, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas.⁷⁸

Uma das grandes contribuições de Pontes de Miranda à ciência jurídica foi esta divisão precisa dos fatos jurídicos nos planos da *existência*, da *validade* e da *eficácia*. Como o fato jurídico é *realidade valorada*, ele só *existe* com a *incidência* valoradora da norma; daí que se deve iniciar uma breve exposição do tema pelas ideias de “existência e incidência”. A norma incide quando há suporte fático *suficiente*: para que se determine o que é suficiente para a incidência, distinguindo do que se exige para a validade e a eficácia, caberá analisar

⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. Ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

⁷⁸ AZEVEDO, **Negócio...**, *cit.*, p. 25.

os “elementos”, pode-se dizer assim, do *suporte fático*. Ou seja, deve-se analisar quais elementos são essenciais, dizem respeito à existência do fato jurídico, bem como quais dizem respeito apenas à sua validade ou à sua eficácia. É tudo isso que se passa a investigar.

2.2.1. Existência e incidência; suficiência e deficiência.

Quando a norma jurídica incide sobre o fato previsto em seu suporte fático (abstrato), qualifica-o como jurídico, ou seja, traz este fato para o mundo jurídico, e ele entra como fato jurídico. Como explica Pontes de Miranda:

Para que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o *suporte fático* necessário exista. Se esse suporte fático não é suficiente, ou há outra regra que atenda a essa insuficiência para a primeira regra e tenha o fato como suficiente para ela; ou não a há, e a regra jurídica deixa de incidir. Somente depois de se saber se a regra jurídica incidu, é que se pode indagar da produção de eficácia jurídica: ainda quando simultâneas incidência e eficácia, aquela é *prius* lógico.⁷⁹

Não se pode falar em “fato jurídico inexistente”, porque os casos de inexistência são os de *não incidência*, e se a norma não incide não há *fato jurídico*, mas apenas *fato*, no mundo dos fatos. E a norma incide, justamente, quando presentes os *elementos de existência*: quando eles estão presentes, diz-se que há suficiência do suporte fático, ou seja, o suporte fático é *suficiente para a incidência*, que ocorrerá (é indefectível), formando-se fato jurídico. O problema de *quais são estes elementos* será abordado no tópico seguinte.

O que se quer adiantar aqui é que o *suporte fático pode ser suficiente e deficiente*: só aquilo que *existe* pode ser *nulo, anulável, eficaz ou ineficaz*. Assim, a falta de algum “elemento” (“requisito ou fator”, para usar a terminologia de Junqueira de Azevedo⁸⁰) que leve à *invalidade* ou à *ineficácia* é o que se pode denominar *deficiência* do suporte fático (Pontes de Miranda prefere falar em deficiência para elemento de validade), justamente porque há o *déficit*, falta algo que se era de esperar, na composição do suporte fático. A análise de *quais fatos jurídicos* passam por *quais planos* terá de ficar para depois, porque pressupõe a classificação dos fatos jurídicos.

Eram estas ideias mais gerais que se pretendia expor neste tópico. A ideia de analisar os fatos jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia deve ficar mais clara

⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, §9, 1, 2012, p. 84; MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. 74: “composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica *incide*, decorrendo, daí, a sua juridicização. A *incidência* é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”.

⁸⁰ O professor Antônio Junqueira de Azevedo entende que a melhor terminologia seria a de *elementos* de existência, *requisitos* de validade e *fatores* de eficácia, o que se verá melhor adiante (*Negócio...*, *cit.*, p. 26).

quando da investigação dos elementos do suporte fático, no tópico seguinte. Mas ainda aqui cabe esclarecer o que se entende por suporte fático e por fato jurídico. Há o *fato*, do mundo dos fatos, com toda a sua riqueza de detalhes; há o que se chamará de *suporte fático abstrato*, que é parte da composição da norma, a previsão normativa de um fato: a norma se compõe de *suporte fático* (a previsão de um fato) e *preceito* (a prescrição de consequências jurídicas). E há também o *suporte fático concreto*, aquela *parcela do fato real que tem relevância jurídica*, ou seja, a ocorrência do fato previsto, mas *apenas na medida em que previsto*.⁸¹

Assim, será possível falar aqui no fato real, concreto, com toda a sua riqueza de detalhes, e naquele *recorte* do fato real, que consiste apenas no *juridicamente relevante*, devido à previsão em uma norma jurídica (*suporte fático concreto*, que recebe a incidência da norma). *Suporte fático abstrato* é a previsão normativa em si, uma parcela da norma jurídica – o “*se p*” do “*se p, então q*” –, que talvez fosse mais precisamente descrito como *suposto* que *suporte*, porque não *recebe* (suporta) a incidência, pelo contrário, *incide*.⁸² Há diversos textos doutrinários que obscurecem a distinção.

Um excelente exemplo de situação em que se costuma confundir os conceitos é o da *usucapião*.⁸³ Há quem diga que “o tempo” pode levar à aquisição da propriedade, e há quem diga que “a posse” pode levar à aquisição da propriedade. A afirmação de Pontes de Miranda de que “o tempo compõe os mais diversos suportes fáticos, tendo, então, relevância jurídica”,⁸⁴ é bem diferente da afirmação de Francisco Amaral de que *o tempo seria aí um fato jurídico*.⁸⁵ Fato jurídico é conceito do mundo jurídico; tempo é *fato*, é conceito do mundo dos fatos.⁸⁶ Usucapião, prescrição e decadência são *fatos jurídicos*, são conceitos do mundo jurídico, enquanto o tempo é um *fato*, do *mundo dos fatos*, e que pode entrar sozinho ou com outros elementos fáticos na composição do suporte fático. Enquanto a norma não incidir, permanecerá apenas no mundo dos fatos. Suporte fático não produz efeitos jurídicos:

É essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, *a*) a elaboração da regra jurídica (fato político), *b*) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), *c*) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, *d*) a incidência quando o suporte

⁸¹ Distinção semelhante em MELLO, Teoria... Existência (vol. 1), p. 66 e seguintes.

⁸² É o que sugere a expressão espanhola *supuesto de hecho* e as expressões de Vilanova na nota 74, *supra*.

⁸³ Houve muito debate quanto ao fato de a expressão ser masculina ou feminina. Pontes de Miranda criticou Rui Barbosa, que certamente entendia muito de língua portuguesa: “foi responsável pelo erro de pôr, como masculina, a palavra ‘usucapião’, o próprio Rui Barbosa” (PONTES DE MIRANDA, F. C. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 85); depois: “pôs ‘o’ antes de usucapião, como se masculino fosse o nome do instituto: é feminino em todas as línguas e no latim (*usucapio*), que o transmitiu aos Códigos e às próprias línguas” (p. 92).

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, VI, §668.

⁸⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591 *et seq.*

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 112-113.

fático (concreto) ocorre, *e*) o fato jurídico, que daí resulta, *f*) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos.⁸⁷

Enfim, no caso da *usucapião*, como é comum quando há suporte fático complexo, costuma-se dar um nome *especial* para o fato jurídico, que não se confunde com o nome de cada um dos fatos que o compõem. Isso não ocorre em certos casos, como no fato jurídico *stricto sensu* do nascimento com vida. Quando se fala em “usucapião”, porém, alude-se a fato jurídico, e *apenas* tempo ou posse são insuficientes para a incidência: “no direito, como em outras ciências, o fato pode ser múltiplo, complexo, ou simples. A morte é fato simples, como o nascimento o é; o suporte fático da aquisição de bem imóvel não no é”.⁸⁸

2.2.2. Os “elementos” do suporte fático.

O título alude a “elementos” do suporte fático, tema muito confuso, normalmente trabalhado apenas quanto ao estudo do *negócio jurídico*. Não há razão para a restrição, porque a questão diz respeito a todos os fatos jurídicos. As discordâncias já se iniciam com a terminologia adotada: seguimos, já no título, a terminologia ponteana, usada também por Marcos Bernardes de Mello. Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, ao tratar especificamente dos negócios jurídicos, distinguiu *elementos* de existência, *requisitos* de validade e *fatores* de eficácia.

O jurista justifica sua terminologia: *elemento* “é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química)”.⁸⁹ Seria possível parar por aqui: parece-nos que tudo que aqui será estudado *entra na composição do suporte fático – logo, também do fato jurídico*. Mas cabe transcrever a distinção do grande civilista: “por outro lado, requisito (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fator é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente fazer parte dele”.⁹⁰

Talvez esta denominação de *fator* seja realmente apropriada para aquilo que Bernardes de Mello chama de *elementos integrativos*: “esses *atos integrativos*, como os denominamos, não compõem o suporte fático do negócio jurídico e, portanto, não interferem quanto à sua existência, validade, ou eficácia própria”, apenas “atuam no sentido de que se

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, §1, 3 e 4.

⁸⁸ *Ibid.*, I, §5, 2.

⁸⁹ AZEVEDO, *Negócio...*, *cit.*, p. 29-30.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 30.

irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico”.⁹¹ Ora, se *não compõem o suporte fático*, não deveriam ser tratados como elementos do suporte fático – *espécie* elementos integrativos. O autor defende que estes atos “integram” os negócios. Trataremos deles mais adiante.

De qualquer forma, passemos a uma breve análise dos elementos do suporte fático, começando pela sistematização de Antônio Junqueira de Azevedo, para depois analisar a de Bernardes de Mello e tomar posição. O professor Antônio Junqueira de Azevedo faz uma classificação complexa: começa dividindo *elementos, requisitos e fatores*, como se viu, que diriam respeito, respectivamente, à existência, à validade e à eficácia.

Começando, então, pelos elementos (plano da existência), este professor divide em *elementos gerais*, que são aqueles “indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio”;⁹² *elementos categoriais*, os próprios de cada tipo ou categoria de negócio; e os *elementos particulares*, “aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio”.⁹³

Todos estes *elementos*, como se viu, diriam respeito à existência do fato jurídico (ou do *negócio jurídico*, espécie analisada pelo jurista). Pode-se partir dos *elementos gerais extrínsecos*, que são aqueles “que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico”.⁹⁴ Ora, se não fizessem parte integrante do negócio, não deveriam ser inseridos na classificação. A conduta humana, por exemplo, característica dos atos jurídicos *lato sensu*, *faz parte* tanto dos negócios jurídicos quanto dos atos jurídicos *stricto sensu*; só não constitui a *differentia specifica* de qualquer deles.

Tais elementos *extrínsecos* seriam o *agente*, o *tempo* e o *lugar*. Quanto ao tempo e ao lugar, o autor defende que “considerando que não há fato que não ocorra em determinado ponto do espaço e em determinado momento, todo negócio jurídico tem também, indispensavelmente, *lugar e tempo*”.⁹⁵ E depois anota que “o que tem confundido esse assunto é a circunstância de que não é muito comum o legislador estabelecer um *requisito* para os elementos tempo e lugar do negócio jurídico” de forma que “os elementos tempo e lugar ficam, em geral, apenas implícitos”.⁹⁶

⁹¹ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 56.

⁹² AZEVEDO, **Negócio...**, *cit.*, p. 32.

⁹³ Tudo em *loc. cit.*

⁹⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁵ *Loc. cit.*

⁹⁶ *Loc. cit.*

Neste ponto fica evidente uma grande diferença na abordagem de Antônio Junqueira de Azevedo e Marcos Bernardes de Mello: o primeiro, analisa *o negócio jurídico*, portanto, um *fato jurídico*; o segundo, analisa *suporte fático abstrato*. Seguiremos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda para analisar *elementos do suporte fático*, e não “elementos do negócio jurídico”. Isso explica a razão para Junqueira de Azevedo mencionar o termo e a condição como “elementos particulares”, no plano da existência: caso analisasse o suporte fático, lá só veria o *acordo quanto a diversas determinações*, dentre elas, as determinações inexas. Também o tempo e o espaço não costumam aparecer no suporte fático das normas jurídicas.

É por isso que a classificação proposta por Pontes de Miranda Marcos Bernardes de Mello será muito mais simples que a de Junqueira de Azevedo, e sem perder na capacidade para solucionar questões complexas. Antes de passarmos às ideias de Pontes de Miranda e Bernardes de Mello, cabe terminar a classificação do grande professor da USP, sucintamente: dentre os Elementos Gerais, além dos *extrínsecos*, analisados, há os *intrínsecos*, que seriam *forma, objeto e circunstâncias negociais*.⁹⁷ Forma, aí, não é *formalidade*, mas qualquer *forma*, como *escrita* ou *oral*, de modo que entra aí qualquer *manifestação volitiva* (a vontade interna, enquanto permanece interna, não interessaria ao Direito).

Quanto aos Elementos Categoriais, podem ser *essenciais* ou *inderrogáveis* e *naturais* ou *derrogáveis*, em aproximação à classificação dos juristas medievais em *essentialia negotii* e *naturalia negotii*.⁹⁸ Nada mais certo do que sua colocação entre os *elementos categoriais*, porque ainda não havia a categoria abstrata *negócio jurídico*, “o que havia eram tipos de negócio”.⁹⁹ Pode-se citar como exemplos de elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis, o consenso sobre a coisa e o preço na Compra e Venda; e quanto aos naturais ou derrogáveis, a garantia contra os vícios redibitórios neste mesmo contrato (e em todos os contratos comutativos – art. 441, CC/02).¹⁰⁰

Além destes elementos gerais e categoriais, Junqueira de Azevedo identifica ainda elementos particulares, apontando apenas os mais comuns: condição, termo e encargo, que se aproximariam dos *accidentalialia negotii*.¹⁰¹ Todos estes *elementos* diriam respeito ao plano da existência: já se esclareceu que o jurista está analisando *negócios jurídicos*, e não

⁹⁷ AZEVEDO, *Negócio...., cit.*, p. 32.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 37-38.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 35-36.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 38-39.

exatamente *suportes fáticos*. No presente trabalho, vemos aí *determinações inexas* que dizem respeito ao plano da eficácia.¹⁰² Pode-se conferir a lição de Pontes de Miranda:

Se se pudesse conceber o termo ou a condição que concernisse à existência do ato jurídico, o que praticasse o ato jurídico poderia estabelecer: “no dia tal, ou se ocorrer o fato tal, a promessa de recompensa, que agora faço, não terá sido feita” [...]. O direito não suporta tal invasão no tempo e no mundo dos fatos, para se ir ao passado e tornar *não sido* o que *foi*. Se algum manifestante de vontade diz isso, há-se de entender que apenas se referiu ao plano da eficácia [...]. Assim, em toda a exposição que se segue somente aludiremos ao plano da eficácia. Erraríamos se cogitássemos de outro.¹⁰³

Não é porque as determinações inexas ou anexas *estão, existem*, no contrato, que dizem respeito ao plano da existência. Junqueira de Azevedo mesmo indica entre os *fatores de eficácia* a *ocorrência fática*, o implemento, do termo ou da condição,¹⁰⁴ como se verá a seguir. O jurista quer dizer que, quando presentes, *fazem parte do fato jurídico*, existem com ele no mundo jurídico.¹⁰⁵ Já esclarecemos entender que determinações deste tipo entram no *acordo*, elemento *nuclear do suporte fático* (como se verá): o que importa é o *acordo quanto a todo o conteúdo do contrato*, quanto às *determinações* das partes (preferimos “determinações” a “cláusulas”, pois a última expressão parece mais adequada à organização de instrumentos contratuais escritos).

Quanto aos “requisitos de validade”, o professor Antônio Junqueira de Azevedo explica que seriam *adjetivações* nos elementos que acabam de ser examinados. A declaração de vontade deve ser *resultante de um processo volitivo; querida com plena consciência da realidade; escolhida com liberdade; deliberada sem má-fé*. O objeto deve ser *lícito, possível e determinado ou determinável*. A forma será *livre*, ou então *conforme a previsão legal*.¹⁰⁶

Quanto aos elementos gerais *extrínsecos*, o autor aponta também que o *agente* deve ser *capaz e legitimado*; o *tempo*, “se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento”, deverá ser o *tempo útil* e o *lugar* deve ser *apropriado*, fazendo-se a mesma ressalva quanto à previsão de lugar.¹⁰⁷ Quanto aos elementos

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 538, 1, p. 93: “termos e condições são determinações necessariamente insertas nos atos jurídicos; são neles *in-nexam*, porque de dentro deles lhes traçam, no tempo, limite de eficácia; não se ligam a eles, não se lhes anexam; são, por isso, ditas *determinações inexas*. O nexo é interno, e não externo”. Cf. o tópico do Capítulo Terceiro sobre o tema.

¹⁰³ *Ibid.*, V, § 538, 2, p. 93-94.

¹⁰⁴ AZEVEDO, **Negócio...**, *cit.*, p. 55-57.

¹⁰⁵ Cite-se, por fim, novamente, a precisa lição de Pontes de Miranda quanto ao tema: “As condições são inexas ao ato jurídico: não entram na sua estrutura típica, no que F. STEIN chamava suporte fático ‘legal’. Não são acessórias; fazem um só corpo com o que se manifestou de vontade; são incindíveis dele, salvo se não entraram para o mundo jurídico. E aqui está um dos pontos mais dignos de exame: a condição, entrando no mundo jurídico, não se separa da vontade manifestada, que ela modifica” (*op. cit.*, V, §543, 1, p. 125-126).

¹⁰⁶ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 43.

categoriais, o autor impõe *requisitos de validade* apenas em relação aos *inderrogáveis*, mas não há como tratar de todos, pois eles dependem de cada categoria. Para usar o exemplo já referido da compra e venda, tem-se que o *preço* deve ser *determinado ou determinável*, e não pode ficar ao arbítrio exclusivo de uma das partes.¹⁰⁸

Quanto aos fatores de eficácia, que o autor vê como “algo *extrínseco* ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra”¹⁰⁹ (atenção para o trecho *não o integra*), citam-se termo, condição, notificação da cessão ou registro de seu instrumento que confere eficácia para terceiros. O autor cita a distinção da doutrina alemã entre a ineficácia *pendente* (aquela do termo, da condição, e do testamento enquanto não ocorre a morte) e a ineficácia *relativa*, aquela falta de *oponibilidade a terceiros*.¹¹⁰ Bernardes de Mello parece seguir a distinção quanto aos elementos complementares e integrativos, mas não o seguiremos: parece-nos que os elementos integrativos não devem ser reduzidos a essas situações.

Por fim, Junqueira de Azevedo divide estes *fatores de eficácia* em três grupos: fatores de atribuição de eficácia em geral (como na condição suspensiva); fatores de atribuição da eficácia diretamente visada (para os casos em que já há alguma produção de efeitos, mas não ainda os diretamente visados); e fatores de atribuição de eficácia mais extensa (aqueles que dão oponibilidade a terceiros).¹¹¹ Vê-se logo a complexidade da classificação proposta por Antônio Junqueira de Azevedo.

Passando à classificação sistematizada por Marcos Bernardes de Mello, nota-se uma simplicidade louvável: há o *núcleo* do suporte fático, os *elementos nucleares*, que podem dizer respeito ao seu *cerne*, ou podem apenas *completar* o núcleo: os *elementos nucleares se dividem em elementos cerne e completantes*.¹¹² No núcleo está tudo aquilo que diz respeito ao plano da existência, ou seja, à suficiência do suporte fático, que leva à incidência.¹¹³

Os elementos *cerne*, como se verá a seguir, permitem a classificação dos fatos jurídicos que será adotada no presente trabalho; os *completantes* são os que levam à *existência* do fato jurídico *como aquela espécie de fato jurídico*, algo próximo, portanto, dos elementos categoriais essenciais da sistemática de Antônio Junqueira de Azevedo.¹¹⁴ Na

¹⁰⁸ AZEVEDO, *Negócio...*, cit., p. 44-45.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 53 e seguintes.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 57.

¹¹² MELLO, *Teoria...* Existência (vol. 1), p. 52 e seguintes.

¹¹³ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁴ *Id.*, loc. cit.

Compra e Venda, por exemplo, o acordo é elemento *cerne*, mas que seja *sobre certo bem e preço* são elementos completantes do núcleo.¹¹⁵

Além dos *elementos nucleares, cerne e completantes*, há *elementos complementares*, que “não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos”.¹¹⁶ Os elementos complementares dizem respeito aos planos da validade e da eficácia, embora lembrem sempre os *requisitos de validade* de Junqueira de Azevedo. Como os Elementos Complementares dizem respeito aos planos da validade e da eficácia, só se analisam quanto aos atos jurídicos lícitos *lato sensu*.¹¹⁷

São elementos complementares relativos *ao sujeito* – a capacidade de agir; a legitimação, como poder de disposição; a perfeição da manifestação de vontade; a boa-fé e a equidade, esta última nos negócios de consumo. Relativos *ao objeto* – a licitude; a moralidade; as possibilidades física e jurídica; a determinabilidade. Relativos *à forma* – que seja a prescrita ou alguma não defesa em lei.¹¹⁸ Mas Bernardes de Mello reconhece que algumas vezes a “*forma do negócio jurídico entra na composição do suporte fático como elemento completante*”,¹¹⁹ como no caso do testamento: assim, dirá respeito ao plano da existência, não somente à validade. A legitimidade, como poder de disposição, foi colocada por Junqueira de Azevedo dentre os *requisitos de validade*,¹²⁰ mas:

O poder de disposição (= legitimação ativa), por sua vez, constitui *elemento complementar* de todo negócio de disposição de bens, cujas consequências tanto se podem dar apenas no plano da eficácia, como ocorre com a venda de bem imóvel por *non domino*, que é ineficaz em relação ao dono do bem, como no plano da validade, como é o caso da venda de bem móvel com tradição da coisa vendida.¹²¹

Enfim, por diversas razões expostas acima, parece-nos que a classificação de Bernardes de Mello, além de ser muito mais simples, nos parece mais precisa, por tratar de elementos *de suporte fático*, mantendo-se apta à solução de questões complexas. Faltou apenas tratar dos *elementos integrativos*, que Bernardes de Mello aproxima dos “fatores de atribuição de eficácia mais extensa” de Junqueira de Azevedo. Acredita-se, porém, que a

¹¹⁵ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 53.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 56.

¹¹⁸ Tudo em *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 53.

¹²⁰ AZEVEDO, **Negócio...**, *cit.*, p. 43.

¹²¹ MELLO, *op. cit.*, p. 65.

ideia de Pontes de Miranda dos “fatos integrativos” era mais ampla: não se dirigia apenas aos casos de oponibilidade a terceiros, alcançando também o termo, a condição, etc.

Teremos a oportunidade de retomar a ideia de “fato integrativo” (e não apenas *ato*, como em Bernardes de Mello), no Capítulo Terceiro deste trabalho, quando for necessário tratar de forma mais detida dos casos de *condicio iuris*, condição, termo, etc. Frisou-se, acima, a palavra *integrar*, porque Junqueira de Azevedo disse que os *fatores de eficácia não integram o negócio jurídico*; Bernardes de Mello defende que há *outro ato*, mas que *integra o primeiro*, quanto ao Plano da Eficácia, daí falar em “atos integrativos”.¹²² Mas a questão será retomada quando necessário.

Encerrando a questão dos *elementos do suporte fático*, será aqui adotada a classificação de Pontes de Miranda e, no essencial, Bernardes de Mello, que distingue tais elementos em *nucleares*, com a subdivisão em *cerne* e *completantes* – todos dizendo respeito ao plano da existência; *complementares* – que dizem respeito aos planos da validade e da eficácia; *integrativos* – que dizem respeito ao plano da eficácia. Caberá questionar até se não há *ato integrativo* que diga respeito ao plano da validade: como o assentimento posterior, em caso de anulabilidade (não é ato posterior que *integra* o anterior?).

A classificação de Pontes de Miranda e de Marcos Bernardes de Mello está à base da classificação dos Fatos Jurídicos que será aqui adotada (tópico 2.3, a seguir): a *contrariedade a direito* (tópico 2.3.2), leva em consideração *elemento cerne* do suporte fático. Também a classificação analisada no tópico 2.3.1, abaixo, terá por base *elemento do cerne do núcleo do suporte fático*: se há *conduta com vontade relevante* (ato jurídico *lato sensu*); *conduta sem vontade ou com vontade irrelevante* (ato-fato jurídico); *se não há conduta alguma* (fato jurídico *stricto sensu*).¹²³ Por outro lado, as espécies de fato jurídico *mais abaixo*, como espécies de negócio jurídico, já não são classificadas segundo elemento *cerne*, mas segundo os *elementos completantes*.¹²⁴

2.3. Duas classificações essenciais e seus dois critérios.

Para o objetivo do presente trabalho, são essenciais duas classificações sobre os fatos jurídicos, que possuem diferentes critérios. Uma delas diz respeito à contrariedade ou conformidade ao Direito, em que se destacam aqueles que podemos chamar de “fatos

¹²² MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. 56.

¹²³ *Ibid.*, p. 54.

¹²⁴ *Loc. cit.*

jurídicos ilícitos”. A ideia está cercada de controvérsias, havendo quem julgue contraditório chamar de *jurídico* algo que é *contrário ao Direito*. Esta opinião é minoritária, e não se justifica, como se verá (o Direito traz o ilícito para o *seu mundo* para reprimi-lo). As controvérsias são ainda maiores quanto à existência de *atos, stricto sensu*, ilícitos. Muitos defendem que apenas *atos humanos* podem ser qualificados como lícitos ou ilícitos.

O outro critério classificatório é essencial, e diz respeito mais aos fatos jurídicos *lícitos* (tentaremos aplicar o critério também aos ilícitos, mas haverá diferenças). Trata-se da classificação quanto aos elementos do suporte fático, pela qual se diferenciam: *fato jurídico em sentido estrito, negócio jurídico, ato jurídico em sentido estrito e ato-fato jurídico*. Será necessário proceder da seguinte forma: primeiramente, serão abordados os fatos jurídicos *lícitos* e sua classificação. Depois serão examinados os ilícitos, desde a ideia de que os “atos ilícitos” também são fatos jurídicos, até as tentativas de classificação dos ilícitos.

Esta ordem se faz necessária, para que tentemos aplicar a classificação *quanto aos elementos do suporte fático* também aos ilícitos. Adianta-se, porém, que não parece possível a simples aplicação do mesmo modelo aos fatos ilícitos. As classificações adotadas serão basicamente as trabalhadas por Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda, mas em alguns tópicos serão necessárias discordâncias em relação a um ou ao outro. Parece, por exemplo, descabida a ideia de “negócio jurídico ilícito”, defendida por alguns. Uma coisa é a ilicitude do *objeto* (que leva à nulidade do ato jurídico), outra coisa é o *fato jurídico ilícito*, que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, como todo o fato jurídico.

Enfim, é possível adiantar, desde logo, que parece *correta* a visão de que existe o *ilícito caducificante*, porque a *extinção* de direitos e deveres, ou de relações jurídicas, é um efeito típico dos fatos jurídicos; mas não parece correta a visão de que há “ilícito nulificante”, como defende Bernardes de Mello, porque não há, aí, efeito atribuível a fato jurídico: seria um *efeito* o “ser nulo, logo não produzir efeito”? Efeitos jurídicos são a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres; assim, pode ocorrer, no plano da eficácia, a extinção de um direito (caducidade); mas o *ser nulo* não pode ser visto como *efeito jurídico*. Enfim, será necessário analisar a ideia de “ilícito nulificante”.

Pode-se iniciar, então, pela classificação dos fatos jurídicos lícitos. Também quanto a eles a doutrina sugere diversos critérios, mas seguimos as lições de Bernardes de Mello, que parecem as mais precisas. Antes, ainda, cabe lembrar que no terreno da *licitude* não há só fatos jurídicos, pois há fatos lícitos que são juridicamente irrelevantes: o ato do sujeito montar uma barraca em seu quintal em geral é lícito, mas não é ato jurídico (não está previsto em qualquer norma); os ilícitos, por outro lado, são sempre juridicamente relevantes, pois só

podem ser ilícitos atos previstos em alguma norma jurídica. Feitos estes esclarecimentos prévios, pode-se ingressar na análise de classificações dos fatos jurídicos que serão essenciais para o presente trabalho, para depois tratar da “passagem” do fato jurídico pelos *planos da existência, validade e eficácia*.

2.3.1. Conforme os elementos do suporte fático.

A classificação quanto aos elementos do suporte fático foi esclarecida e precisada por Marcos Bernardes de Mello, motivo pelo qual se adota, basicamente, e sem divergências, a classificação deste autor. Segundo tal critério, dividem-se os fatos jurídicos conforme *possuam ou não* uma conduta humana e, caso a possuam, se há ou não manifestação de vontade relevante, na composição do suporte fático. Cabe, desde já, lembrar um alerta feito acima. Falou-se que o Direito tem em seu “Mundo” (que certamente não deixa de fazer parte do mundo real, é uma parcela dele, já que “a vida é mais rica do que a tipificação jurídica”¹²⁵) realidades valoradas. Assim, deve-se distinguir *o fato real*, como a chuva ou a enchente, e o *perecimento* de um bem como decorrência da enchente. O que importa é a descrição no suporte fático (abstrato) da norma.¹²⁶

Primeiramente, deve-se analisar se *há ou não há conduta humana* no suporte fático. Parte-se da distinção entre o *ato*, conduta humana, e o *fato*, *acontecimento*. A queda da fruta é um acontecimento: “*Actus* vem de *ago*, *agere*. Há movimento próprio, com *objetivo*, ou mesmo *fim*; não há só o *alcance*, que é o da pedra que rola e bate na muralha, ou da fruta, que cai”.¹²⁷ Fato *pendente* é o que está para *acontecer*, como o fruto, que pende, é o que ainda não caiu: “a simples queda, o acaecimento, ou acontecimento, duas palavras portuguesas que têm o mesmo étimo (*cadescere*, como *cadere*, cair)”.¹²⁸ Assim, a primeira distinção que se tem de fazer, é entre *ato*, conduta humana, ou *fato*, acontecimento; e ainda há o *ato-fato*, que ficaria entre os dois, como *fato* (e não *ato*) humano.

Se não há conduta humana, trata-se de fato jurídico *stricto sensu*, um fato em sentido estrito. Caso haja conduta humana, tratar-se-á de ato jurídico *lato sensu* ou de ato-fato jurídico. Os fatos jurídicos em sentido estrito, portanto, são aqueles em que, “na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, III, § 286, 2.

¹²⁶ Cf. MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. 41-42 e nota 41.

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, II, p. 373 (§209, 2).

¹²⁸ *Loc. cit.*

humano como dado essencial”.¹²⁹ Ainda, “pode acontecer que algumas vezes o *evento* suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* esteja ligado a um ato humano, como ocorre com o nascimento do ser humano que tem sua origem na concepção”.¹³⁰ O fato jurídico *stricto sensu* do nascimento com vida¹³¹ leva à aquisição dos direitos de personalidade (CC/02, art. 2º).

Por fim, ainda quanto aos fatos jurídicos em sentido estrito, ressalte-se que o que interessa, é aquilo que entra no suporte fático: se o que entra no suporte fático é o *fato* da morte, não interessa se houve conduta humana, como em caso de suicídio, o que importa é o fato da morte. Se apenas a morte está prevista, o que há é fato *stricto sensu*. Daí o alerta feito acima, para que se analise o suporte fático abstrato, e não o fato concreto, em toda a sua riqueza de detalhes. O que entra no mundo jurídico pela incidência (como se viu no item 2.2.1) é o que está previsto no suporte fático, na medida em que previsto.¹³²

Ato-fato jurídico, por sua vez, é aquele em que, embora haja uma conduta humana, a presença ou ausência de manifestação volitiva é irrelevante. Faz-se ablação da manifestação de vontade, porque o que importa é o resultado. Daí que o ato-fato, embora seja um ato humano, não pode ser pensado como “inválido”: são exemplos a pintura de um quadro e a derrubada de um muro. Daí o nome “ato-fato”, proposto por Pontes de Miranda: são *atos*, condutas humanas, mas são tomados pelo ordenamento jurídico como se fossem *fatos*. São suas palavras: “Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parênteses), se não a levamos em conta para a juridicização, o *actus* é *factum*, e como tal é que entra no mundo jurídico”.¹³³

Esta categoria “ato-fato” seria criada por Pontes de Miranda a partir do que a doutrina alemã chamou de Ato Real.¹³⁴ De fato, ao que parece, fala-se em “atos reais” justamente “por serem mais fatos, das coisas, que dos homens”,¹³⁵ ou seja, algo mais

¹²⁹ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 131.

¹³⁰ *Loc. cit.*

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, p. 188: “o nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu*. Dele irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa”.

¹³² *Ibid.*, II, § 159, 2; VILANOVA, **Escritos Jurídicos...**, *cit.*, vol. 1, p. 407.

¹³³ *Ibid.*, II, p. 373 (§209, 2).

¹³⁴ LEHMANN, Heinrich. **Parte General**. In. LEHMANN-HEDEMANN. *Tratado de Derecho Civil*, v. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 198. Cf. os dizeres de Bernardes de Mello sobre os atos reais: “Os *atos reais* (*Realakten*), também denominados atos materiais (*Tathandlungen*), consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fáticas, geralmente, irremovíveis. Em todas essas expressões, desde aquelas cunhadas pela doutrina alemã à criada por Pontes de Miranda, dá-se relevo à particularidade de que é o *fato resultante* que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo. Na especificação, por exemplo, interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade em obtê-lo” (MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 134-135).

¹³⁵ A passagem é de PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, II, p. 373.

próximo do *acontecimento*, da *realidade* (fato), que da *conduta humana* (ato). Assim, parece que seria possível tratar como sinônimos “atos reais” ou “atos materiais”, e “atos-fatos jurídicos”, sendo esta última expressão preferível, por incluir a *juridicidade* e por indicar que se trata de atos (condutas humanas), mas recebidas como se fossem fatos.

Porém, Pontes de Miranda não parece tratar como sinônimos “atos-fatos” e “atos reais”, e o mesmo vale para Marcos Bernardes de Mello. Pelo contrário, ambos apontam os “atos reais” como *espécie* de ato-fato: Pontes de Miranda divide os atos-fatos jurídicos como *atos reais*, *indenização sem culpa* e *caducidade sem culpa*,¹³⁶ enquanto Marcos Bernardes de Mello prefere falar em *atos reais*, *atos-fatos jurídicos indenizativos* e *atos-fatos jurídicos caducificantes*¹³⁷ (expressões preferíveis).

A ideia, porém, não é a de diferenciar atos-fatos e atos reais. Quando Pontes de Miranda inseriu entre os atos-fatos jurídicos *não apenas* os atos reais, mas também os casos de indenização e caducidade sem culpa, parece-nos que quis apenas acrescentar tais figuras àquilo que os alemães já chamavam de “atos reais”. O tratadista afirma, mesmo, que “os atos reais não são mais do que atos-fatos jurídicos”.¹³⁸

Parece que a ideia foi a de mostrar que, dentre os atos que eram tomados pelo ordenamento jurídico como fatos, havia *mais* do que aqueles que vinham sendo apontados como “atos reais”, pois também são espécies a *indenização e a caducidade sem culpa* (atos-fatos jurídicos indenizativos e caducificantes). Assim, diríamos que *estão entre as espécies* de atos-fatos *ou* atos reais, os *atos-fatos jurídicos indenizativos* e os *atos-fatos jurídicos caducificantes*, destacando estas duas figuras por seus *efeitos*, respectivamente: o de criar uma relação jurídica obrigacional, visando reparar um dano (indenizar), ou o de extinguir um direito (caducidade).

A construção desta categoria, “ato-fato jurídico”, teve a contribuição do grande jurista brasileiro que foi Teixeira de Freitas. Muito antes do alemão Manigk, Freitas teria lançado as bases desta figura, que aqui se denomina *ato-fato*. No *Esboço*, não ainda na *Consolidação*, é que o jurista brasileiro apresentaria sua classificação dos fatos jurídicos, certamente que ainda não com o significado que o fato jurídico tem no presente trabalho. Tomemos a síntese da classificação de Freitas feita por Marcos Bernardes de Mello:

O *fato* em geral (=fato jurídico *lato sensu*) compreende: *fatos exteriores* (=fatos jurídicos *stricto sensu*) e *fatos humanos* (atos). Os fatos humanos são *involuntários* ou *voluntários*. Os fatos humanos *involuntários* são *necessários* (=atos praticados

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, Cap. VII e suas divisões (§210 e seguintes).

¹³⁷ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 134-141.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, I, p. 87 (§ 26, 7).

sem liberdade, que correspondem às causas de excludência de ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, por exemplo, ou *fortuitos*, cujo conceito – “ações ou omissões involuntárias” – se aproxima ao de *ato-fato jurídico*).¹³⁹

É certo que, se hoje encontramos melhores sistematizações, Teixeira de Freitas estava muito à frente de seu tempo. O jurista brasileiro abordou o tema aproximadamente quarenta anos antes da publicação da primeira obra de peso de Manigk sobre o tema (1901).¹⁴⁰ Explica Lehmann, pautado justamente nos trabalhos de Manigk, que “se dividiam antes os atos jurídicos em negócios jurídicos e atos ilícitos. Mas essa classificação não compreendia de modo algum toda a conduta juridicamente eficaz”.¹⁴¹ Resumidamente, Lehmann aponta, dentre os atos lícitos, os *negociais* e os *não negociais*, misturando nesta última categoria o que chamamos de ato jurídico *stricto sensu* e ato-fato jurídico (ele inclui aí, expressamente, o que chama de “atos reais”). Além destes, ainda haveria a “conduta antijurídica”: os atos ilícitos¹⁴² absolutos ou relativos.

Mesmo esta classificação pautada em Manigk parece insuficiente, pois deixa no mesmo grupo dos “atos não negociais” tanto os atos jurídicos *stricto sensu* quanto os atos-fatos jurídicos. O critério apresentado por Pontes de Miranda se baseia em rigor metódico notável: toma como critério os elementos do suporte fático, dividindo *fatos jurídicos em sentido estrito*, *atos jurídicos em sentido amplo* (com manifestação de vontade compondo o suporte fático) e *atos-fatos jurídicos* (em que há conduta humana, mas se há ou não manifestação de vontade *não interessa*: a manifestação de vontade não compõe o suporte fático, sendo juridicamente irrelevante). É necessário distinguir atos jurídicos e atos-fatos jurídicos, pois apenas os primeiros passam pelo plano da validade.

Faltou tratar dos atos jurídicos *lato sensu*, em que há um ato humano na composição do suporte fático, com relevância da manifestação de vontade. São os únicos que passam pelo plano da validade, como seria de se supor: apenas os atos jurídicos *lato sensu* podem ser nulos ou anuláveis. Falou-se em ato jurídico em sentido amplo, porque há uma subclassificação essencial: dividem-se eles em negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*.

¹³⁹ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 114.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹ LEHMANN, **Parte General...**, *cit.*, p. 197. Já no Brasil, prevaleceu por muito tempo a ideia de que “atos jurídicos” eram apenas os *lícitos*, embora o lusitano Coelho da Rocha já notasse em 1850 que os atos ilícitos são “atos de Direito” (jurídicos, diríamos). Isso será abordado no estudo dos ilícitos.

¹⁴² *Ibid.*, p. 197-198. O autor divide os atos ilícitos em *ilícitos absolutos e relativos*, mas parece seguir VON TUHR ao utilizar a expressão “ato ilícito” apenas quanto ao *absoluto*, o *delito*, chamando o ilícito relativo de “violação de direito pessoal”. Isso tudo, porém, será objeto do próximo tópico, quanto aos Fatos Jurídicos Ilícitos.

“A lógica tradicional sugere que uma definição deve conter a indicação do *genus proximum* e da *differentia specifica*, em razão do que aquilo que se define se torna espécie individualizada e distinta das demais”.¹⁴³ Assim, partindo do gênero *ato jurídico*, cabe passar à análise da *differentia specifica* dos negócios jurídicos, ou seja, cabe esclarecer a diferença entre o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu*. Os atos jurídicos (gênero) possuem o elemento *manifestação de vontade* na composição do suporte fático; nos negócios jurídicos, porém, a manifestação de vontade não apenas *compõe* o suporte fático, mas também se dirige à escolha de efeitos jurídicos.

Pontes de Miranda ensina que se deve repelir o erro, bastante comum, de considerar, “nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido”.¹⁴⁴ Assim, nos atos jurídicos em sentido estrito, há relação de antecedente e consequente, enquanto nos negócios jurídicos há certa *escolha*,¹⁴⁵ o que não significa que nestes os efeitos “decorram da vontade”, ou que sejam *todos* voluntários.

Cabe analisar de forma mais pormenorizada esta *escolha* presente nos negócios jurídicos. Bernardes de Mello é preciso ao dizer que nos negócios jurídicos há escolha de *categoria eficaz*, porque a escolha nos negócios jurídicos é bastante limitada;¹⁴⁶ as partes não podem escolher qualquer efeito, mas *categorias eficaciais*, que têm certa determinação prévia. Além disso, embora haja certa escolha nos negócios jurídicos, não se pode extrair daí que todos os efeitos jurídicos sejam “voluntários”.

Quando se *contrata*, criando relação jurídica obrigacional, muitos dos direitos e deveres que são *conteúdo* desta relação estavam previstos em lei, enquanto outros podem ter sido escolhidos pelas partes. Como sintetiza Bernardes de Mello: “basta lembrar mesmo dos atos jurídicos lícitos, na sua mais lídima expressão voluntarista, o negócio jurídico, nascem

¹⁴³ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 110.

¹⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, p. 447.

¹⁴⁵ Feita a distinção que se entende mais correta, cabe fazer dois esclarecimentos: (1) não parece correta a distinção com base em *manifestação* ou *declaração de vontade*, que estariam presentes, respectivamente, nos atos jurídicos *stricto sensu* e nos negócios jurídicos, pois ambos podem conter *manifestação* ou *declaração* (MELLO, *op. cit.*, vol. 1, p. 163-164); (2) há também a possibilidade de “atos jurídicos mistos” (*ibid.*, p. 156 e esclarecimento na p. 165), o que na verdade parece caso de “união meramente externa”, para usar expressão de Pontes de Miranda (**Tratado**, III, §290), união pela forma, mas aqui entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico (não entre negócios jurídicos).

¹⁴⁶ Conferir, sobretudo, MELLO, *op. cit.*, p. 181-182.

muitos direitos e muitas obrigações que não têm fundamento no *querer* das pessoas, e sim nas imperiosas disposições normativas”.¹⁴⁷

Para que fique ainda mais clara a distinção entre as espécies de ato jurídico *lato sensu*, cabe dar alguns exemplos de ato jurídico em sentido estrito. Quanto aos negócios jurídicos, há muitos exemplos claros, como o contrato, ou mesmo a proposta e a aceitação contratuais, que são negócios jurídicos unilaterais.¹⁴⁸ Já os atos jurídicos *stricto sensu* não têm recebido tanta atenção nas obras doutrinárias, pelo que merecem, aqui, análise mais detida. Marcos Bernardes de Mello, após tratar da *constituição de domicílio* (art. 70 e art. 74, *parágrafo único*), aponta ainda os seguintes exemplos de atos jurídicos *stricto sensu*:

é o que ocorre no reconhecimento da filiação (paternidade ou maternidade) não resultante de casamento, no perdão, na quitação [*o autor reconhece que há controvérsias*], na interpelação para constituir em mora, na escolha das prestações alternativas, na confissão, na interrupção da prescrição e em todas as espécies de atos jurídicos em que a vontade é manifestada, apenas, para tornar concreto o suporte fático respectivo. Não há, no entanto, poder de escolha de categoria jurídica nem, consequentemente, poder de estruturar o conteúdo da relação jurídica.¹⁴⁹

Alguns desses casos, como o da constituição de domicílio, não demandam declaração expressa de vontade, mas fato é que há conduta humana, e “quando alguém estabelece sua residência com *ânimo definitivo*, manifesta uma vontade que constitui a parte volitiva do suporte fático de um fato jurídico (=constituição de domicílio)”.¹⁵⁰ Bem se vê, em todos estes exemplos, que há uma conduta humana que representa a manifestação de uma vontade, mas que tal manifestação volitiva apenas *compõe* o ato, sem que possa se dirigir à escolha de categorias eficaciais.¹⁵¹

Já o negócio jurídico é definido por Marcos Bernardes de Mello da seguinte forma:

Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.¹⁵²

¹⁴⁷ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 121. Por exemplo, pode-se pensar nos *direitos e deveres* previstos na Lei de Locações (L. 8.245/1991), arts. 22-23.

¹⁴⁸ Conforme já tivemos a oportunidade de sustentar em PUGSLEY, Gustavo de R. **O Contrato como negócio jurídico formado por negócios jurídicos e seus fundamentos**: conceitos sobre quantitatividade. *In*. Revista Jurídica Thêmis, nº 22, 2010/2011, p. 37-59, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

¹⁴⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 162-163.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 162.

¹⁵¹ Bernardes de Mello ainda classifica os atos jurídicos *stricto sensu* em *reclamativos, comunicativos, enunciativos, mandamentais e compósitos* (*Ibid.*, p. 164-165).

¹⁵² *Ibid.*, p. 189.

É importante notar que, se a norma jurídica se compõe da previsão de um fato (suporte fático) e do preceito (prescrição de efeitos jurídicos), em *todos* os fatos jurídicos, com exceção dos negócios jurídicos, quando o fato ocorre, a norma incide e, caso o fato jurídico que se formar seja eficaz, são produzidos os efeitos jurídicos *previstos na norma*. Nos negócios jurídicos, porém, como se permite *certa escolha de efeitos jurídicos*, nem todos os direitos e deveres estão desde logo previstos na norma. Pode-se questionar, já aqui, a ideia de ilicitude como *violação de norma*, já que se pode violar direito que está previsto no *acordo entre as partes* (direito que será efeito do contrato), mas que não estava previsto desde logo em qualquer norma jurídica. Mas isso será objeto do próximo tópico (2.3.2).

Espera-se, por fim, que a classificação dos fatos jurídicos aqui analisada tenha ficado clara. Ressalte-se que todas estas figuras são *espécies* de fato jurídico (*lato sensu*) e, portanto, todas as espécies tendem a *criar, modificar ou extinguir relações jurídicas*. Para finalizar, parece útil o empréstimo de um quadro, muito explicativo, do professor Marcos Bernardes de Mello, já que neste critério classificatório suas lições foram tomadas como base:

2.3.2. Quanto à conformidade ou contrariedade ao Direito.

Quanto à conformidade ou contrariedade ao Direito, os Fatos Jurídicos podem ser classificados em *lícitos ou ilícitos*. Até aqui tratamos dos lícitos, o que não significa que não se aplique muito do que se disse aos ilícitos. Já se adiantou que há controvérsias até quanto à existência desta figura, “fato jurídico ilícito”, e as incertezas não param por aí. Cabe adiantar principalmente três questões controvertidas que terão de ser aqui abordadas: (1) a primeira diz respeito à *juridicidade* dos ilícitos, à ideia de que os atos ilícitos são espécie do

gênero *fato jurídico*; (2) a segunda diz respeito à classificação dos *atos jurídicos ilícitos*, quanto ao fato de existirem *apenas atos* jurídicos ilícitos, ou se também há fato *stricto sensu* ilícito e *ato-fato* ilícito; (3) a terceira diz respeito aos *efeitos* dos fatos ilícitos, sobretudo quanto à existência de ilícitos *caducificantes* e *nulificantes*, ou ainda “negócios jurídicos ilícitos”.

Quanto à posição assumida no presente trabalho, adianta-se: (1) entende-se que os fatos ilícitos são fatos jurídicos, como já percebia doutrina muito antiga, mas por renovadas razões diante da ideia de fato jurídico que se sustentou acima; (2) entende-se que, devidamente compreendida a ilicitude (como contrariedade a *direito*, com “d” minúsculo, e não “contrariedade à norma”), pode haver fato *stricto sensu* e *ato-fato* ilícitos; (3) entende-se que pode haver ilícito caducificante, pois a extinção de um direito é efeito que não se pode estranhar quanto a qualquer fato jurídico, mas não “ilícito nulificante”, como sustenta Marcos Bernardes de Mello, nem “negócio jurídico ilícito”. Parte-se destas conclusões, para agora explicar suas razões, num breve estudo sobre os fatos jurídicos ilícitos.

Não pode haver dúvida, hoje, de que os “atos ilícitos” são espécie do gênero fato jurídico. Ninguém deve duvidar que os fatos jurídicos – e apenas eles – tendem à criação, modificação e extinção de relações jurídicas; vimos que essa figura representa um *mínimo* para que possa haver juridicidade, aquele mínimo de *fato* e *norma* exigido para que seja possível dizer que há Direito, por todos os fundamentos acima explicitados. Não há dúvida de que os ilícitos *criam, modificam ou extinguem* relações jurídicas, inclusive obrigacionais.

Neste sentido, um *delito*, ato ilícito absoluto, pode criar uma relação jurídica obrigacional, como nos casos típicos de responsabilidade civil. Da mesma forma, quando há relação jurídica obrigacional e o sujeito incorre em mora, por exemplo, por não adimplir na data ajustada, comete ilícito relativo, por violar direito relativo (violar direito de crédito, o que é o mesmo que dizer que se violou o *dever jurídico*, correspondente a tal direito): e este ilícito relativo *modifica* a relação jurídica obrigacional em questão, o que será estudado de forma mais aprofundada adiante.

Os ilícitos absolutos, em regra, *criam* uma relação jurídica, e os relativos costumam *modificar*: assim, estamos diante de um dos principais casos de modificação das relações jurídicas obrigacionais, objeto do presente trabalho. Embora seja muito claro que os atos ilícitos podem *criar, modificar ou extinguir relações jurídicas* como qualquer fato jurídico (para dar um exemplo de *extinção de direito* por ato ilícito, cf. art. 1.638 do CC/02, *perda do poder familiar pelo castigo imoderado do filho*, o que se pode chamar *ato ilícito*

caducificante, justamente por tal efeito¹⁵³), houve quem sustentasse a incorreção da colocação dos ilícitos entre os “fatos jurídicos”.

A doutrina brasileira, na passagem do século XIX para o século XX, costumava incluir dentre os “atos jurídicos” apenas os atos *lícitos*. O Conselheiro A. Joaquim Ribas chegava a dizer, quanto aos atos ilícitos, que “por sua natureza, são eles absolutamente privados de eficácia jurídica”,¹⁵⁴ pelo visto sem notar que a *criação do dever de reparar o dano* é produção de efeitos jurídicos, é eficácia, pois logo depois falava que o autor do dano tinha a “obrigação de indeniza-lo plenissimamente”.¹⁵⁵ E note-se que o lusitano M. A. Coelho da Rocha já ensinava que os *atos de direito* poderiam ser *lícitos ou ilícitos* em suas *Instituições de Direito Civil Portuguez* de 1848.¹⁵⁶ Também Clóvis Beviláqua falou nos atos ilícitos como “extrajurídicos”:

Os atos humanos ou se realizam dentro da esfera do direito, em harmonia com ele, produzindo efeitos jurídicos, e, por isso, denominam-se *atos jurídicos*, ou emergem fora do âmbito do direito, embora nele possam ecoar por suas consequências, e merecem, então, o nome de *extra-jurídicos*. Estes últimos, algumas vezes, contrariam os fins do direito e ofendem as normas legais: são os *atos ilícitos*. Outras vezes se passam sem repercussão direta na abóbada acústica do direito: são os *atos juridicamente indiferentes*.¹⁵⁷

A colocação dos atos juridicamente indiferentes, ao lado dos ilícitos, já mostra que Beviláqua reconhecia a relevância jurídica dos atos ilícitos, mas não se justifica a qualificação como “extrajurídicos”.¹⁵⁸ De qualquer forma, a ideia de *atos jurídicos* como atos exclusivamente lícitos ficou consolidada no art. 81 do Código Civil de 1916. Deve-se ter em conta que este artigo inaugurava o Título I do Livro III, “Dos Fatos Jurídicos”. E o Título II deste mesmo livro se dedicava aos atos ilícitos que, portanto, apareciam dentre os fatos jurídicos (Fatos jurídicos: I – Atos Jurídicos; II – Atos Ilícitos).

¹⁵³ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 251.

¹⁵⁴ RIBAS, Cons. Dr. Antônio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral, tomo II. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, p. 429.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 435, aqui mantida a grafia da época.

¹⁵⁶ COELHO DA ROCHA, M. A. **Instituições de Direito Civil Portuguez**. 7. Ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, tomo I, p. 63-64. A obra citada é de 1907, mas o autor faleceu ainda em 1850. Coelho da Rocha, porém, embora dividisse os *atos de direito* em lícitos ou ilícitos, chamava aqueles em que *a manifestação de vontade é base da aquisição ou alteração dos direitos* de “atos jurídicos” (p. 64).

¹⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 132. É curioso que em sua Teoria Geral do Direito Civil, Beviláqua insere claramente os atos ilícitos dentre os fatos jurídicos, sem falar em qualquer fato “extrajurídico”: ou são jurídicos, ou são indiferentes para o direito (**Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908, p. 276-277).

¹⁵⁸ Vide, novamente, a ressalva feita na nota anterior quanto à obra Teoria Geral do Direito Civil.

Porém, isso não veio do Projeto de Beviláqua; o que aliás, não é de se estranhar, já que quem mais *criou* no Código Civil de 1.916 foi Teixeira de Freitas, e não Beviláqua.¹⁵⁹ Quando Clóvis Beviláqua foi incumbido da tarefa de elaborar um Anteprojeto, estabeleceu-se que devia seguir, tanto quanto possível, o projeto de Coelho Rodrigues.¹⁶⁰ bem se vê que esta codificação não foi obra de uma única pessoa, mas fruto da reflexão de diversos juristas brasileiros, iniciando-se com Teixeira de Freitas, passando por Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, além de diversas comissões, até chegar a Beviláqua.

O que importa aqui, porém, é que essa colocação dos atos ilícitos dentro do Título “Dos Fatos Jurídicos”, que prevaleceu na codificação de 1.916, indicando que os atos ilícitos são, sim, fatos jurídicos, não se deve a Beviláqua. Ensina Pontes de Miranda:

No Livro II, a rubrica “Dos fatos jurídicos” substituiu o que Clóvis Beviláqua escrevera: “Do nascimento e extinção dos direitos”. Os arts. 74-80, derivados (arts. 75-80) do Projeto de Beviláqua, que recebera os três últimos do Projeto de Coelho Rodrigues, e um elaborado (art. 74) pelo revisto, formaram as disposições preliminares concernentes a atos jurídicos, atos ilícitos e ação (prescrição), títulos do Livro III sobre “fatos jurídicos”. Coerentemente com a abertura da rubrica geral “Dos fatos jurídicos”, que fez dos “atos jurídicos” Título I, transformou-se o Capítulo VI (Dos atos ilícitos) em Título II.¹⁶¹

Foi assim, portanto, que já no Código Civil de 1.916 os atos ilícitos apareceram como *espécie* do *gênero* fato jurídico. Hoje não há dúvida de que os atos ilícitos são *jurídicos*, são *realidades valoradas*, que se formam com a incidência da norma e *tendem* à produção de efeitos jurídicos. É certo que a denominação “antijuridicidade”, como sinônimo de “ilicitude”, colaborou para a dúvida acerca da juridicidade dos ilícitos: como falar que algo “antijurídico” é “jurídico”? Foi o que observou Carnelutti, em sua obra dedicada à Teoria do Delito: “a negação de ‘antijurídico’ é ‘jurídico’”. Basta esta advertência terminológica para compreender que em italiano a definição do delito como fato antijurídico cria uma dificuldade, ou melhor, uma confusão”.¹⁶²

Carnelutti está explicando que essa confusão – que também aparece no português – não ocorre com as expressões alemãs que tais palavras buscam traduzir

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, **Fontes...**, *cit.*, p. 91-92: quem mais criou foi Freitas, depois Coelho Rodrigues e, em terceiro lugar, Beviláqua.

¹⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, vol. I, p. 22; VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**. Parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973, p. 90. Mesmo o projeto de Coelho Rodrigues inseria os atos ilícitos dentre os fatos jurídicos *eventuais* (livro III, título III). Cf. COELHO RODRIGUES, A. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 40.

¹⁶¹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶² CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Delito**. Trad. Victor Conde. Madrid: ERDP, 1952, p. 19.

(*Rechtswidrigkeit*).¹⁶³ Mas o jurista italiano salienta que “a chamada antijuridicidade, ou melhor, o contrário a direito, não é mais que a expressão, a razão, da juridicidade, ou seja, de estar regulado pelo Direito, posto que reclama a sanção”; por fim, conclui que “o delito é um fato jurídico por ser um fato ilícito” e sugere a maior correção linguística da expressão *ilicitude*.¹⁶⁴ Os penalistas também não duvidam do caráter jurídico dos ilícitos, como Fragoso: “o crime é, sem dúvida, fato jurídico. Fato jurídico é designação genérica de todo acontecimento relevante para o direito, provocando o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica”.¹⁶⁵

Enfim, hoje não há qualquer razão para duvidar da juridicidade dos ilícitos. A contraposição entre lícito e ilícito não se confunde com a contraposição entre juridicamente relevante ou irrelevante (jurídico ou ajurídico). Os atos lícitos podem ser juridicamente relevantes ou irrelevantes, como no exemplo já citado do ato do pai de montar um acampamento, no jardim de sua casa, para brincar com seus filhos: é ato lícito, mas juridicamente irrelevante.¹⁶⁶ Por outro lado, como fica claro pelas lições de Carnelutti, os *ilícitos são sempre juridicamente relevantes*, porque o Direito precisa trazê-los ao seu *Mundo* para reprimi-los. Um ato só pode ser ilícito, afinal, quando houver alguma previsão normativa. Neste sentido, são precisas as lições de Menezes Cordeiro:

O ato é lícito quando se processe ao abrigo de uma permissão específica, de uma permissão genérica ou, simplesmente, quando seja irrelevante para o Direito. Assim, ele pode ocorrer enquanto exercício de um direito subjetivo, como atuação processada dentro de uma permissão global de que a autonomia privada é o mais fecundo exemplo, ou na qualidade de atitude indiferente para a ordem jurídica. [...] Os atos lícitos são, muitas vezes, atos jurídicos pois, além de não desconformes com o sistema, o Direito ainda lhes associa determinados efeitos.¹⁶⁷

Portanto, não concordamos com a tese de Perlingieri de que todo o fato “é juridicamente relevante”.¹⁶⁸ Em primeiro lugar, por questão de terminologia: no presente trabalho, considera-se “fato juridicamente relevante” aquele que compõe o *suporte fático* de

¹⁶³ PONTES DE MIRANDA também fala na tradução: “a contrariedade a direito (o *Unrecht*, a *Rechtswidrigkeit*, que é equívoco traduzir-se, como se tem feito, como injuridicidade, pois o ato ilícito, o crime, entra no mundo jurídico)” (*Tratado*, II, p. 205).

¹⁶⁴ CARNELUTTI, *Teoria Geral*..., *cit.*, p. 18-20; e antes, na p. 12: “o delito se considera como um fato jurídico, e a pena é a consequência em que consiste sua juridicidade”.

¹⁶⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 157. Fragoso, porém, não vê problema em usar como sinônimos “ilicitude” e “antijuridicidade” (p. 160).

¹⁶⁶ Logo abaixo repetiremos o exemplo para retomar a ideia de relevância jurídica.

¹⁶⁷ CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2.Ed. Coimbra: Almedina, 2000, Vol. 1, p. 447; *cf.* também a ideia de “poder fático” de Pontes de Miranda em *Tratado*, V, § 537, 3.

¹⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Profili del Diritto Civile*. 3. Ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 83 (em português, *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-90). O autor define “fato jurídico” como todo o evento idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica, e considera que “o fato concreto é sempre juridicamente relevante”.

alguma norma jurídica. Assim, se nenhuma norma prevê um dado fato, ele não tem relevância jurídica. Como consequência de tal definição, *ter relevância jurídica* não se confunde com *ser fato jurídico*: a relevância, o *entrar* em suporte fático, é diferente da *suficiência*, do compor o suporte fático de forma suficiente para receber a incidência.¹⁶⁹

Assim, a posse é fato juridicamente relevante quanto à usucapião; mas não é o mesmo que *o fato jurídico da usucapião*, que tem suporte fático complexo, em que também entra o transcurso do tempo, entre outros fatos, para além da posse. Já referimos a questão, acima (páginas 29-30). Mas temos ainda outros motivos para discordar de Perlingieri, de forma que não há apenas “questão de terminologia”. Ainda que se considerasse “juridicamente relevante” qualquer fato que tem *alguma conexão com o Direito*, teríamos de reconhecer fatos juridicamente irrelevantes.

Perlingieri considera que *qualquer exercício de liberdade, ou de qualquer outro direito*, é fato “juridicamente relevante”, por ter essa conexão com o Direito.¹⁷⁰ Assim, qualquer *ato*, seria, no mínimo, manifestação de liberdade. E em geral haveria mais: quando o sujeito acampa com seus filhos no jardim, exerce direito de propriedade (o poder contido de *usar*). Acontece que, além da incoerência com a definição que demos acima, o conhecido jurista deixou de fora os *fatos da natureza*, que não têm sequer essa ligação com a liberdade. Caso um peixe se alimente de um camarão, nada há de juridicamente relevante, pois o Direito é ciência humana (e, ainda mais, ciência *social*, que trata do homem *em relação*).

Disse também Vilanova: “uma tormenta em alto mar, que não atinja coisa (um navio) ou pessoa, é fato natural juridicamente irrelevante, quer dizer, nenhuma relação mediata ou imediata tem com condutas humanas, e, por isso, nenhuma consequência jurídica traz”.¹⁷¹ Portanto, em primeiro lugar consideramos má terminologia o chamar “juridicamente relevante” o fato que tem *uma conexão qualquer com o Direito*.

Retomando o exemplo dado de montar uma barraca no jardim, embora seja exercício do poder de usar, e exercício de liberdade, não é algo que tenha qualquer *relevância* para o Direito. Nenhuma norma se interessa pelo fato, e nenhum efeito jurídico é criado. Agir ou não agir, da forma referida, não altera em nada o mundo jurídico. Além disso, qualquer fato natural que não atinja seres humanos não terá qualquer relação com o Direito,

¹⁶⁹ Cf. o uso na p. 29, acima.

¹⁷⁰ PERLINGIERI, *Profili...*, cit., p. 84: “o simples fato de que Tício suba no carro, e percorra alguns quilômetros, é juridicamente relevante, enquanto é manifestação de um valor, de um princípio jurídico, que é aquele da liberdade de circulação” (na tradução referida, *Perfis*, cit., p. 90).

¹⁷¹ VILANOVA, *Causalidade...*, cit., p. 135.

e não poderia entrar sequer nesse sentido alargado de “relevância jurídica” usado por Perlingieri.¹⁷²

Ficando clara a ideia de que os fatos jurídicos podem ser classificados pela conformidade ou desconformidade em relação ao Direito, cabe tratar de forma mais aprofundada dos fatos jurídicos ilícitos, começando por sua classificação. A maior parte da doutrina parece entender que só há *atos* (humanos) ilícitos, pois apenas *atos humanos* poderiam ser qualificados como *lícitos* ou *ilícitos*.¹⁷³

Tentaremos, porém, aplicar aos fatos ilícitos a mesma classificação acima utilizada, quanto aos *elementos do suporte fático*. Acredita-se que é possível dividir os fatos ilícitos¹⁷⁴ em *atos ilícitos*, sempre que houver conduta humana voluntária; *atos-fatos ilícitos*, quando há um ato, conduta humana, mas tomado pelo ordenamento jurídico como um fato; *fatos jurídicos* *stricto sensu* *ilícitos*, fatos da natureza que violam direito. A ideia de um “evento” ilícito causa estranhamento: pode um fato *stricto sensu* ser contrário a direito? E como o Direito vai reagir? Punindo um objeto ou a própria natureza? Faz sentido “vedar”, proibir um acontecimento natural? Tudo isso terá de ser resolvido.

A própria noção de ilicitude, de “contrariedade a Direito”, não fica muito clara nas obras dedicadas ao Direito Civil. Primeiramente, faz-se necessário explicar *o que se entende por ilicitude*, para que se passe à análise das espécies de fatos jurídicos ilícitos. Fala-se ainda em *neminem laedere*, como um dever de “a ninguém lesar”, e também em um suposto “dever geral de cautela”, de cuidado, ideias que consideramos desnecessárias, já que puramente formais, que induzem em erro.

Será necessário analisar: (A) A ilicitude como violação a direito com “d” minúsculo, não como violação de norma, nem de algum “dever genérico”; depois será

¹⁷² Cf. também CABRAL DE MONCADA. **Lições de Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 231 (“dizer *social*, é já o mesmo que dizer: jurídico”), que considera haver relevância jurídica sempre que há *relação humana*. Mas aí já traz ideia bem mais restritiva que a de Perlingieri, pois exige contato social, e não só “ato”, muito menos simples “fato da natureza”.

¹⁷³ LEHMANN, **Parte Geral...**, *cit.*, p. 486: “só a conduta humana pode ser antijurídica”; ANTUNES VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1970, vol. 1, p. 355: “é necessário, desde logo, que haja um *fato voluntário do agente*, pois só o homem, como destinatário dos comandos emanados da lei, é capaz de agir ilicitamente”, como na p. 356, mas isso quanto à “responsabilidade por fatos ilícitos”; quanto ao Risco, admite responsabilidade por “fatos naturais” (p. 357). A maior parte da doutrina só fala em “atos ilícitos”, indicando que são sempre *ações humanas*: OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Barcelona: Labor, 1933, p. 177 e p. 325; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13; GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 517; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**, 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, p. 415 *et seq.*, e tantos outros. Cf. a análise de MELLO, **Teoria... Existência** (vol. 1), p. 132, falando nos fatos *stricto sensu* em geral, lícitos ou ilícitos.

¹⁷⁴ Quando se falar apenas em “fatos ilícitos”, tal se deve entender como simplificação, jamais como negação de sua juridicidade: considera-se precisa a expressão fatos *jurídicos* ilícitos, mas o texto ficaria muito cansativo com a repetição de categorias como “atos-fatos jurídicos ilícitos”, “fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos”, etc.

possível tratar de (B) Fatos *stricto sensu* ilícitos; (C) Atos-fatos ilícitos; e, por fim, de (D) Atos ilícitos, absolutos e relativos, e da ideia de “negócio jurídico ilícito”, com a qual também não concordamos. Com estes quatro tópicos, será possível tratar das questões referentes à ilicitude que são essenciais para o presente trabalho. Como se verá, os fatos jurídicos ilícitos têm um papel central na modificação das relações jurídicas obrigacionais.

(A) A ilicitude como violação a direito com “d” minúsculo

As codificações civis brasileiras sempre trataram da ilicitude utilizando a expressão “violar direito” (CC/16, art. 159; CC/02, art. 186). Segundo Antunes Varella, tal visão também prevaleceu, inicialmente, em Portugal,¹⁷⁵ com o Código Civil de 1.867. Porém, segundo este mesmo autor, a ideia se mostraria insuficiente perante diversas situações em que não haveria, propriamente, um direito *subjetivo* violado;¹⁷⁶ já se deve adiantar, porém, que a lei portuguesa não falava em “direito subjetivo”, mas simplesmente em “direito”: lia-se no artigo 2.361 da codificação em questão que “todo aquele, *que viola ou ofende os direitos de outrem*, constitui-se na obrigação de indenizar o lesado”. A lei, portanto, falava apenas em “violação a direito”, sem aludir a direito *subjetivo*.

Além disso, o autor assume noção bem restritiva de *direito subjetivo*, pois crê que qualquer direito *indisponível* não se encaixa na categoria: assim, toma a disponibilidade, que é apenas frequente, como se fosse essencial.¹⁷⁷ Antunes Varella parece excluir, portanto, do conceito de direito subjetivo os direitos indisponíveis, e também os que “apresentam uma tutela de *direito público* – que, no todo ou em parte, transcende a vontade do indivíduo, titular do interesse imediatamente lesado”.¹⁷⁸ Como se vê, o autor criou restrições de duas ordens: considerou que a “violação a direito”, prevista na lei, tinha de ser “violação a direito subjetivo”; considerou essencial à ideia de direito subjetivo o que é apenas uma característica frequente, como a disponibilidade. Deve-se determinar *o que é* direito subjetivo:

Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é *objetiva* e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para

¹⁷⁵ VARELA, **Das Obrigações...**, *cit.*, p. 359-360.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 360-361.

¹⁷⁷ VARELA, *op. cit.*, p. 363 e nota 373, em que menciona os direitos de personalidade, em geral considerados indisponíveis, e afirma “ser extremamente duvidoso que se possa falar, quanto a muitos deles, de verdadeiros direitos subjetivos”.

¹⁷⁸ *Loc. cit.*

alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui *subjetivo*, porque se observa do lado desse alguém, que é o titular dele.¹⁷⁹

Tal visão não exclui os direitos públicos, nem os indisponíveis, que se encaixam em tal conceito, ainda que não representem a “imagem clássica” do direito subjetivo. De fato, quando se pensava em “direito”, com “d” minúsculo, pensava-se em direito subjetivo, normalmente em oposição ao Direito Objetivo, certas vezes em alusão à distinção romana de *norma agendi* e *facultas agendi*.¹⁸⁰ Como se verá a seguir, as exigências da realidade levaram à criação de direitos coletivos, que não são exatamente *subjetivos*, são direitos “não subjetivados”. Tal questão será avaliada no momento de assumir uma posição, cabendo antes tratar das outras posições doutrinárias. Adianta-se a visão de que a ilicitude pode decorrer de violação a direitos subjetivos, inclusive direitos públicos subjetivos, e também a direitos não subjetivados, como no caso dos direitos transindividuais.

Pela dificuldade na avaliação de diversas situações concretas, a maior parte da doutrina acabou conceituando a ilicitude como “violação de norma”, ou “contrariedade ao ordenamento jurídico”.¹⁸¹ Ora, quando se descumpre um dever decorrente de um contrato, por exemplo, viola-se imediatamente *o dever, ou o direito*: a todo o direito corresponde, afinal, um dever. Só *mediatamente* se pode aludir à violação “da norma”, violação que só ocorre *com maior distância*. No caso dos contratos, quando se viola um *dever*, pode-se violar alguma norma que previu tal dever ou, se tal dever foi criação das partes, viola-se a norma que manda que os contratos sejam cumpridos.¹⁸²

Quanto à relação entre *norma* e *direito*, Enneccerus e Lehmann questionaram qual a “norma violada” no caso de responsabilidade pelo fato da coisa, como no caso do vaso que

¹⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, p. 225 (§ 559, 2).

¹⁸⁰ Por exemplo, PEREIRA, *Instituições...*, *cit.*, vol. I, 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 25. Pode-se questionar a precisão da comparação, porque o *direito subjetivo* não se confunde com as *faculdades ou poderes contidos*, como o poder de disposição na propriedade (o poder ou faculdade de disposição é *poder contido* no *direito subjetivo* de propriedade). Se os poderes existem por si, o caso é de *direitos potestativos* ou *poderes-direitos* (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V, §566, 2; e no § 567, 1: “os poderes contidos nos direitos, nas pretensões, nas ações, ou nas exceções, não são, propriamente, direitos”).

¹⁸¹ VARELA, *Das Obrigações...*, *cit.*, p. 364, nota 376, quanto à legislação de Portugal. Na doutrina brasileira, pode-se citar: GOMES, *Introdução...*, *cit.*, p. 517-518; VILLAÇA AZEVEDO chega a falar em “inadimplemento normativo” (*Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244) para aludir à “violação de norma”. Fora do Brasil: VON TUHR, *Derecho Civil...*, *cit.*, vol. III, tomo 2, p. 135 e 138: “o ilícito sempre consiste na violação das disposições do ordenamento jurídico”; depois, na p. 139, completa: “com frequência, a ilicitude não consiste somente na violação de uma norma jurídica, mas também na lesão de um direito subjetivo alheio” (trad. livre); LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: EDERSA, 1958, vol. I, p. 192, que embora fale nos atos ilícitos como *infrações do ordenamento jurídico*, coloca ao lado as violações de crédito e de deveres especiais, ou seja, violações *de direitos*.

¹⁸² Como se esclareceu na nota 146, *supra*, e na breve análise dos negócios jurídicos. Os direitos e deveres são sempre eficácia de algum fato jurídico, podem estar previstos em alguma norma ou, no caso dos negócios jurídicos, também podem ter sido escolhidos pelas partes: nos dois casos, são *efeitos* do contrato (fato jurídico).

cai da janela e atinge um transeunte. O direito violado é o direito à integridade física, direito de personalidade: “Perguntam eles que regra jurídica foi infringida. A regra jurídica de cuja incidência, produzindo fato jurídico, resultou o direito ofendido”.¹⁸³ O nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu* que leva à aquisição dos direitos de personalidade (art. 2º, CC/02),¹⁸⁴ e a tais direitos se contrapõe o dever de todos de se abster de qualquer violação (são direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*).

Assim, considerando-se que *não há fato jurídico sem um mínimo de conformação normativa*, até é possível falar em “violação de norma”, mas apenas mediatamente, com maior distância; e tal poderia indicar que o Direito é *norma*, é *abstração*, o que a moderna metodologia rejeita. A partir da ocorrência de um fato jurídico há *concretude*, e não cabe mais aludir à norma, mas apenas aos fatos jurídicos e aos direitos e deveres por eles criados.¹⁸⁵

A alusão à “norma” pode ser tomada como alusão ao Direito Objetivo, Direito com “D” maiúsculo. Fala-se aqui em “violação a *direito com ‘d’ minúsculo*”. A alusão é aos *direitos e deveres* que se situam no Plano da Eficácia, que nem sempre são direitos subjetivos. Há direitos não subjetivados:

É necessário considerar que não há somente contrariedade a direito se a infração é contra direito subjetivo. A referência feita pelo art. 186 do Código Civil a *violar direito* implica ter-se como ilícito o ato que infrinja direito que não seja direito subjetivo, como os *direitos transindividuais*. Por isso, é contrário a direito o ato que viola *direitos transindividuais*, comumente, porém, com impropriedade, chamados *interesses difusos* (= direitos que não cabem a alguém, determinadamente, mas a certo grupo ou a toda a comunidade, como, por exemplo, os relativos à proteção do meio ambiente).¹⁸⁶

Também Pontes de Miranda, depois de comentar o rol do § 823 do BGB, ensina:

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 categoria de “direitos subjetivos”; de jeito que as expressões “causar prejuízo a outrem”, que vêm após “violar direito”, revelam que, no sistema jurídico brasileiro, se adotou a extensão maior de bens da vida, abrangendo bens da vida de que cogita a lei penal e de que cogitam outras leis de direito público. Portanto, foi seguida a teoria de F. VON

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, II, p. 196.

¹⁸⁴ Cf. nota 131, *supra*: “o nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu*. Dele irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa”.

¹⁸⁵ Como já se sustentou em PUGSLEY, Gustavo de R. **Do *neminem laedere* à visão concreta da responsabilidade civil**: a natureza contratual da responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2 (2013), nº 2, p. 1.499-1.540.

¹⁸⁶ MELLO, *Teoria...* Existência (vol. 1), p. 224-225; note-se que também há direitos públicos que não se subjetivam (MELLO, *Teoria...*, Eficácia (vol. 3), p. 75, nota 127).

LISZT (*Die Deliktsobligationen*, 26), que fora além da *teoria da exemplificatividade*.¹⁸⁷

Depois, Pontes de Miranda ainda completa: “a correlação ‘direito-dever’ não é peculiar aos direitos subjetivos; os direitos não subjetivados satisfazem-na”.¹⁸⁸ Houve mesmo dúvida quanto ao fato de *haver, aí, direito*, justamente pela posição central em que sempre esteve o *direito subjetivo* na dogmática jurídica. Mas não parece haver razão para se falar em “interesses”, como se fez na legislação consumerista e em outras leis, como na L. 7.347/85.¹⁸⁹ Daí, portanto, a alusão a *direito com “d” minúsculo*, porque há direitos subjetivos, e também direitos não subjetivados, como os direitos coletivos *lato sensu*, transindividuais.

Como se vê, porém, o problema diz respeito, sobretudo, à responsabilidade dita “extracontratual”, e o presente trabalho é mais voltado aos casos da responsabilidade chamada (sem precisão) de “contratual”, daí ser incabível o aprofundamento da questão.¹⁹⁰ Neste trabalho, será necessário avaliar *modificações por ilícito relativo*, ou seja, pela violação dos diversos direitos relativos que podem se inserir em uma relação jurídica obrigacional. Os casos mais comuns são o inadimplemento e a mora, mas pode haver violação a deveres laterais de conduta, dentre outros casos.

Quanto às diferentes visões da ilicitude, também não tem coerência com os pressupostos acima expostos a visão de que na responsabilidade civil se viola o “princípio do *neminem laedere*” ou algum dever geral de cautela.¹⁹¹ No Digesto de Justiniano (D.

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, p. 198-199. Lembrando que o CC/02 alterou o “violar direito *ou* causar dano” para “violar direito *e* causar dano”, o que parece reduzir a amplitude mencionada; mas não há prejuízo se tivermos razão ao sustentar que sempre há violação a direito com “d” minúsculo.

¹⁸⁸ *Ibid.*, V, § 562, 2, p. 231. Sobre isso, cf. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 89-90: “a expressão ‘direito subjetivo’ está a indicar que o direito diz respeito, de modo muito particular, a determinada pessoa”. Depois: “Afirmou-se que a culpa extracontratual não consistiria em outra coisa senão no descumprimento de deveres jurídicos genéricos. Tais deveres, bem se vê, seriam supostos. Mas a esse tipo de dever contrapõe-se o real, o concreto, o que nasce de uma relação jurídica, de sorte que a generalidade desses deveres supostos impede que sejam considerados como subjetivos”. O mesmo vale para o polo *ativo*, quando haverá direito não subjetivado.

¹⁸⁹ Na Lei da Ação Civil Pública (L. 7.347/85), art. 1º, IV; no Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90), art. 81, *parágrafo único*, incisos I a III (“interesses ou direitos”). Evitou-se assim eventual prejuízo decorrente da aplicação do conceito clássico de direito subjetivo, tão restritivo, como se viu com Antunes Varela. Quanto ao CDC, veja-se, por exemplo, LIMA MARQUES *et. al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 974.

¹⁹⁰ No Capítulo Segundo deste trabalho será necessário delimitar o campo do Direito das Obrigações (pois tal delimitação vincula a delimitação de todo este trabalho), e na ocasião será possível tratar disso de forma mais aprofundada, mas por enquanto, pode-se dizer, apenas, o seguinte: as relações jurídicas obrigacionais estão vinculadas aos direitos de crédito, e os direitos de crédito são *direitos relativos de caráter patrimonial*. Assim, o que interessa ao estudo das modificações das Obrigações são as violações de direitos relativos.

¹⁹¹ Abordamos tal questão no artigo PUGSLEY, **Do *neminem laedere***..., *cit.* Sobre este “dever de cautela”, cf. VARELA, **Das Obrigações**..., *cit.*, p. 404-405 *et seq.*

1.1.10.1), pode-se ler: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.¹⁹² Tais princípios (“preceitos”) são puramente formais, vazios, e eram preenchidos pela visão material de justiça do jusnaturalismo clássico.¹⁹³ Como ensina Pontes de Miranda:

O *neminem laedere* é, pois, um destes princípios que sintetizam a realidade formal do direito; como ao *ius suum cuique tribuere* e aos outros, falta-lhe o conteúdo positivo. Em todo o caso, eles o pressupõem e em qualquer estágio da vida social serão inteligíveis, posto que, como as fórmulas algébricas, só nos deem o que pusemos dentro deles. Se nada pusermos, nada teremos, porque as abstrações servem a tudo.¹⁹⁴

Assim, vê-se que o *neminem laedere*, como *pura fôrma*, “depende da determinação concreta do que é *meu* e do que é *teu*”.¹⁹⁵ e o que faz a determinação concreta do *meu* e do *seu* ou, em outras palavras, o que faz a distribuição *do que é de cada um* (*suum cuique tribuere*), concretamente, do ponto de vista do Direito, são os fatos jurídicos.¹⁹⁶ Como ensinava o professor Vicente Ráo, os desenhos normativos de categorias jurídicas:

Apenas conceituam uma *ideia*, um *tipo*, definido pelo ordenamento jurídico; não formam, ainda, uma realidade concreta. Deles advêm a propriedade, o usufruto, o crédito, e não *minha* propriedade, *meu* usufruto, *meu* crédito. Para que esses esquemas, esses tipos definidos abstratamente pelos códigos e pelas leis, se traduzam em realidade, ainda falta alguma coisa, falta um outro *quid*, tal o ato ou fato que, por sua aptidão para produzir uma relação jurídica concreta com referência a determinados sujeitos, recebe o nome de *ato* ou *fato jurídico*. Por outras palavras: para que eu me torne proprietário de alguma coisa, não basta haver o código previsto e disciplinado o direito de propriedade: preciso é, mais, que eu adquira alguma coisa (que compre, que receba em doação, herança, legado, etc.). Esses fatos produzem relações jurídicas concretas, individuais [...].¹⁹⁷

Como se vê, os fatos jurídicos distribuem os direitos e deveres, porque a *criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres* são seus efeitos típicos. E após o fato jurídico, como tanto já se frisou, não se deve falar em violação de norma, e ainda menos de algum “princípio do *neminem laedere*”, porque o que há é violação aos direitos e deveres de cada um. Quando se destrói o *meu* automóvel, o *meu* livro, ou a janela da *minha* casa, viola-

¹⁹² WATSON, Alan. **The Digest of Justinian**. Vol. 1. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, p. 2; para o português, cf. a edição bilíngue de MADEIRA, Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano: liber primus**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 24.

¹⁹³ A questão ficou mais desenvolvida no artigo acima citado (nota 191). No presente, apenas aludimos à questão para criticar a ideia de que na responsabilidade civil se viola um “princípio de a ninguém lesar”.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, LIII, p. 14-15.

¹⁹⁵ *Id.*, loc. cit.

¹⁹⁶ WINDSCHEID (**Diritto delle Pandette**. Trad. C. Fadda e E. Bensa. Torino: UTET, 1902, vol. I, I, p. 170-171, nota 3) resume a definição de DERNBURG de direito subjetivo: “*diritto in senso soggettivo è una partecipazione ai beni della vita, spettante all'individuo secondo l'ordine giuridico; la sostanza del diritto è l'avere giuridico*”. O *suum cuique* seria a distribuição de “*haveres jurídicos*”, o que cada um tem de positivo, do ponto de vista do Direito.

¹⁹⁷ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. Ed. anotada e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 824-825.

se meu direito de propriedade sobre tais coisas, e não algum “dever de a ninguém lesar”. Como ensina Massimo Bianca, a ideia de *neminem laedere* é como uma “norma em branco, uma mera ‘síntese verbal’ dos deveres que se entrecruzam na vida social”.¹⁹⁸ Fraenkel, citado pelo Titular (*Ordinario*) da Universidade de Roma, ensina que as normas de responsabilidade extracontratual “remetem aos vários suportes fáticos de direitos absolutos”.¹⁹⁹

Também a ideia de ilicitude como violação a um “dever geral de cautela” deve ser rechaçada, o que se pode fazer por meio de um exemplo de responsabilidade por fato da coisa, como no caso já citado em que um vaso cai da janela e atinge um pedestre. Cavalieri Filho, muito citado na jurisprudência pátria, defende que há, no caso ilicitude,²⁰⁰ com o que se há de concordar, mas não pelas razões apontadas. Por tudo o que se argumentou acima, já se pode visualizar como *direito violado*, no caso, o direito à integridade física (direito de personalidade, adquirido pelo nascimento com vida, e desde então oposto contra todos) do transeunte.

Cavalieri Filho, porém, encontra a ilicitude em outro local: na violação de um “*dever de segurança* que a lei estabelece, implícita ou explicitamente, para quem cria risco para outrem”.²⁰¹ O caso traz mesmo dificuldade, tanto que se viu que um doutrinador do porte de Ludwig Enneccerus teve dificuldade para encontrar a ilicitude na hipótese, e a questão ainda terá de ser retomada quando da investigação dos fatos *stricto sensu* ilícitos. Para refutar a visão de Cavalieri Filho, deve-se lembrar do seguinte: só há direitos e deveres como eficácia de algum fato jurídico;²⁰² questiona-se, então, qual o fato jurídico que criou este “dever de segurança”? Nenhum: justamente porque tal dever não existe.²⁰³

O dever de agir com cautela é um dever de agir *sem culpa*. Assim, a ideia de um “dever de cuidado” é a de “dever de agir sem culpa”, sem imprudência, e a identificação da ilicitude com a violação de um dever de cuidado mistura ilicitude e culpa. Antunes Varela também parece ter percebido o problema quando tratou da “violação do dever objetivo de cuidado como elemento da ilicitude e não da negligência”.²⁰⁴ O doutrinador lusitano dá o

¹⁹⁸ MASSIMO BIANCA, C. **Diritto Civile**: La Responsabilità, tomo V. Milano: Giuffrè, 1994, p. 544.

¹⁹⁹ *Idem*, loc. cit. e nota 33.

²⁰⁰ CAVALIERI FILHO, **Programa...**, cit., p. 150 e p. 155.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 155.

²⁰² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 508, 1: “Direitos, deveres, pretensões, ações e exceções são efeitos. [...] Os direitos, as pretensões, as ações, as exceções, como os deveres, as obrigações, as posições passivas nas ações e nas exceções, são eficácia dos fatos jurídicos. Todos eles se passam no plano da eficácia; e é aí que se pode pôr a questão concreta de existirem, ou não existirem, ou de haver possibilidade, ou não, de encobrimento da eficácia, por alguma exceção”. Cf. nota 279, abaixo.

²⁰³ Novamente, segue-se o exposto em PUGSLEY, **Do neminem laedere...**, cit.

²⁰⁴ VARELA, **Das Obrigações...**, cit., p. 404 e seguintes, sobretudo na p. 408.

exemplo do automobilista que, ao se aproximar de uma passagem para peões, toma todos os cuidados exigíveis, mas ainda assim atropela um dos peões; ou então se o sinal indicativo de prioridade estava oculto: “a doutrina clássica entende que a responsabilidade falha nestes casos, por não haver *culpa*, visto o condutor ter agido com o cuidado exigível na circulação rodoviária”.²⁰⁵ Concordamos com tal doutrina, pois a ilicitude se encontra na *violação do direito à integridade física do peão* – há contrariedade a direito, mas não houve culpa.

Então o autor inicia a mesma análise feita acima, quanto ao enxergar no caso *falta de ilicitude*, e não falta de *culpa*: “há, porém, quem entenda que, em tais hipóteses, não existe sequer *ilicitude*, por considerar que esta envolve a violação do dever objetivo de cuidado ou do cuidado exigível no comércio jurídico”.²⁰⁶ Como se sustentou acima, não há *dever jurídico* (que é categoria eficaz) de cuidado, porque não há fato jurídico que o produza. Imprudência, falta de cuidado, é justamente o que se entende por *culpa*. Na análise da visão de Pontes de Miranda, se verá que a pergunta que se deve fazer, quanto à *ilicitude*, não é se “todos os cuidados exigidos foram tomados”, mas se o direito violado *poderia ter sido violado*, de forma que não há, propriamente, violação (= a violação é aparente).

Varela passa então à análise da tese de Larenz, que demonstrou que o BGB supõe a negligência como uma das modalidades da *culpa*, que não se confunde com a *ilicitude* da conduta.²⁰⁷ Karl Larenz diferenciaria a *ilicitude referida à ação* da *ilicitude referida a bens ou interesses juridicamente protegidos*:²⁰⁸ no exemplo fornecido do carro que cruza o semáforo vermelho, pode-se dizer que houve *ilicitude referida à ação* no simples “passar com o sinal fechado” (“independentemente da violação concreta de qualquer direito”²⁰⁹), enquanto, diante da ocorrência do acidente, haveria *ilicitude referida a bens ou interesses juridicamente protegidos*.

No caso da *ilicitude referida à ação*, haveria ofensa *mediata* a direito, enquanto na *ilicitude referida a bens/interesses* a ofensa seria *imediata*.²¹⁰ E aqui vem a solução especial do jurista alemão: ele entende que a violação do tal “dever objetivo de cuidado” só é necessária no primeiro caso. Porém, é de se manter o posicionamento exposto acima: acredita-se que a rejeição da ideia de que *sempre há violação a direito* vem da exclusão de

²⁰⁵ VARELA, **Das Obrigações**..., *cit.*, p. 404.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 404-405. Sobre o Direito alemão, *cf.* aí a nota 461.

²⁰⁷ VARELA, *op. cit.*, p. 406; LARENZ, **Derecho de**..., *cit.*, vol. I, p. 286: “atua culposamente o que descuida da diligência exigível no tráfico”.

²⁰⁸ VARELA, *op. cit.*, p. 406-407.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 406.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 407.

certos *direitos* que não se encaixam na ideia clássica de “direito subjetivo”, como direitos públicos e direitos não subjetivados (*transindividuais*).

Também Varela conclui que “do contraste entre a ilicitude e a culpa depreende-se que o Direito se não preocupa com as regras de prudência ou de cuidado a observar na vida corrente, senão quando a inobservância delas se traduz na ofensa de direitos ou interesses”.²¹¹ A visão da ilicitude como violação a direito possibilita a “diferenciação” de ilícitos, como a separação entre a *infração administrativa* de cruzar o sinal vermelho, permitindo a aplicação de multa, e o ilícito civil de se *danificar automóvel alheio* (atingindo direito de propriedade).

Enfim, por todas as razões sucintamente expostas acima, entende-se que a ilicitude deve ser entendida como *violação a direito com “d” minúsculo*. Nem sempre direito *disponível*, nem sempre *subjetivado*, mas sempre um *direito* no plano da eficácia (efeito de algum fato jurídico, como um contrato, o nascimento com vida, a usucapião, etc.). Isso fica sempre muito claro no descumprimento de alguma obrigação: quando se contrata, criando relação jurídica obrigacional, e depois não se cumpre com o combinado, viola-se algum dever decorrente do contrato, e o direito correspondente.

Feitos todos estes esclarecimentos, pode-se concluir com a apresentação da visão de Pontes de Miranda sobre os fatos ilícitos. Para este autor, caso haja violação – pelo menos aparente – de direito, só não haverá ilicitude em dois casos: (a) Caso haja expressa pré-exclusão da ilicitude (art. 188 do CC/02); (b) Caso o direito estivesse previamente limitado, de forma que *poderia ter sido violado*.²¹² Quanto ao caso de expressa pré-exclusão (a norma diz “não constituem atos ilícitos”), Pontes de Miranda explicava que a *contrariedade a direito* fica no mundo dos fatos, não entra no mundo jurídico (como fato ilícito): “o contrário, faticamente, a direito (CFD), pois que o mundo jurídico não no considera contrário a direito, é apenas fato: CFD – CD = F”.²¹³

Neste caso, o autor fala mesmo em “contrariedade a direito *injuridicizável*”, porque “o ato, como elemento do suporte fático, é contrário a direito, mas o suporte fático somente se completaria e, pois, com a incidência do art. 159, entraria no mundo jurídico [...] se não

²¹¹ VARELA, *Das Obrigações...*, cit., p. 408. Nas pp. 409-411 refuta boa parte das teses de Larenz, que acabam confundindo ainda o *nexo causal* com a culpa e a ilicitude. Quando um sujeito comete suicídio com um revólver, o produtor da arma não pode ser punido porque não *causou* o resultado (e não porque tenha seguido o tal *dever de cuidado*), exceto se se adotasse a *teoria da equivalência das condições* em sua forma pura (não já a versão do Código Penal Brasileiro). Como explica Varela: o fato praticado não foi “*causa adequada* do dano registrado” (p. 410).

²¹² PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, II, p. 193 e seguintes; e tomo LIII, p. 99 e *passim*.

²¹³ *Ibid.*, II, p. 203.

houvesse surgido o elemento *excludente* das regras jurídicas do art. 160, I e II”.²¹⁴ É que o atual art. 188, I e II (correspondente ao art. 160, I e II do CC/16) traz aquelas normas que Marcos Bernardes de Mello chamou de “pré-excludentes de juridicidade”,²¹⁵ normas que impedem a incidência da outra norma, que qualificaria o ato como *ilícito*.

O outro caso é o da *limitação prévia* do direito. Exemplo clássico de “dano sem ilicitude” é o da *concorrência* legítima, leal.²¹⁶ neste caso, pode-se dizer que o direito do outro empreendedor estava previamente limitado, de forma que essa “violação”, essa causação de prejuízo, era *permitida*, ou seja, nem há, propriamente, violação. Cabe trazer mais uma lição de Pontes de Miranda, justamente sobre a *limitação dos direitos*:

Os direitos mergulham no mundo social. Circunstâncias extrapessoais criam limites mais ou menos certos (considerações objetivas) ou pessoais (considerações subjetivas), tornam *ilícito*, ou *não*, o ato humano de intervir na esfera jurídica de outrem. Por quê? Porque um direito não existe *absolutamente*, mas *relativamente*. Os próprios direitos *erga omnes* são relativos. Nenhum é mais firme, mais pleno, que o domínio, mas contra o proprietário pode ser exercida a ação do possuidor de boa-fé, ou, até, de má-fé (Código Civil, art. 550 e 517). Um direito não tem a mesma face para todos; depende dos outros direitos e, pois, dos titulares de direito.²¹⁷

Quanto ao exemplo citado da responsabilidade por fato da coisa, e a posição de Enneccerus, que não viu na hipótese ilicitude, ensinou Pontes de Miranda que, para que não haja ilicitude, “é preciso que se *postule* ‘limitação’ aos direitos, diretamente, ou por meio de regra pré-excludente; ora, essa postulação não se fez e só a lei poderia fazê-la”.²¹⁸ Viu-se que ilicitude é violação a direito. O sujeito que estava andando na rua e foi atingido por um vaso teve violado, não há dúvida, seu direito à integridade física (direito de personalidade). Deve-se perguntar, então: (a) seu direito *poderia ser violado*? Ele possuía alguma limitação que permitia tal violação? E (b) houve pré-exclusão expressa, no caso? A resposta é negativa: logo, há ilicitude. Só com esta visão será possível identificar um fato *stricto sensu* violador de direito. E é esta figura que se passa a analisar.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, *loc. cit.*

²¹⁵ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 93 e seguintes. Cf. aí a nota 97 quanto à expressão.

²¹⁶ VARELA, **Das Obrigações...**, *cit.*, p. 359.

²¹⁷ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, LIII, p. 99. Normalmente se *entrecruzam* direitos, como o do locatário de usar o bem locado, que jamais seria visto como *violação* ao direito de propriedade do locador – o direito de propriedade estava limitado, tinha esta limitação; muitos destes casos de *prévia limitação do direito, aparentemente violado*, também acabam abarcados por alguma pré-excludente expressa do art. 188, como o exercício regular de direito.

²¹⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, II, p. 196. Um pouco antes, quando fala na responsabilidade objetiva nos casos de acidente causado por fagulha em estrada de ferro, Pontes de Miranda explica que o *direito* da vítima da fagulha não estava limitado pela atividade perigosa, de forma que havia ilicitude (p. 194 *et seq.*).

(B) Fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos

Ficando claro, portanto, que *ilicitude é violação de direito* – é qualificação dada a um fato violador de direito –, pode-se compreender a ideia de fato *stricto sensu*, acontecimento, ilícito, ideia que quase não encontra acolhimento na doutrina atual. Quando se entende que, em caso de violação de direito, só não há ilicitude quando houver *expressa pré-exclusão*, ou se *o direito estava previamente limitado*, pode-se analisar o caso em que um vaso cai, devido à força do vento, de uma janela, e atinge um transeunte: o direito à integridade física da vítima não estava limitado, de forma que *este direito não podia sofrer tal violação*. Aí, haverá ilicitude e, aparentemente, fato *stricto sensu* ilícito. Quando se constata a violação, pelo menos aparente, de um direito, deve-se perguntar, portanto, se o direito *estava ou não limitado*, de forma que *podia ou não* sofrer tal violação.

Tal ideia ficaria muito prejudicada se a ilicitude fosse entendida como violação de norma, e não de direito. Também nos casos de responsabilidade objetiva tem ocorrido confusão, pois a doutrina tem visto falta de *ilicitude* quando só não há *culpa*:

Nota-se-lhe a tendência a ver na responsabilidade pelos danos causados pelos animais, pelas coisas, ou pelas indústrias perigosas, responsabilidade semelhante à do art. 1.519 e 1.520 [do CC/16], parágrafo único (reparação sem ilicitude). Ora, o dano, no caso de animais, coisas, ou indústrias perigosas, não é delitual, no sentido de culposos, mas é contrário a direito. A explicação de que se tornaram não-contrários a direito, porque se lhes excluiu a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão da contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi ao elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fez ablação, e não ao elemento contrariedade a direito.²¹⁹

É certo que as visões acima analisadas sobre a ilicitude (especialmente a que incluiu aí um “dever de cuidado”) contribuíram para a confusão entre ilicitude e culpa, e a consequente identificação dos casos de responsabilidade objetiva com aqueles de responsabilidade sem ilicitude. Os casos de responsabilidade *sem ilicitude* são, em geral, os de expressa pré-exclusão, de forma que há, neles, *contrariedade fática a direito* (para tal verificação, basta analisar os arts. 929 e 930 c/c art. 188). Pode-se falar, como uma das principais “fontes” de Obrigações, em “fatos jurídicos indenizativos” (aludindo ao efeito de criação de um *dever de indenizar*), que podem ser lícitos ou ilícitos.²²⁰

Mas cabe passar efetivamente aos fatos *stricto sensu* ilícitos. Como já se vê pela expressão “responsabilidade pelo fato da coisa”, no caso há, aparentemente, um evento

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, II, p. 196-197.

²²⁰ Cf. MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. 135 e p. 239. Usaremos a expressão em alguns momentos, no presente trabalho, por se tratar de uma das principais “fontes” de Obrigações.

ilícito, um *fato* violador de direito. Adiantou-se, acima, que algumas questões podem surgir, como: (1) qual o sentido de se *vedar* um evento da natureza, se eles são indiferentes às normas jurídicas? E (2) seria cabível *sancionar*, ou *exigir alguma reparação*, de um ser inanimado? É certo que não, e que não se pode *prescrever* contra eventos naturais.

A punição de seres inanimados ocorreu em algumas civilizações. Pontes de Miranda aponta um caso em que se puniu uma estátua: “em Tasos, no século IV, em ação intentada pelo filho da vítima, esmagada pela estátua do Atleta Teagenes, foi essa condenada e lançada ao mar”.²²¹ De qualquer forma, certamente não é o que se pretende sustentar aqui. Só seres humanos podem ser *sancionados* com o dever de reparar os danos causados.

O que acontece é que, a rigor, *colocar um vaso na janela* é lícito. Mas se o vaso cai, ainda que pela força do vento, e atinge alguém, *há violação de direito*, e não há um ato humano (exceto o ato, lícito, de colocar o vaso na janela), mas verdadeiramente um fato. Já se aludiu à confusão que este tipo de situação causou na doutrina, mas passemos à solução. Como se adiantou, é certo que o *dever de reparar* tem de ser imposto a alguma *pessoa*. E é aí que entra em cena o que Pontes de Miranda denomina *transsubjetividade da Responsabilidade Civil*. Inicialmente, o autor alude à responsabilidade pelo *fato*: “a noção de responsabilidade chegou nos tempos de hoje, onde a civilização atingiu os seus pontos mais altos, a reputar o homem responsável pelo fato, se esse é contrário a direito. Existem, pois, fatos ilícitos e atos-fatos ilícitos”.²²² Depois, porém, pela referibilidade a alguma pessoa, acaba falando em *ato*:

Pode ser expresso como fato (“ato”) jurídico ilícito, porém, *systematicamente*, a nenhum ato alude: a forma a que se ascendeu, com a civilização, é a de contrariedade transsubjetiva a direito, mais próxima da contrariedade objetiva do que da subjetiva, ou a da contrariedade objetiva. O “ato”, entre parênteses, pode não ter existido.²²³

Como se vê, em diversos casos não há total objetividade. No atual art. 937, por exemplo, fica clara a relevância da conduta humana: o dono do edifício responde pelos danos decorrentes da ruína *se esta provier da falta de reparos* (omissão humana), *cujas necessidade fosse manifesta*. Quanto ao Código Civil de 1916 também era muito claro o exemplo da responsabilidade pelo fato do animal, pois era possível provar:

Alguma das insuficiências do suporte fático (art. 1.527, I-IV: guardava-o e vigiava-o com o cuidado preciso, o animal fora provocado por outro, houve

²²¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, LIII, p. 7. Também: “noutros povos, o que vemos, frequentemente, é a responsabilização das coisas, das plantas, dos animais, fato que a psicologia individual nos aponta na criança”.

²²² *Ibid.*, II, p. 193.

²²³ *Ibid.*, II, p. 198.

imprudência do ofendido, ou o dano resultou de caso fortuito ou força maior), o Código Civil reputa contrário a direito o fato, transubjetivamente: põe-no entre as obrigações por atos ilícitos, não consegue apagar a ligação ao sujeito, portanto não exige culpa, porém também não responsabiliza pela só contrariedade objetiva a direito.²²⁴

Portanto, o que o grande jurista brasileiro chama de *transubjetividade da responsabilidade civil* é uma responsabilidade pelo fato, mas que não deixa de fora alguma referência a um sujeito; até porque a responsabilidade precisa ser imputada a alguém. Enfim, como se vê, Pontes de Miranda não é muito claro quanto à admissão dos puros fatos (objetivos) indenizativos, pois há frequentemente algum elemento subjetivo. Não teve dúvida, porém, quando inseriu os fatos jurídicos ilícitos na classificação dos fatos jurídicos em geral – incluindo aí os casos de responsabilização em situação de força maior ou caso fortuito.²²⁵

Também Marcos Bernardes de Mello não teve dúvida em fazer o mesmo: “conforme vimos, há casos em que a ilicitude resulta de simples fato da natureza, como acontece sempre que alguém responde pelo caso fortuito ou força maior. Em geral, a doutrina nega a existência de fato *stricto sensu* ilícito”.²²⁶ Por fim, quanto à crítica de que as normas não podem *prescrever* buscando alterar eventos naturais, responde Bernardes de Mello:

O fato, em si, é indiferente às normas jurídicas, mas, se dele decorrem interferências na esfera jurídica de alguém, o direito o toma tal qual acontece e determina qual o comportamento que as pessoas por ele afetadas devem adotar. Assim, como o fato jurídico *stricto sensu* (lícito) atribui direitos às pessoas a ele vinculadas, o fato *stricto sensu* ilícito tem o efeito de criar obrigações a quem esteja a ele ligado como imputável.²²⁷

Enfim, com tudo isso se espera ter apontado razões suficientes para a aceitação desta categoria, dos fatos jurídicos *stricto sensu* ilícitos. Quando se vê a ilicitude como *violação a direito*, pode-se entender que um evento viole direito, por mais que as consequências de tal violação tenham de ser atribuídas a algum sujeito. Passa-se, assim, à próxima espécie de fato jurídico ilícito *lato sensu*, o ato-fato jurídico ilícito. Depois, quanto aos atos jurídicos ilícitos, não será necessário dizer muito, cabendo apenas rejeitar uma ou

²²⁴ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, p. 197. No trecho citado, o autor alude à desnecessidade de culpa; o artigo faz certa referência à culpa quando trata da *guarda cuidadosa*, do *cuidado*, mas o tratadista explica que *pode ocorrer* a ausência de culpa: basta que o dono do animal *não possa provar* que teve todo o cuidado exigível, o que não era incomum.

²²⁵ *Ibid.*, II, p. 186. Também na p. 193: “sempre que alguém responde pela força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito; com ele, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano”. Contrariamente, na p. 265, alude à possibilidade de ato-fato ilícito no responder por *caso fortuito/força maior*.

²²⁶ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 239.

²²⁷ *Ibid.*, p. 239-240.

outra ideia que se entende incorreta, como a ideia de “negócio jurídico ilícito”. Também será possível tratar brevemente da definição legal do art. 186 (CC/02).

(C) Atos-fatos jurídicos ilícitos

Depois de defender o *extremo*, acima, fica mais fácil defender o *moderado*. Também pode haver ato-fato ilícito, ou seja, casos de conduta humana, ilícita, mas que é tomada como fato, com ablação da vontade. “Quando alguém faz mau uso de sua propriedade e causa dano a terceiro, há um ato-fato ilícito; não importa a vontade de prejudicar, mas o simples fato do prejuízo (ou ameaça) à segurança”.²²⁸ Mas o exemplo mais ilustrativo é o do Ato Infracional previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90, art. 103 e CR/88, art. 228). Seguimos novamente as lições de Marcos Bernardes de Mello:

A circunstância de ser atribuível a todos os inimputáveis, por motivo de idade (crianças e adolescentes), a condição de sujeito ativo do ato infracional conduz, necessariamente, a que se tenha de desconsiderar qualquer dado volitivo (= dolo, culpa, negligência, imprudência ou imperícia) como elemento de seu suporte fático. [...] A denominação de *ato*, por outro lado, não implica haja exigência ou reconhecimento de que se trate de conduta, necessariamente, volitiva. Em todo ato-fato há conduta; porém, a lei a recebe como avolitiva.²²⁹

Neste ponto, frise-se, o que se está a analisar é o ato-fato *ilícito*: “o ato praticado em estado de necessidade é ato-fato; não, porém, ato-fato ilícito (não é contrário a direito)”.²³⁰ Ora, o caso é de expressa pré-exclusão da ilicitude (art. 188, II); logo, se há dever de indenizar, o caso será de ato-fato, lícito, indenizativo.²³¹ Já “os atos dos loucos e outros absolutamente incapazes, quando obrigam a indenizar, são atos-fatos ilícitos (cf. Código suíço das Obrigações, art. 54; Código Civil alemão, §829). A condenação pelo mau uso da propriedade é ato-fato ilícito”.²³² E há outros exemplos.²³³

(D) Atos jurídicos ilícitos

²²⁸ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 241.

²²⁹ *Ibid.*, p. 241-242.

²³⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, p. 193.

²³¹ Sobre a categoria, MELLO, *op. cit.*, p. 135 e seguintes.

²³² PONTES DE MIRANDA, *loc. cit.*

²³³ MELLO, *op. cit.*, p. 241, menciona que “na gestão de negócio *iniciada contra a vontade* manifesta ou presumível do proprietário (Código Civil, art. 862) há também ato-fato ilícito”.

Não há problemas quanto à simples aceitação da categoria dos “atos ilícitos”, como ocorre nos casos de fatos *stricto sensu* ilícitos ou atos-fatos ilícitos, sendo necessário apenas tratar de duas situações problemáticas. A primeira delas diz respeito ao art. 186, que parece trazer uma definição de ato ilícito, em que será necessário distinguir o *elemento do suporte fático* da “contrariedade a direito”, do fato jurídico que é o “ato ilícito” (que já recebeu a incidência da norma por ter suporte fático suficiente). A segunda questão que terá de ser abordada é a dos “negócios jurídicos ilícitos”, categoria entendemos não existir. Como se verá, o caso de *ilicitude do objeto* (falta do *elemento* ou *requisito* da “licitude do objeto”) é apenas caso de invalidade: há negócio jurídico (espécie de fato jurídico lícito) que é nulo.

Começando então pelo artigo 186 do CC/02: a primeira coisa que se tem de ressaltar é que, enquanto o art. 159 do Código Civil de 1916 determinava que, quem viola direito, culposamente, e causa dano, “deve repará-lo”, a atual codificação alterou a parte final para “comete ato ilícito”.²³⁴ Assim, a *contrariedade a direito* (não se dirá, aqui, *ilicitude*, o que terá de ser avaliado a seguir), a *culpa* e o *dano*, aparecem como “pressupostos do ato ilícito”, não como “pressupostos da responsabilidade civil”, do *dever de reparar*. Acontece que é muito comum que a doutrina fale em “ilicitude” como a simples violação de direitos, “contrariedade a direito”; esta é, mesmo, a característica *diferenciadora* dos atos ilícitos, é a *violação de direito* que os destaca dentre os fatos jurídicos.

Assim, se a *differentia specifica* dos atos ilícitos é justamente a *contrariedade a direito*, talvez fosse possível definir o *ato ilícito* como a conduta humana violadora de direito, até porque pode mesmo haver ato ilícito sem que haja culpa. Por tudo o que se sustentou acima, com a ideia de que os fatos jurídicos são realidades, fatos, qualificados pela incidência da norma, é fácil notar que esta *qualificação*, “ilícito”, só pode decorrer do *desvalor* normativo; logo, só pode haver algum fato ilícito *depois* da incidência da norma, que insere este fato no Mundo Jurídico. E em geral, a simples *contrariedade a direito*, sem culpa, não faz suficiente o suporte fático: não ocorrerá a incidência e, portanto, não *existirá* fato jurídico.

Mas pode ocorrer que *exista* um ato ilícito sem culpa, como nos casos de responsabilidade objetiva. A lei faz ablação do elemento *culpa*, sendo suficiente o suporte fático com a *contrariedade a direito* e o *dano*. É mais difícil pensar em caso de ato ilícito que não cause dano, mas pode ocorrer, como em algum caso de abuso de direito (art. 187) ou em caso de violação de direito da coletividade dos consumidores (há violação de direito

²³⁴ O Código Civil Português, art. 483, e o Italiano, art. 2.043, têm redação semelhante à do CC/16.

coletivo, transindividual, não subjetivado), sem que chegue a haver dano (caso em que o *preceito*, a *consequência jurídica*, não será um “dever de reparar”). Como se vê, a simples definição do *ato ilícito* como *violar direito, com culpa, causando dano* não seria correta. Ocorre que no art. 186 não há *definição doutrinária* de um gênero, mas a *descrição de um suporte fático*.

Dizer-se que quem viola direito, culposamente, e causa dano, deve reparar o dano (art. 186 c/c art. 927) não exclui outros casos de reparação, sem culpa, ou mesmo sem ilicitude (caso em que não haverá *ato ilícito*, obviamente, mas fato jurídico *lícito* indenizativo). Nos casos de responsabilidade pelo risco, em geral, há violação de direito, mas se faz ablação da culpa; também nos casos em que há relação de consumo; mas como há violação de direito, o fato jurídico em questão é ilícito. Assim, nota-se que a codificação brasileira apenas criou no art. 186 uma *regra geral*: (1) em geral, se há contrariedade a direito, culpa e dano, há dever de reparar; (2) em especial, são previstos atos, também *ilícitos*, sem a culpa ou sem o dano, com a *prescrição* de consequências jurídicas; (3) por fim, a lei pode prever casos em que há dever de reparar sem ilicitude.

Como há, indubitavelmente, mais atos ilícitos do que aqueles que se encaixam na previsão do art. 186, a doutrina tem chamado este ato ilícito “completo”, com todos os elementos (contrariedade a direito, culpa, dano) de ato ilícito *stricto sensu*,²³⁵ espécie de ato ilícito *lato sensu*, em que também se encaixam outras espécies, como os casos em que se prevê dever de reparar com violação a direito, mas sem culpa. Não se pode confundir com a classificação de Pontes de Miranda e, talvez, também de Bernardes de Mello e Orlando Gomes, de ilícito *lato sensu* e *stricto sensu*: tais autores falam em ato ilícito *stricto sensu* como o *delito*, o ato ilícito *absoluto* (violação de direito absoluto), sendo que o ilícito relativo é ato ilícito *lato sensu*,²³⁶ ou seja, falam em ato ilícito em sentido estrito ou amplo, respectivamente, para os ilícitos absoluto e relativo.

²³⁵ Como THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. III, tomo 2, p. 18; CAVALIERI FILHO, **Programa...**, *cit.*, p. 11-12.

²³⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, p. 255; MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 247 e seguintes, mas na nota 231-A esclarece: “dizíamos que ato ilícito *stricto sensu* e *delito* eram expressões sinônimas, seguindo a terminologia ponteana. Pesquisas feitas depois nos levaram a concluir que delito é gênero de que o ato ilícito *stricto sensu*, ou absoluto, é espécie” – ele considera a *violação a direito absoluto* e o *dano* essenciais ao ato ilícito *stricto sensu*, mas não a culpa (p. 248); já PONTES DE MIRANDA afirma que “pode haver delito ou, melhor, ato ilícito, sem dano, e pois sem que se possa reclamar a reparação” (**Das obrigações por atos ilícitos**. In. Paulo de Lacerda (org.). **Manual do Código Civil Brasileiro**. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927, 3ª Parte, tomo I, p. 87). ORLANDO GOMES (**Introdução...**, *cit.*, p. 517) indica que apenas o delito é “ato ilícito em sentido próprio”, porque “se alguém não paga uma dívida, prejudicando, portanto, o credor, não pratica ato ilícito propriamente dito” (em *sentido estrito*, ato ilícito seria apenas o violador de direito absoluto). Mas reconhece que há outras “condutas ilícitas do indivíduo”, onde há, também, ilicitude (logo, *lato sensu*).

Como se vê, pode haver *fato ilícito* fora dos casos do art. 186, e definir doutrinariamente o ato ilícito como aquele em que há “contrariedade a direito, culpa e dano” deixaria de fora diversas espécies de fato ilícito. Mas não se pode, com isso, concluir que o art. 186 esteja *errado*, porque ele não traz uma definição: a nossa lei *prevê*, aí, *suporte fático*, e *prescreve* o dever de reparar o dano.²³⁷ E em caso de aparente violação de direito absoluto, sem culpa, quando não há previsão específica de reparação com ablação da culpa, não haverá dever de reparar, como também não haverá ato ilícito. É que nos fatos jurídicos ilícitos, não pode haver *deficiência do suporte fático*, sendo que a falta de qualquer elemento leva à não incidência (inexistência) e, portanto, o ato não se qualifica como ilícito.

Esta, pelo menos, é a posição de Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda: defendem que ou o ato ilícito *existe e produz seus efeitos*, ou *não existe*, ou seja, defendem que a produção de efeitos é essencial para que haja ato ilícito. Pontes de Miranda entende que “o conceito de contrariedade a direito somente não é totalmente coextensivo a ilicitude, porque os sistemas jurídicos deixam que fiquem sem consequências contra o agente certos atos contrários a direito”.²³⁸ Logo, quando não há *consequência*, não há ilicitude, embora haja contrariedade a direito. O autor é ainda mais claro em outro local: “o direito, a respeito de fatos jurídicos não negociais, só se interessa por e só dá entrada a suportes fáticos *completos*, ainda quando de formação sucessiva. [...] O ato ilícito exige suporte fático completo”.²³⁹

E Marcos Bernardes de Mello ensina:

Fato jurídico que não se destinasse à eficácia jurídica seria mera entidade lógica, sem qualquer relação com a realidade social a que se refere, portanto, algo absolutamente inútil. [...] Realmente, o ato jurídico *lato sensu*, em especial os negócios jurídicos, ao ingressar no mundo jurídico, pode não estar apto a produzir desde logo sua eficácia específica completa ou sofrer de defeito que o impeça de produzi-la. [...] A menção feita, especificamente, a ato jurídico, funda-se na circunstância de que os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos jurídicos lícitos, bem assim os fatos jurídicos ilícitos *lato sensu*, jamais serão ineficazes, nem podem ter seus efeitos sob pendência.²⁴⁰

²³⁷ Como notou Bernardes de Mello, ao afirmar: “é importante ressaltar que a norma do art. 186 não se refere à ilicitude como gênero, mas, na verdade, *define uma espécie de ato ilícito*, o ato ilícito *stricto sensu*, também chamado *delito* ou *ato ilícito absoluto*” (MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 237); comparar, porém, com a nota 236, acima.

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, §28, 2.

²³⁹ *Ibid.*, I, §32, 1 e 2. E no tomo II, §162, 1: “quando o fato contrário a direito acontece *e alguém responde por ele*, há ilicitude” [sem o itálico no original].

²⁴⁰ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 85-86 e nota 143. Em **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 91, quanto aos casos de *deficiência*: “A questão da eficiência do suporte fático tem sua repercussão, apenas, no trato de fatos jurídicos em que a vontade relevante é elemento cerne do suporte fático (atos jurídicos). [...] Por isso é que (a) nem os fatos jurídicos *stricto sensu* (em cujo suporte fático não há ato humano), (b) nem os atos-fatos jurídicos (em que a vontade em praticar o ato ou não existe ou é irrelevante), (c) nem os fatos ilícitos em geral, estão sujeitos a invalidades”.

Assim, ou a norma incide e qualifica aquele suporte fático como *fato jurídico ilícito*, ou não chega a incidir. A ideia de *total ineficácia* não deve ser aceita sem certo *mal-estar* no Direito, porque o Direito não é terreno de puras abstrações. Querer-se qualificar algo como *ilícito*, apenas como reprovação, sem qualquer efeito, pareceria pura ideologia, abstração destituída de função. A norma apenas qualificaria um fato, sem nada prescrever. Nos atos jurídicos, quando há ineficácia, ela costuma ter caráter sancionatório, e nenhuma função tem o simples *desvalor* normativo de um ato sem nenhum efeito jurídico. Talvez seja por isso que Pontes de Miranda e Bernardes de Mello sustentam que nos ilícitos civis, ou há *suporte fático suficiente e eficiente*, com todos os elementos e a produção de seus efeitos próprios, ou não há sequer *suficiência*, de forma que a norma não incide.

Assim, seguindo a visão destes autores, não se pode dizer que há algum *equivoco* no art. 186. Apenas quando presentes todos os pressupostos ali previstos (incluindo-se a culpa), a norma incidirá, e só então será possível falar em *fato jurídico ilícito* (espécie ato ilícito *stricto sensu*). Há outros casos, previstos em lei, em que há ato ilícito sem culpa, mas a norma que incidirá será outra, não a que se extrai do art. 186. Tal artigo traz um caso mais geral, que se aplica na falta de outra previsão mais específica, e só será possível mesmo dizer que há *ato ilícito* (existência) quando estiverem presentes todos os elementos de seu suporte fático (contrariedade a direito, culpa, nexo de causalidade, dano). Não poderia haver *deficiência* do suporte fático porque os atos ilícitos saltam do plano da existência para o da eficácia, onde produzem seus efeitos (não podem ser *inválidos* nem *ineficazes*).

Diante do escopo do presente trabalho, a questão já recebeu aprofundamento suficiente. Não cabe ir adiante em tema tão confuso: autores como Pontes de Miranda e Bernardes de Mello continuarão sendo seguidos, na falta de elementos que indiquem que sua posição deva ser rejeitada. Afinal, a alteração que se analisou do art. 159 do CC/16 para o atual art. 186, parece ter coerência com a visão destes autores.

É de se evitar a confusão entre a “ilicitude” como elemento do suporte fático (= violação de direito), e *fato jurídico ilícito*, que só pode haver depois da incidência. Pontes de Miranda fala em *contrariedade a direito* para aludir a este elemento do suporte fático (portanto, *fato*, do mundo dos fatos), deixando a expressão *ilicitude* apenas para os casos em que já ocorreu a incidência.²⁴¹ Falou-se aqui em ilicitude “como violação a direito”, portanto, como elemento do suporte fático. Quando se falar em fato ilícito, a alusão é ao fato jurídico, que já recebeu a incidência, recebendo a qualificação negativa.

²⁴¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, II, §164, 2 (2012, p. 277).

Fala-se em “ilicitude”, porque o que é *essencial* aos fatos ilícitos, e lhes diferencia dos lícitos, é a contrariedade a direito. Note-se, por fim, que é neste sentido que muitos falam na “ilicitude” como *pressuposto* da responsabilidade civil: a ideia de *ato ilícito* nunca poderia indicar um simples *pressuposto*, porque este conceito já reúne todos os pressupostos, tanto que ocorreu a incidência. *Ato ilícito* é espécie de fato jurídico, ou seja, algo *que já entrou no Mundo Jurídico pela incidência*.

Para complicar ainda mais, será necessário diferenciar a *ilicitude, ou contrariedade a direito*, da *ilegalidade*, como algum desrespeito a norma jurídica *formal*, não necessariamente com violação a direito. Esta nova confusão está na base da segunda questão que nos propusemos a analisar quanto aos *atos ilícitos*: a ideia de “negócio jurídico ilícito” e sua rejeição. Passa-se, então, a esta segunda questão. Marcos Bernardes de Mello afirma:

Se fato jurídico se identifica pela análise dos elementos nucleares do seu suporte fático (o elemento *cerne* define o gênero e os elementos completantes, a espécie a que pertence o fato jurídico) e se a contrariedade a direito e a imputabilidade constituem o cerne da ilicitude e são, também, o fundamento da invalidade dos atos jurídicos, não é possível chegar a outra conclusão senão a de que o ato jurídico inválido é espécie integrante do gênero fato ilícito *lato sensu*.²⁴²

Assim, o autor chega a falar mesmo em *negócio jurídico ilícito*. Note-se, desde logo, que (1) o autor não enunciou “negócio jurídico ilícito” quando tratou dos fatos ilícitos, incluindo o negócio jurídico apenas como espécie de fato jurídico lícito; (2) a compreensão do que seja *contrariedade a direito* que se adotou acima não permite a afirmação de que *nos casos de invalidade há contrariedade a direito*, como defendeu Bernardes de Mello. Apenas a visão, que se rejeitou, de que “contrariedade a Direito” é contrariedade ao Direito Objetivo (com “D” maiúsculo), violação do “ordenamento jurídico”, poderia justificar a defesa de que, na falta de “objeto lícito”, há “violação a (D) direito”.

Ora, como se demonstrou reiteradas vezes, os fatos jurídicos tendem a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, sejam eles lícitos ou ilícitos. O *delito*, ato ilícito absoluto, costuma *criar* uma relação jurídica obrigacional; nada mais natural, já que fatos jurídicos criam, modificam ou extinguem relações jurídicas. Seguindo o raciocínio, o negócio jurídico nulo (“ilícito”) tenderia a... *ser nulo*? “Ser nulo” não é um dos típicos efeitos jurídicos; o nulo *não produz seus efeitos próprios*. Aliás, o que caracteriza os negócios jurídicos é justamente a *escolha, limitada, de efeitos jurídicos*, escolha que nunca poderia ocorrer em fatos ilícitos, como em um “negócio jurídico ilícito”.

²⁴² MELLO, Teoria... Existência (vol. 1), p. 254.

Pontes de Miranda, embora fale mesmo em “ilícito nulificante”, não insere o negócio jurídico como espécie de fato jurídico ilícito:

Os fatos jurídicos são: *a) fatos jurídicos stricto sensu; b) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos stricto sensu, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos stricto sensu são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; c) atos-fatos jurídicos; d) atos jurídicos stricto sensu; e) negócios jurídicos.*²⁴³

Como se vê, Pontes de Miranda insere os negócios jurídicos apenas dentre os fatos jurídicos lícitos.²⁴⁴ Parece-nos que o ilícito *caducificante* pode ser perfeitamente aceito, em classificação *pelos efeitos*, porque nada há de estranho em um fato jurídico que tem o efeito de extinguir um direito (o que pode significar a extinção ou apenas a modificação da relação jurídica integralmente considerada); mas não parece ter sentido a ideia de um “ilícito nulificante”, pelo menos não como espécie de fato jurídico ilícito, porque não cria, nem modifica, nem extingue absolutamente nada, apenas não produz seus efeitos próprios. Só é nulo; e ser nulo não é efeito, é só o não passar pelo plano da validade.

Neste sentido, pode-se citar lição do professor Antônio Junqueira de Azevedo, que não insere os casos de “ilicitude” do objeto como hipótese de “negócio ilícito”; porém, concordamos apenas parcialmente com suas lições:

Se houver um caso que seja de negócio ilícito, evidentemente, a licitude não poderá fazer parte de sua definição; seria ilógico que o negócio fosse lícito, por definição, e que, ao mesmo tempo, pudesse haver um negócio ilícito. Pois bem, *há casos de negócios ilícitos*. Evidentemente, ao empregarmos essa expressão, não queremos dizer os casos de negócios nulos, por terem objeto ilícito, ou outro defeito semelhante, mas, sim, queremos mesmo dizer negócios ilícitos, isto é, negócios que são *também* atos ilícitos, delitos, crimes. Muitos negócios são, simultaneamente, casos de crime.²⁴⁵

Como se vê, o autor também considerou que o caso de *ilicitude do objeto* (falta do elemento “licitude do objeto”) é apenas um caso de *nulidade*, que não faz do negócio jurídico – que é espécie de fato jurídico lícito – um ato ilícito, mas tão só um ato *nulo*. Porém, não se há de concordar com a ideia de que, quando um negócio jurídico é também um crime, o caso será de “negócio jurídico ilícito”, como sustenta Junqueira de Azevedo: consideramos não haver *nenhum caso de negócio jurídico ilícito*. Deve-se ter em conta que, muitas vezes, o

²⁴³ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, §159, 3, p. 184; indicando posição oposta no § 164, 1.

²⁴⁴ Em outro local (tomo II, p. 205), Pontes de Miranda ensinou: “o ilícito nulificante tem particularidade, que se pode observar no suporte fático como *défice*, posto que só se verifique *depois* da juridicização e *antes* (logicamente, pelo menos) de se irradiar a eficácia, - no plano da validade”. Falaremos, neste caso, de *ilegalidade*, não propriamente de *ilicitude*, sem se negar que a nulidade, aí, seja *sanção* pela ilegalidade.

²⁴⁵ AZEVEDO, **Negócio...**, *cit.*, p. 20.

mesmo fato está previsto no suporte fático de mais de uma norma, caso em que se formarão *dois fatos jurídicos*.

Segundo Pontes de Miranda, quando os fatos interessam ao mundo jurídico:

Entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam. Alguns entram duas ou mais vezes, de modo que a um fato do mundo correspondem dois ou mais fatos jurídicos. A razão disso está em que o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico: a morte de A abre a sucessão de A, dissolve a comunhão de bens entre A e B, dissolve a sociedade A & Companhia, exclui a A na lista de sócios do Jockey Club e de professor do Instituto de Biologia ou de membro do corpo diplomático.²⁴⁶

Deve-se ter em conta que aquilo que é *uno* do mundo dos fatos pode ser *plural* no mundo jurídico. No caso em que um negócio jurídico que tem objeto ilícito é também previsto em outra norma como crime, formam-se *dois fatos jurídicos*, um deles o crime (ato ilícito), o outro o negócio jurídico nulo. Aliás, quando o caso for, por exemplo, da troca de uma *droga* por *dinheiro*, que poderia parecer *contrato de compra e venda com objeto ilícito*, parece-nos que o caso será de inexistência, ou seja, haverá apenas um fato jurídico (o crime), não existindo negócio jurídico, no que concordamos com Bernardes de Mello:

Excepcionalmente, porém, a ilicitude do objeto afeta a própria existência do negócio jurídico, como ocorre nos casos de negócio proibido (por exemplo, contrato para matar, contrato para fornecimento de tóxico, contrato para a prática

²⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, §2º, 2 e também no §10; ENNECCERUS-NIPPERDEY. **Parte General**. In. ENNECERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. **Tratado de Derecho Civil**. Barcelona: Bosch, 1950, tomo 1, vol. 2, p. 6: “nada se opõe tampouco a que dos fatos jurídicos, derivados do mesmo fato natural [grifamos], produzam seus respectivos efeitos jurídicos (efeitos duplos)”; cf. também p. 375. VON TUHR, **Derecho Civil...**, cit., vol. 2, I, p. 14-15: “o mesmo fato pode ser objeto de diversas normas de direito privado. Estas podem se encontrar em relação de concorrência legislativa, de maneira que o fato unicamente seja regido pela mais especial. Mas pode ser também que ambas as disposições devam aplicar-se juntas”. E “o mesmo fato pode integrar diversos suportes fáticos [factum]; por exemplo, o fato de que uma coisa propriedade de A foi destruída por um animal. Se a este fato se agrega a circunstância de que B é detentor do animal, em virtude do art. 833 [do BGB] nasce um crédito por reparação a favor de A; se C assumiu a vigilância do animal e a exerceu mal, A adquire um crédito frente a C em virtude do art. 834; se A estava obrigado a entregar a coisa a um terceiro, de acordo com o art. 275 fica liberado desta obrigação”. VILANOVA indica que o mesmo “fato natural” pode receber a incidência de diversas normas, produzindo os efeitos previstos em todas elas; mas é de se notar que ele *distingue o fato natural* em toda sua riqueza e o *suporte fático* (**Causalidade...**, cit., p. 63 e p. 53 sobre a “esquematização típica sobre a multiplicidade heterogênea da realidade”); na pág. 46 reconhece que de cada incidência pode se formar *um fato jurídico diferente*, embora também fale em “fato jurídico com eficácia múltipla”. Concordamos com Pontes de Miranda. Em muitos casos haverá alguma diferença no *suporte fático*, ou seja, os elementos fáticos previstos nas normas serão ligeiramente diferentes, tomarão *parcelas* diferentes do fato real, que tem toda a sua riqueza de detalhes. No exemplo de VON TUHR, note-se a diferença da previsão “violar direito”, que cria dever de indenizar, e “perecimento sem culpa”, que libera o sujeito do dever de prestar. Como o que entra no mundo jurídico é apenas *o fato previsto, na medida em que previsto*, os fatos jurídicos serão efetivamente *diferentes*, ainda que o fato *concreto, real*, seja o mesmo (*coisa destruída por animal*). Quando um sujeito agride o outro, o que entra no mundo jurídico não é o fato com todos os seus detalhes, se houve um soco, ou um pontapé: o que entra é o “violar direito”, ainda que o *dano* também interesse para a determinação da *indenização*. Pode ocorrer que algum elemento mais específico esteja previsto no suporte fático do *crime* de lesão corporal, mas não esteja presente no *ato ilícito* civil.

de prostituição). O negócio proibido jamais existe como negócio jurídico, mesmo nulo, pois configura ato ilícito *stricto sensu* (= delito).²⁴⁷

Assim, o caso de negócio jurídico *proibido* não seria de *nulidade* – como na hipótese de objeto “ilícito” ou impossível –, mas de inexistência, ou seja, *não há negócio jurídico*. Por todo o exposto, nota-se que pode ocorrer que uma norma faça a previsão de um *acordo* como *contrato*, e que, simultaneamente, outra norma faça previsão daquele *acordo* como *ato ilícito*, ou até como *crime*. Neste caso, o mesmo *fato*, do mundo dos fatos, foi qualificado pela norma penal e pela norma civil, havendo mais de uma norma, mais de uma incidência, e a formação de mais de um fato jurídico.

Em resumo, assume-se no presente trabalho a seguinte posição quanto aos fatos ilícitos: (1) os fatos jurídicos ilícitos se dividem, conforme o suporte fático, em fatos *stricto sensu* ilícitos, atos-fatos ilícitos, e atos ilícitos *lato sensu*; (2) por ato ilícito *lato sensu*, faz-se referência tanto aos atos ilícitos *stricto sensu*, aqueles que se encaixam na previsão do art. 186, como também aos que não se encaixam, e que possuem o elemento *contrariedade a direito* no suporte fático; (3) quando se pretender diferenciar os casos de violação de direito absoluto ou relativo, serão utilizadas as expressões *delito ou ato ilícito absoluto*, e *ilícito relativo*; (4) por fim, não se falará em “negócio jurídico ilícito”, mas em *ilegalidade do objeto, deficiência do suporte fático*, porque o ordenamento jurídico *veda* aquele objeto sem que haja propriamente “ato ilícito” ou “contrariedade a direito”, havendo apenas a violação de um “preceito formal” sancionada com a nulidade.

A ideia de se falar em *ilegalidade*, não em *ilicitude*, foi extraída de Emílio Betti, que ensinava:

O direito pode subordinar a relevância à observância de certos limites e ao cumprimento de determinados ônus. A inobservância desses limites e ônus, dá lugar à figura do negócio ilegal, quer dizer, não conforme ao tipo legal do negócio que procura reproduzir. Precisamente por esta deficiência, o negócio ilegal é, quanto ao seu tratamento jurídico, um negócio inidôneo, no todo ou em parte, para realizar todos os efeitos que acompanham o tipo legal.²⁴⁸

Depois, Betti ainda completa que “a apreciação da ilicitude do negócio não deve confundir-se com a da ilegalidade, nem com a da irrelevância jurídica”,²⁴⁹ de forma

²⁴⁷ MELLO, Teoria... Existência (vol. 1), p. 92.

²⁴⁸ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, vol. 1, p. 223; e em outra obra cita entre as normas que não visam *prescrever, propriamente, efeitos jurídicos*, aquelas sobre “ilegalidade ou invalidade” (**Diritto Romano I: Parte Generale**. Padova: CEDAM, 1935, p. 70).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 223-224. A visão do professor Antônio Junqueira de Azevedo dos negócios jurídicos ilícitos é essa de Betti, que ensina ainda que: “A diferença, porém, radica-se na natureza da apreciação ou valoração, a qual, no caso de ilicitude é negativa (de reprovação), no caso de ilegalidade é limitativa (de não conformidade) e no caso de irrelevância é suspensiva, e, portanto, de abstenção de qualquer valoração normativa (atitude de indiferença)” (p. 224).

semelhante à de Junqueira de Azevedo. Heinrich Lehmann parece ter visão parecida: “só pode ser antijurídica a violação de uma ordem ou proibição legal, mas não, por exemplo, a violação de um preceito formal (§ 313)”.²⁵⁰ À época em que escreveu Lehmann, muito antes da reforma alemã do Direito das Obrigações, o § 313 do BGB estabelecia *forma solene* para os casos de venda de bem imóvel.²⁵¹ Defendeu-se aqui que deve haver *violação a direito ou dever*, o que não se faz presente no caso que Lehmann chama de “preceito formal”.

Enfim, parece perfeita a síntese que fazia Ludwig Enneccerus, quanto aos efeitos dos ilícitos: (1) quanto aos *delitos*, surge relação jurídica obrigacional, com *dever de indenizar*; (2) no caso dos *ilícitos relativos* (“infração de obrigações pessoais ou outras pretensões”), “as pretensões já existentes se modificam em desvantagem do infrator, e especialmente se transformam em deveres de indenizar”; (3) e ainda pode haver o efeito da *caducidade*, quando “se perde um direito como consequência de um ato ilícito”, como no caso em que “se perde o direito ao pátrio poder como consequência por incorrer em certos delitos”.²⁵² Aí os ilícitos absolutos, relativos e caducificantes, tendo os dois últimos grande importância no presente trabalho.

Parece que, assim, ficam devidamente explicadas as ideias que servirão de base, quanto aos fatos ilícitos, para o estudo das modificações das obrigações. Como se verá, é muito diferente o caso de um contrato *nulo*, que não produz seus efeitos próprios (não chega a criar a relação obrigacional que as partes pretendiam criar), daquele da violação de um direito relativo, como no caso da mora, que leva a uma *modificação* da relação jurídica obrigacional. Assim, foram aceitas as ideias de *fato*, *ato-fato* e *ato* ilícitos, todos considerados espécies da categoria “fato jurídico”, e todos tendentes à produção de efeitos jurídicos como a *criação*, a *modificação* e a *extinção* de relações jurídicas.

2.4. Ainda os fatos jurídicos: breves conclusões e passagem à eficácia.

Analisadas, assim, as espécies de fatos jurídicos, divididas segundo a *conformidade* ou *contrariedade a direito*, bem como segundo os *elementos do suporte fático*, sobretudo quanto à relevância ou irrelevância da manifestação de vontade, pode-se passar a uma análise conclusiva. Quando se forneceu uma ideia mais geral da tripartição de planos, ainda não

²⁵⁰ LEHMANN, **Parte General**..., *cit.*, p. 486.

²⁵¹ Pode-se conferir a tradução para o português de SOUZA DINIZ (**Código Civil Alemão**. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 65), anterior à reforma do Direito das Obrigações.

²⁵² Todas as passagens em ENNECCERUS-NIPPERDEY, **Parte general**..., *cit.*, p. 14-15.

havia sido analisadas as *espécies* de fato jurídico: agora é possível verificar *quais* espécies de fato jurídico passam pelos planos da existência, validade e eficácia.

Já se aludiu, na análise das espécies, às principais questões: a de que apenas os atos jurídicos lícitos *lato sensu* passam pelo plano da validade, como também apenas eles podem ser *ineficazes*. O professor Antônio Junqueira de Azevedo parece entender que *só os negócios jurídicos passam pelo plano da validade*: “aos atos não negociais não se aplica a ideia de válido ou nulo”.²⁵³ Porém, ensina Marcos Bernardes de Mello:

Em geral, a doutrina costuma estudar os problemas relativos à validade restringindo-os aos negócios jurídicos. Mas, neste estudo sistemático que desenvolvemos sobre as vicissitudes por que passam os fatos jurídicos no plano da validade, parece-nos imprescindível que sejam abrangidas todas as espécies possíveis de atos jurídicos que possam ser afetados pela sanção da invalidade. E nessa situação estão todos os atos e negócios jurídicos, em todas as áreas do direito. Não são apenas os negócios jurídicos que podem ser válidos ou inválidos, mas também os atos jurídicos *stricto sensu* e aqueles outros, especiais, como os atos normativos.²⁵⁴

No mesmo sentido, ensina Pontes de Miranda: “a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não-válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*”.²⁵⁵ Não se poderia duvidar que os atos jurídicos *stricto sensu* passam pelo plano da validade, pois se exige *capacidade* para sua prática e, em caso, por exemplo, de coação, pode ocorrer a anulação:²⁵⁶ pense-se na *escolha coagida*, em caso de obrigação alternativa.²⁵⁷

Feita esta análise conclusiva, pode-se passar a um estudo mais detido do plano da eficácia. Note-se que o presente trabalho trata justamente da *conexão* entre existência (fato jurídico) e eficácia (relação jurídica), pois trata do *efeito modificativo* do fato jurídico na relação jurídica obrigacional. Assim, foi essencial toda esta análise dos fatos jurídicos neste Capítulo Primeiro, como será imprescindível uma análise mais detida da relação jurídica

²⁵³ AZEVEDO, **Negócio...**, *cit.*, p. 20; e ele define os *negócios jurídicos* pelo fato de o *ordenamento atribuir os efeitos designados como queridos*, o que não ocorre no ato jurídico em sentido estrito, mas apenas nos negócios jurídicos (p. 16-17). Faz-se tal esclarecimento pois há autores que parecem ver o negócio jurídico como *gênero*, como todo o fato jurídico em que há “declaração de vontade”, aproximando-se do que chamamos aqui de ato jurídico *lato sensu*: não apenas a espécie de ato jurídico que se destaca pela *escolha, limitada, de efeitos* ou de *categorias eficáciais*.

²⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 7. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-4; sobre os “atos normativos” e a ideia de “fatos jurídicos introdutórios de normas”, *cf.* VILANOVA, **Causalidade...**, *cit.*, p. 56.

²⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, IV, § 356, 1.

²⁵⁶ *Ibid.*, IV, § 461, 1.

²⁵⁷ MASSIMO BIANCA, **Diritto Civile: L'obbligazione**, tomo IV. Milano: Giuffrè, 2011, p. 130, afirma que a escolha “é suscetível de impugnação se viciada a vontade”, mas o autor acredita que o caso é de negócio jurídico unilateral (p. 129), não ato jurídico *stricto sensu*, como Bernardes de Mello (**Teoria... Existência** (vol. 1), p. 164 e p. 203); ENNECCERUS-LEHMANN só ensinam que se trata de “declaração de vontade” (**Derecho de Obligaciones**, in. ENNECCERUS; KIPP; WOLFF; **Tratado...**, *cit.*, tomo II, vol. 1, p. 106).

obrigacional no Capítulo Segundo, *infra*. Antes, ainda nesta primeira parte do trabalho, será necessário tratar das relações jurídicas em geral (não, ainda, da *espécie* relação jurídica obrigacional), e do plano da eficácia em geral.

3. O plano da eficácia: relação jurídica e situação jurídica.

Se o presente trabalho diz respeito às modificações das relações jurídicas obrigacionais, será necessário estudar as relações jurídicas em geral. Ficariam elas apenas no plano da eficácia? A primeira coisa que se terá de analisar é: (a) se as relações jurídicas sempre se situam no plano da eficácia, ou seja, são sempre *efeito* de algum fato jurídico; e (b) se no plano da eficácia há sempre relações jurídicas ou se, ao contrário, há *efeitos jurídicos* que não se encaixam propriamente nesta categoria, “relação jurídica”.

Depois, como se pretende estudar o *efeito* de modificação da relação obrigacional, será necessário fazer um breve estudo das teorias acerca da *aquisição, transmissão e perda dos direitos e deveres*, comparando-as com as ideias de *criação, modificação e extinção* das relações jurídicas. Só com este estudo mais detido poder-se-á analisar as diferentes *espécies* de efeitos jurídicos. Completando-se este estudo das *relações jurídicas* em geral, e do *plano da eficácia* em geral, será possível passar ao Capítulo Segundo do trabalho, onde será analisada a *relação jurídica obrigacional*, em especial.

3.1. Relações jurídicas *apenas* no plano da eficácia? A relação jurídica fundamental.

Quando Pothier tratou das “Fontes” das Obrigações, disse tratar das “causas” delas. Assim, dizia que um contrato *causa* a obrigação: e se o contrato ou o ato ilícito *causam* a obrigação, pode-se dizer que a *obrigação* é um *efeito* do contrato, ou do ato ilícito. R. J. Pothier apontava como *causas* das obrigações os contratos, os quase contratos, os delitos e os quase delitos.²⁵⁸ Já nesta época, portanto, a doutrina começou a trabalhar com a ideia de *causalidade jurídica*, pela qual fatos jurídicos *causam* efeitos jurídicos. É aos “efeitos

²⁵⁸ POTHIER, R. J. (Mr.). **Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas**. Trad. Correa Telles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906, tomo I, p. 76-78, n. 113. Trataremos do problema das “fontes” das obrigações do Capítulo Segundo do presente trabalho.

jurídicos” que se alude quando se fala em “plano da eficácia”: é o plano dos efeitos jurídicos, ou seja, dos direitos e deveres, pretensões, obrigações, direitos potestativos, etc.

Não há dúvida de que a ideia de *causa* e *efeito* foi tomada por empréstimo das ciências naturais, muitas vezes com algum *naturalismo*, como em certas fases do positivismo jurídico.²⁵⁹ Deve-se ter cuidado ao tratar da *causalidade* no Direito, para diferenciar a *causalidade natural* ou *física*, que muitas vezes *interessa* ao Direito (como no Direito Penal, ou na Responsabilidade Civil, quanto ao *nexo de causalidade*)²⁶⁰ e a chamada *causalidade jurídica*: “a causalidade que o sistema jurídico estabelece, a *causalidade intra-sistêmica*, é uma relação deonticamente firmada: a eficácia (efeito) não segue sempre o fato jurídico; mas, dentro do sistema, dado o fato jurídico, *deve ser* o seu efeito”.²⁶¹

Assim, se a norma jurídica se compõe de suporte fático (previsão de um fato) e preceito (prescrição de efeitos jurídicos), vê-se que o efeito se encontra *deonticamente* ligado ao fato, pela norma (ocorrendo certa situação fática, as pessoas devem agir de determinada maneira). Karl Engisch, em sua *Introdução ao pensamento jurídico*, já ensinava o seguinte: “Que devemos entender por ‘efeitos jurídicos’? Já tomamos conhecimento de alguns de entre eles: o direito de usar um certo nome, o direito e a obrigação de exercer o poder paternal, o direito a alimentos e o direito de sucessão. Em qualquer caso, *direitos e deveres*”.²⁶² Quando se diz que uma relação jurídica, ou que direitos e deveres, são efeitos, o que se quer dizer é que eles foram “criados”, ou “causados”, por fatos jurídicos.

Já se demonstrou reiteradas vezes que apenas os fatos jurídicos geram efeitos jurídicos. Assim, a norma prevê um fato (suporte fático) e prescreve um efeito, como um direito ou um dever; com a ocorrência do fato previsto, sobre ele cairá/ incidirá a norma, promovendo sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico é que produz os efeitos

²⁵⁹ Quanto ao positivismo sociológico-empírico, afirmou KAUFMANN: “a sociologia jurídica daquele tempo, isto é, sensivelmente até a metade do nosso século [séc. XX], julgava-se a verdadeira ‘ciência’ do direito, por proceder empiricamente, ou seja, à maneira das ciências da natureza” (*Introdução...*, cit., p. 177).

²⁶⁰ VILANOVA, *Causalidade...*, cit., p. 61: “A causalidade natural pode ser componente do suporte fático. Assim, para que a sanção penal *deva ser* aplicada, o sistema jurídico requer que o sujeito A seja a causa do dano”. E “enquanto na causalidade natural a relação entre o fator causal C e o fator efetual E é necessária, ou pelo menos probabilitária, na causalidade jurídica é deontica” (p. 64).

²⁶¹ *Ibid.*, p. 60-61, e na p. 81: “a causalidade natural é *descritiva* do acontecer fático. A causalidade jurídica é *prescritiva*. Nessa prescritividade reside sua forma *a priori* de antepor-se aos fatos. *Não registra como se dá a relação constante entre fatos, mas estatui como deve ser: deve ser a relação entre C e E*”. O efeito pode não ser: a doutrina costuma dizer que *o nulo não produz efeitos*, de forma que poderia haver um fato jurídico (existência) que não chega a *causar*, a criar os direitos e deveres, a relação jurídica, que visava criar. A imprecisão em se dizer que “o nulo não produz efeitos” será analisada no tópico seguinte, quanto à teoria dos efeitos mínimos.

²⁶² ENGISCH, *Introdução...*, cit., p. 29-30.

prescritos, como a criação de uma relação jurídica: e isso porque a norma jurídica ligou tal efeito, deonticamente, à ocorrência do fato.

Assim, pode-se dizer que um direito de crédito é efeito de um contrato. Isto é, o *efeito jurídico* do contrato foi a *criação do direito de crédito e do dever a ele correspondente*, ou seja, a criação de uma relação jurídica obrigacional.²⁶³ A rigor, porém, os efeitos jurídicos não consistem sempre na *criação* de algo: pode ocorrer a *criação, a modificação ou a extinção* de relações jurídicas, de “direitos e deveres”. Neste sentido, como se vê, a relação jurídica está sempre no plano da eficácia: ela é *criada*, vai sofrendo *modificações* e é *extinta*, sempre por algum fato jurídico. Assim, diríamos, com maior precisão que Karl Engisch, que efeitos jurídicos são a *criação, modificação ou extinção de relações jurídicas* (não, simplesmente, que efeitos jurídicos “são relações jurídicas”).²⁶⁴

Porém, nem toda a doutrina reconhece relações jurídicas apenas no plano da eficácia; aliás, parece possível dizer que a *maioria* não procede à *redução de toda a relação jurídica ao plano da eficácia*. Certo é, por outro lado, que boa parte dos civilistas parece nem refletir sobre a questão: fala-se, sem muita precisão, que o contrato é uma relação jurídica, ou que há uma obrigação no contrato,²⁶⁵ ou ainda que a relação jurídica cria direitos e deveres, ou que eles decorrem dela.²⁶⁶ Parece-nos que isso só gera confusão. Para exemplificar, cite-se lição confusa de Orlando Gomes, quanto ao *significado do contrato*:

Será, para alguns, o acordo de vontades necessário ao nascimento da relação jurídica obrigacional; para outros, a própria relação. [...] O vínculo obrigacional, assim contraído, perdura, produzindo efeitos. Pretende-se que o contrato seja, tão-somente, o acordo que o ata. [...] A relação se distinguiria do contrato propriamente dito. Para outros a relação é a situação das partes imediatamente após a perfeição e acabamento do contrato. Conquanto se tenha manifestado tendência para dissociar o contrato da relação, principalmente para possibilitar a sobrevivência desta ao esgotamento, no tempo, da força vinculante daquele, a

²⁶³ Cf. nota 400, *infra* (Capítulo Segundo), de Oliveira Ascensão.

²⁶⁴ No próximo tópico caberá investigar outra coisa: efeitos jurídicos são *sempre* relações jurídicas, ou seja, sempre haverá *criação, modificação ou extinção* de relações jurídicas? Ou pode haver outra figura, que não se encaixa na ideia de relação jurídica, que levaria o nome de “situação jurídica”?

²⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7; ALPA, Guido. **Manuale di Diritto Privato**. 6. Ed. Padova: CEDAM, 2009, p. 136: “o conceito mais abstrato e onicompreensivo de toda a *fattispecie* que tenha relevância jurídica [...] é a relação jurídica”; CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 3. Ed., 1951, p. 253, fala que os elementos compreendem os modos de ser “do ato em si, isolado, assim, da relação jurídica, que nele se desenvolve [...]”; pode-se citar também o art. 184 do CC/02 que fala em “invalidade da obrigação principal”. GINO GORLA falou em *contrato obrigatório*, e no contrato como *acordo que gera obrigações*, como se o efeito lhe fosse essencial, ignorando os casos de *invalidade e ineficácia* (**II Contratto**: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1954, p. 1). Cf. SACCO, **II Contratto**. 3. Ed. tomo I, Torino: UTET, 2005, p. 56 e p. 68 e seguintes quanto à “simetria” entre o fato e o efeito.

²⁶⁶ ANDRADE, **Teoria Geral**..., *cit.*, vol. I, p. 2: “relação jurídica é toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de consequências jurídicas)”. Nestes termos se expressa o próprio PONTES DE MIRANDA, pelas razões expostas neste tópico, como no **Tratado**, I, § 46, 4: “o direito é efeito de relação jurídica”.

verdade é que *acordo* e *relação* se apresentam, respectivamente, como os *aspectos subjetivo* e *objetivo* da mesma entidade jurídica. O alcance do contrato vai da formação à extinção. É, em resumo, uma relação jurídica com todos os seus elementos, e não apenas força propulsora. Não obstante, pode existir relação obrigacional que não resulta de acordo de vontades e este não ser suficiente eventualmente para construir a posição jurídica das partes de um contrato.²⁶⁷

Enfim, como se vê, a falta de precisão parece gerar confusão. A mistura do *contrato como fato jurídico* (negócio jurídico bilateral) com a *obrigação*, como *relação jurídica obrigacional*, parece-nos confusa e prejudicial. Não faz sentido dizer que o contrato é relação jurídica e, ao mesmo tempo, fato jurídico, se os fatos jurídicos são aqueles que *criam*, *modificam* ou *extinguem* relações jurídicas. Ou ele *é*, ou ele *cria*; se ele *cria*, a relação jurídica é efeito seu, e os direitos e deveres são o *conteúdo* da relação jurídica criada, o que se analisará de forma mais detida no Capítulo Segundo do presente trabalho.

Aparentemente, o primeiro jurista a tentar reduzir toda a relação jurídica ao plano da eficácia foi ninguém menos que Konrad Hellwig, cuja visão se apresenta já com a crítica de Pontes de Miranda:

O ato, ou o fato físico, entrando no mundo jurídico, não seria relação jurídica; relações jurídicas só seriam as que se irradiassem do fato jurídico (K. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 4). O fato jurídico, de si só, sem a sua posteridade eficaz, não seria relação jurídica. Relações jurídicas só existiriam na posteridade dele, na esteira dos seus efeitos. Tal estreitar do conceito não seria sem inconvenientes: há relação jurídica desde que a regra jurídica incide sobre alguma relação social ou inter-humana. Desde que se conclui o contrato, relação jurídica há. Por isso mesmo, já a ação declaratória cabe (Código de Processo Civil, art. 2º, parágrafo único).²⁶⁸

Como se vê, Pontes de Miranda se colocou contra a tese de *redução de toda a relação jurídica ao plano da eficácia*. Ao que parece, o grande problema prático que se opunha à tese de Hellwig era o da Ação Declaratória, que só cabe quanto à *existência ou inexistência de relação jurídica* (art. 4º, I, CPC/73). E pela tese do autor alemão, não haveria relação jurídica enquanto não houvesse *eficácia* (nos casos de invalidade ou de ineficácia). Parece-nos, porém, que Marcos Bernardes de Mello, embora sem citar K. Hellwig, solucionou a questão, por meio da teoria dos *efeitos mínimos*.

Como o Direito não é lugar de puras abstrações, defende-se que sempre há a produção de *efeitos mínimos*: “a simples entrada do fato jurídico no mundo jurídico, mesmo sendo inválido, produz efeitos jurídicos, apesar de mínimos, embora não os seus

²⁶⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. Ed. Atual. por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco P. de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21-22.

²⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, p. 130, ou na edição atualizada de 2012, p. 214 (§ 43, 6, “relações jurídicas só eficazes”). O art. 2º do CPC/39 era o equivalente ao atual art. 4º do CPC/73.

próprios”.²⁶⁹ Com isto também concorda Pontes de Miranda, que defende que sempre há o efeito mínimo da *vinculabilidade*.²⁷⁰ Mas Bernardes de Mello fala aí em relação jurídica fundamental:

O negócio jurídico bilateral, *e. g.*, em face de ter suporte fático caracterizado por relação intersubjetiva, enquanto pendente condição suspensiva, gera, desde sua entrada no mundo jurídico, relação jurídica, sem que produza imediatamente os efeitos que constituem seu conteúdo específico. A relação jurídica nessas espécies constitui efeito mínimo dos fatos jurídicos de que dimana. [...] Essa espécie denomina-se relação jurídica fundamental.²⁷¹

Assim, Bernardes de Mello insere essa relação jurídica básica ou fundamental no plano da eficácia, no que diverge de Pontes de Miranda; este último entende que quando uma norma prevê algo que *é relação no mundo dos fatos*, a norma incide *juridicizando a relação*, como relação fática que se faz jurídica. A relação jurídica básica ou fundamental, para Pontes de Miranda, é relação jurídica no plano da existência: “sempre que a regra jurídica recai sobre relação da vida, diz-se *básica ou fundamental* a relação jurídica”; mas “se a relação sobrevém à incidência e dela decorre, *é no campo da eficácia*; então, o direito trata-a como criação sua, admitindo alterações que não seriam admissíveis no mundo dos fatos”.²⁷² Depois é mais conciso: “a relação jurídica básica não é eficácia de fato jurídico”.²⁷³

Como se vê, Bernardes de Mello parece *possibilitar a redução de toda a relação jurídica ao plano da eficácia*, ao unir as ideias de *efeitos mínimos* e *relação jurídica fundamental*: a relação que se forma pelos efeitos mínimos, chamada “básica ou fundamental”, que se forma já desde a *incidência da norma jurídica*, como *é efeito mínimo*, se encontra no plano da eficácia. Assim, cabe Ação Declaratória, porque já há relação jurídica, desde o momento em que *existe* o fato jurídico (tal relação se produziu como efeito mínimo, e consiste na simples vinculabilidade ou na vinculação).

Veja-se ainda uma última lição de Bernardes de Mello:

²⁶⁹ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 191, nota 378.

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 507, 2, p. 8, e § 507 em geral: “vincular-se à oferta é não poder revoga-la”. A diferença entre *vinculação* e *vinculabilidade* é a seguinte: “a própria oferta revogável só é revogável enquanto não for aceita; de modo que há o efeito da *vinculabilidade*: quem está exposto a ficar vinculado pela aceitação, se não se dá antes a revogação em termos, de certo modo já está vinculado, porque expor-se a vinculação é vincular-se, embora em grau mínimo” (tomo V, § 567, 3, p. 246). E como tantas vezes já se sustentou no presente trabalho: “Quanto aos fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, inclusive os atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, a eficácia deles em direitos e deveres coincide com a existência” (§507, 2).

²⁷¹ MELLO, *op. cit.* (vol. 3), p. 191. Não confundir a tese de Bernardes de Mello com aquilo que Karl Larenz chama de *relação jurídica fundamental* (**Derecho Civil: Parte General**. Madrid: Reunidas, 1978, p. 46). O exemplo utilizado, porém, não é dos melhores. Em caso de condição suspensiva costuma haver desde logo direito expectativo, que já é verdadeiro direito; não há apenas aquela relação jurídica “vazia”.

²⁷² PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, I, § 39, 2 e 3.

²⁷³ *Ibid.*, tomo I, § 40, 3. Aí se compreenderia uma “mistura” entre “contrato” e “relação jurídica obrigacional”.

Parece-nos merecer reparo a afirmativa do mestre de que as relações jurídicas fundamentais não se produzem no plano da eficácia, mas desde o plano da existência, uma vez que toda a relação jurídica é intrajurídica, portanto, eficaz, só se produzindo no plano da eficácia (nesse sentido a lição de Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no direito*, p. 146). A simples circunstância de o suporte fático contemplar uma relação intersubjetiva em seu cerne, como no matrimônio, no parentesco biológico, em negócios jurídicos bilaterais, por exemplo, não parece dado suficiente para que se possa considerar estabelecida a relação jurídica.²⁷⁴

Assim, não diríamos que o contrato *já é relação jurídica*, já entra no mundo jurídico como relação jurídica, por sua bilateralidade. Diríamos que tão logo se forma o contrato, já há produção de seus efeitos mínimos, que se apresentam no plano da eficácia como *relação jurídica básica ou fundamental*.²⁷⁵ Já referido por Bernardes de Mello, cite-se ainda outra passagem de Lourival Vilanova: “sendo a relação jurídica *eficácia* de pressupostos fáticos, vindo *depois* da realização do fato (pela *causalidade jurídica*), a relação jurídica é concreta, individuada. É a *realização*, a concreção da *consequência jurídica*”.²⁷⁶

Enfim, por todo o exposto, parece possível unir as ideias de *eficácia mínima e relação jurídica básica ou fundamental*, reduzindo toda a relação jurídica ao plano da eficácia. Com isso, evita-se uma série de confusões: aquele desenho típico da relação jurídica,²⁷⁷ que tem por conteúdo *direitos e deveres*, só existe no plano da eficácia. Isso mesmo Pontes de Miranda reconhece:

Direitos, deveres, pretensões, ações e exceções são efeitos. No tocante à eficácia, um dos erros em que mais incorrem os juristas é o de crerem em diferença entre situações e posições adquiridas e efeitos jurídicos, entre direitos, pretensões, ações, ou exceções, e eficácia dos fatos jurídicos. Os direitos, as pretensões, as ações, as exceções, como os deveres, as obrigações, as posições passivas nas ações e nas exceções, são eficácia dos fatos jurídicos. Todos eles se passam no plano da eficácia; e é aí que se pode pôr a questão concreta de existirem, ou não existirem, ou de haver possibilidade, ou não, de encobrimento da eficácia, por alguma exceção.²⁷⁸

²⁷⁴ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 190, nota 376.

²⁷⁵ Por outro lado, no tópico seguinte será possível se contrapor à ideia de Bernardes de Mello de “situação jurídica básica”; falamos, mesmo, em *relação jurídica básica*, como Pontes de Miranda, porque nos parece sempre presente a *bilateralidade*.

²⁷⁶ VILANOVA, **Causalidade...**, *cit.*, p. 187; assim, o autor defende que “descabe falarmos em *relações jurídicas abstratas*” (contra: PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 505, 3). Pode-se retomar a visão de VICENTE RÃO, de que já nas normas haveria uma “relação jurídica abstrata” que “se faz concreta” com a ocorrência de algum fato jurídico (nota 197, *supra*): o equívoco desta opinião fica claro pelo simples estudo dos *negócios jurídicos* – há direitos e deveres que deles decorrem que não estavam previstos no *preceito* de nenhuma norma, pois foram *criação do acordo das partes*. As relações jurídicas são *concretas e eficáciais*. Cf. também a nota 422, no Capítulo Segundo, *infra*, sobre o tema.

²⁷⁷ Imagem clássica que se encontra, por exemplo, exposta na obra de Manuel de Andrade, **Teoria Geral...**, *cit.*, vol. I, p. 2: “*mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição*”. Pontes de Miranda mesmo reconhece que direitos e deveres se situam sempre no plano da eficácia.

²⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V, §508, 1; e no tomo I, §1, 4: “direito subjetivo já é *efeito* dos fatos jurídicos”.

Como se vê, aquela *imagem* que se tem da relação jurídica como relação entre duas partes que tem por *conteúdo* direitos e deveres recíprocos, mesmo na visão de Pontes de Miranda, só existe no plano da eficácia.²⁷⁹ Apenas a relação jurídica básica ou fundamental (em contraposição àquela que o autor chamou de “intra-eficaz”), é que foi inserida no plano da existência, e é quanto a esta inserção que nos opusemos. Evita-se a confusão, seguindo-se a já antiga tese de Konrad Hellwig, e fica ainda solucionado o problema posto por Pontes de Miranda quanto à Ação Declaratória, com a teoria dos *efeitos mínimos*.

Não se pode duvidar que a ideia de *relação jurídica* ocupou, em diversos momentos, um papel central na Teoria do Direito; já se fez referência a Norberto Bobbio, que identificou a “Teoria do Direito como Relação” como uma das principais “Teorias do Direito”.²⁸⁰ Não foi à toa que a doutrina viu no contrato uma “relação jurídica”: há uma relação entre pessoas, já na proposta e na aceitação. Ocorre que o contrato é, em geral, estudado como *fato* jurídico, e já se viu que falar em *fato e relação*, indistintamente, só gera confusão. Assim, quando o *suporte fático* prevê um fato que se pode considerar “relação”, como ocorre com *proposta e aceitação*, haverá apenas *bilateralidade*, e não “relação jurídica”.

Conclusivamente, pode-se afirmar: toda a relação jurídica está no plano da eficácia. Efeitos jurídicos – efeitos “causados” pelos fatos jurídicos – são: *criar* relação jurídica, *modificar* relação jurídica, ou *extinguir* relação jurídica.²⁸¹ Agora, passa-se à análise de outra questão: no Plano da Eficácia só há relações jurídicas? Ou há *mais categorias eficazes que relações jurídicas*? Pode haver algum efeito jurídico que não se encaixe precisamente na ideia de *relação jurídica*, justificando que se fale em “situações jurídicas”?

3.2. Apenas relações jurídicas no plano da eficácia? As situações jurídicas.

²⁷⁹ Confira-se a análise de diversas teorias por MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. 9. Ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 124: “faz-se, assim, da relação jurídica, a resultante do direito e do dever, sem postular uma prioridade lógica entre relação jurídica, de um lado, e direito e dever, de outro, assim por considera-los surgidos no mesmo momento”; ele defende, no local citado, que a *essência* da relação jurídica está na correlação necessária entre direito e dever.

²⁸⁰ Conforme notas 17 a 19, *supra*.

²⁸¹ Já o notava EMÍLIO BETTI, que traz a definição comum da relação jurídica como “relação entre pessoa e pessoa, regulada pelo Direito Objetivo”, e critica: “tem o defeito de não distinguir com precisão a relação jurídica – que é um efeito disposto pela norma e, portanto, por ela criado – da hipótese de fato [*suporte fático / melhor seria dizer fato jurídico*] à qual ela vai reunida” (BETTI, **Diritto Romano...**, *cit.*, p. 68). No original: *ha il difetto di non distinguere con precisione il rapporto giuridico – che è un effetto disposto dalla norma e quindi da essa creato – dalla ipotesi di fatto cui essa viene riconnesso*.

No plano da eficácia, então, há sempre *relação jurídica*, ou pode haver *referibilidade a um sujeito isolado*, sem qualquer alusão ao outro (mesmo que a um *alter* indeterminado, ou mesmo universal)? Pontes de Miranda parece ver, sempre, na eficácia, relação jurídica, como Vilanova,²⁸² mas Marcos Bernardes de Mello é da opinião de que há *situações jurídicas unissubjetivas*, como também *plurissubjetivas unilaterais*, que não se confundiriam com a relação jurídica. Foi criticado, por Torquato Castro, por aparentemente negar o *caráter essencialmente relacional, bilateral* – tão frisado no tópico 1, acima – do Direito. Segue a crítica e a resposta de Bernardes de Mello:

Torquato Castro, mestre que, em vida, pessoalmente, me deu a honra de sua crítica à expressão *situação jurídica unissubjetiva*, a considerava imprópria, argumentando que constituiria uma *contradictio in adiecto*, pois negaria a própria substância da juridicidade: a *intersubjetividade*. De fato, a conduta para ser considerada jurídica não pode prescindir da posição do homem diante de outro homem ou da comunidade. Direito não existe onde não há interferência intersubjetiva de condutas. Isso, no entanto, não nos parece tornar incorreta a expressão adotada, porque, em seu contexto, o adjetivo *unissubjetiva* apenas qualifica a *situação jurídica* que define uma posição no mundo jurídico referente, exclusivamente, a um único *sujeito de direito*. E, nesse sentido, não nega, não conflita nem desconsidera a essencial intersubjetividade que fundamenta o fenômeno jurídico, pois não diz respeito à conduta, em si, mas, unicamente, aos limites da eficácia jurídica que, na espécie, pertine a uma só esfera jurídica. É evidente, porém, que o *ter personalidade de direito*, o *ter legitimação hereditária*, o *ter capacidade*, por exemplo, são situações que só têm sentido se consideradas no mundo jurídico, portanto, no campo da intersubjetividade. [...] A situações como essas o mestre deu a designação de *uniposicionais* (*Teoria da situação jurídica em direito nacional*, p. 32). [...] Outro mestre, Lourival Vilanova (*Causalidade e relação no direito*, p. 150 e s.), refere-se ao termo *unissubjetividade* para demonstrar que não há a espécie, em rigor. A *unissubjetividade* seria sempre aparente.²⁸³

Veja-se um exemplo de situação plurissubjetiva unilateral (portanto, não haveria relação jurídica), na visão de Bernardes de Mello: o efeito da *proposta* contratual.²⁸⁴ A questão é essencial ao presente trabalho, pois parece que há *modificações* já na *formação do contrato*,²⁸⁵ aparentemente ainda não modificações de relação jurídica *obrigacional*, mas acredita-se que já de *relação jurídica* (e uma relação jurídica que tem as mesmas partes, e a mesma finalidade, que terá a relação obrigacional eventualmente formada, o que indica que a inserção de deveres *prestacionais* com a conclusão do contrato não lhe retira a identidade).

²⁸² VILANOVA, *Causalidade...*, cit., p. 124: “onde quer que se dê norma e fato, sobrevém relação jurídica”.

²⁸³ MELLO, *Teoria...* Eficácia (vol. 3), p. 90, nota 152.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 182-183.

²⁸⁵ Questão que será abordada no Capítulo Terceiro, tópico 1.2, *infra*.

A proposta *vincula* (a lei diz, sem precisão, “obriga” – art. 427), o que consiste na criação do *direito formativo/ potestativo de aceitação*.²⁸⁶ Ora, aos *direitos potestativos* corresponde a posição de *sujeição*. Como se vê, aí está presente a *bilateralidade*, o caráter relacional do Direito. E Bernardes de Mello sustenta que aí não há relação jurídica, por entender que a estas é essencial a *correspectividade de direitos e deveres*,²⁸⁷ restrição que nos parece indevida. Aliás, em outra passagem, o autor fala que é necessária a existência de um *vínculo de poder e sujeição*, justamente o que ocorre no caso aqui analisado.²⁸⁸

No tópico anterior, demonstrou-se a necessidade prática, pela restrição ao cabimento da Ação Declaratória, de se identificar uma *relação jurídica básica* ou *fundamental*: a ideia de Bernardes de Mello de “situação jurídica básica” não resolve o problema (o CPC, art. 4º, faz menção a *existência ou inexistência de relação jurídica*). Em outro local, Pontes de Miranda volta a demonstrar preocupação com o problema da ação declaratória, se A faz proposta a B: “se B nega que A pudesse retirar a oferta, a discussão é em torno da vinculabilidade de A, que, se vinculável estava, deu ensejo, pelo menos, à pretensão e à ação declaratória positiva de B”.²⁸⁹ Ora, tal ação declaratória não seria possível, *de lege lata*, se aí não houvesse *relação jurídica*, mas apenas *outra situação jurídica*.

Além disso, será possível analisar adiante a aplicação de normas que são extraídas do art. 422 do CC/02, dentre elas a norma segundo a qual *nas tratativas prévias / deve-se agir segundo a boa-fé*.²⁹⁰ A doutrina tem construído diversos deveres específicos quanto à interpretação do “*dever de agir segundo a boa fé*”, como os deveres de *confiança e lealdade*, que estão presentes já nas negociações. Assim, já nas negociações preliminares se forma *relação jurídica entre as partes*, não ainda com direitos *de crédito*, até pela falta de *patrimonialidade* dos direitos e deveres, mas com *direitos relativos* e os *deveres* que a eles se contrapõem, como os deveres de confiança e lealdade.

Em geral, portanto, nas negociações, já haverá *direito potestativo x sujeição* e, ao lado, *direitos e deveres* decorrentes da necessidade do *proceder segundo a boa fé*, todos como *conteúdo* de uma relação jurídica (ainda não relação jurídica *obrigacional*). Parece-

²⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, § 567, 3, p. 245; MELLO, *Teoria... Eficácia* (vol. 3), p. 82. *Obrigaçã*o, com deveres prestacionais, só há depois da conclusão do contrato, ou seja, depois da aceitação; daí que a proposta não *obriga*, mas *vincula*.

²⁸⁷ MELLO, *op. cit.*, p.182-183.

²⁸⁸ Cf. nota 295, *infra*.

²⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V, § 567, 3, p. 245. O autor está tratando do fato de que os direitos formativos/ potestativos não dependem de uma conduta do sujeito passivo, como ocorre com a *pretensão* (que é a tensão *para a frente*, que se lança em direção a alguém); basta exercê-los, e o sujeito passivo se sujeita aos efeitos do exercício. Tudo se passa no mundo jurídico.

²⁹⁰ Aproximação semelhante à que faz MEDICUS em relação ao § 242 do BGB, já referido na nota 66, *supra*.

nos, enfim, que onde há bilateralidade – e ela está presente na contraposição entre *direito formativo* e *sujeição* – há relação jurídica. No caso dos contratos nulos, mesmo não produzindo seus *efeitos próprios*, defendeu-se a ocorrência dos efeitos mínimos.

Outro exemplo dado por Bernardes de Mello é o do testamento: enquanto o testador vive, “o negócio jurídico do testamento é ineficaz para gerar seu efeito específico”, seus efeitos próprios, mas já geraria o efeito mínimo da *vinculabilidade* do espólio.²⁹¹ Ora, *vinculabilidade* e *vinculação* não dizem respeito a *uma pessoa e o espólio*, mas a *duas pessoas, quanto ao espólio*. Assim, presente já aí a bilateralidade: como estará presente em qualquer caso de vinculabilidade ou vinculação, porque só há vínculo jurídico entre pessoas. Daí que, já quanto aos efeitos mínimos, estudados no tópico anterior, cabe falar, como Pontes de Miranda, em *relação jurídica básica*, não, como Mello, *situação jurídica básica*.

Os casos mais complexos parecem ser os de *capacidade jurídica* e *personalidade*, que o autor trata como de *situações jurídicas unissubjetivas*. A questão aqui já perde relevância dentro do escopo do presente trabalho, mas cabe abordá-la brevemente apenas para demonstrar as razões da tese, aqui adotada, de que *só há relações jurídicas no plano da eficácia*, ou seja, de que nenhum efeito jurídico diz respeito a uma pessoa isolada. Marcos Bernardes de Mello entende que há *situações unissubjetivas ou simples* quando a eficácia diz respeito “a uma única esfera jurídica e cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma *qualidade* ou uma *qualificação*”.²⁹²

Assim, o autor parte desta distinção entre *qualidade* e *qualificação*. Por *qualidades*, refere-se justamente aos casos de *personalidade* (e “ser pessoa”, física ou jurídica) e de *capacidade* (e “ser sujeito de direitos”, ser parte em relação jurídica). *Personalidade* e *capacidade* são *potências* (é *poder ter*: o capaz *pode ter direitos*, o sujeito de direito, *tem*)²⁹³. Por outro lado, *qualificações* abarcariam casos do tipo “ser solteiro, ser viúvo, ser maior”.²⁹⁴ Pode-se começar com as qualidades. Neste caso, mesmo Bernardes de Mello reconhece que *há direito subjetivo*, e inclusive pretensão e ação, mas insiste na unissubjetividade:

Na espécie *qualidade*, a circunstância de a situação jurídica constituir direito subjetivo assegurado por pretensão e ação (o que importa, necessariamente, intersubjetividade, pelo fato de somente haver direito com correlato dever) não

²⁹¹ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 86-87.

²⁹² *Ibid.*, p. 89.

²⁹³ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, § 40, 2: “de sujeito de direito só se deve falar quando se vê, em casos concretos, na posição subjetiva, a pessoa”; lembrando-se que *há mais sujeitos de direito que pessoas* (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2007).

²⁹⁴ MELLO, *op. cit.*, p. 93 e p. 91.

descaracteriza sua unissubjetividade, uma vez que o dever que lhe é correspectivo não implica ônus ou submissão, mas se resume a mero dever de atendê-lo, reconhecendo as prerrogativas que a *enchem* (= são contidas na qualidade ou na qualificação).²⁹⁵

Ora, a rigor, apenas aos direitos potestativos corresponde a posição de sujeição, e nada parece justificar que se negue a existência de relação jurídica sempre que no polo passivo estiver presente um dever *de abstenção*. Ao direito de propriedade se contrapõe um dever puramente negativo, de abstenção, e ainda assim a intersubjetividade do Direito indica a adoção do critério relacional; ainda parece *majoritária* na doutrina a ideia de que o direito de propriedade se insere em relação jurídica. Passemos à rejeição, apenas, da tese de Bernardes de Mello: parece-nos que querer diferenciar *qualidade* e *direito*, seria como diferenciar *comprador* e *direito ao recebimento da coisa*. Pode-se falar em comprador, mas não há dúvida que no outro polo se encontra um vendedor.

E realmente há direito à *qualidade*, como ensina Pontes de Miranda: “quando se aboliu a escravidão e quando se inseriram nas Constituições regras jurídicas que asseguram a capacidade de direito a todos os homens, e nas leis a tutela das entidades exsurgidas, claro é que se estabeleceu direito à capacidade de direito”.²⁹⁶ Viu-se que mesmo Marcos Bernardes de Mello não negou que há direito à capacidade de direito e direito a ser reconhecido como pessoa:²⁹⁷ julgamos que *isso é o que interessa*; porque apenas para criar *este direito* é que a pessoa se *qualifica como tal, puramente*.²⁹⁸ Aliás, desde o nascimento com vida a *pessoa* surge com os *direitos de personalidade* que também se inserem em relação jurídica.

Fora desse caso, as ideias de “ser pessoa” e “ser capaz”, só aparecem como elemento do suporte fático.²⁹⁹ E os elementos do suporte fático não importam aqui: estamos tratando de categorias eficaciais, de *efeitos jurídicos*, porque Bernardes de Mello defende

²⁹⁵ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 93.

²⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, § 85, 2.

²⁹⁷ Poder-se-ia dizer que há, aí, *relação jurídica*, apenas pela característica, apontada pelo próprio Marcos Bernardes de Mello, de *oponibilidade erga omnes*, que ele atribui às situações jurídicas unissubjetivas (**Eficácia**, *cit.*, p. 93-94, § 19, ii) – as três características: *unissubjetividade*, *oponibilidade erga omnes* e *impositividade*.

²⁹⁸ Em sentido semelhante, defendeu BETTI que a *personalidade jurídica se exaure na capacidade de ser sujeito em relações jurídicas* (BETTI, **Diritto Romano...**, *cit.*, p. 68), precisamente quando tratou do tema “personalidade e relação jurídica” (§ 19, p. 67 *et seq.*). E o autor (*loc. cit.*) também defende que *se trata da abstração que “se contrapõe à posição concreta e individualizada de sujeito de uma dada relação jurídica (credor, devedor, proprietário)*. Ainda completa: “o conceito de personalidade jurídica vai, portanto, definido em função dos conceitos de ordenamento e de relação jurídica” (*loc. cit.*). Também BETTI, *op. cit.*, p. 69, ensinava que “todo o direito subjetivo privado pressupõe, portanto, uma relação jurídica” (*ogni diritto soggettivo privato presuppone, dunque, un rapporto giuridico*). O italiano defende, porém, que não há *direito à personalidade* (p. 79).

²⁹⁹ Diz Pontes de Miranda: “outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito” (*op. cit.*, tomo I, § 47, 1).

que há uma categoria eficaz chamada *situação jurídica*. O nascimento com vida, como vimos, gera também os direitos de personalidade, e aí aparece novamente a relação: cria-se relação jurídica entre o titular destes direitos e o *alter*. Não se justificaria a inserção do *sujeito de direito* dentre os casos de situação unissubjetiva³⁰⁰ para dizer que aí *não há relação jurídica*: há sujeito de direito na eficácia de qualquer contrato, nos polos de uma relação jurídica. E mesmo Bernardes de Mello não o negou:

*Sujeito de direito é todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica (= capacidade de direito) e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou de situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (= ser autor, réu, embargante, oponente, assistente ou, apenas, recorrente), ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica.*³⁰¹

Assim, vê-se que Bernardes de Mello fala em *situação jurídica unissubjetiva*, inicialmente, em oposição à ideia de *relação jurídica*, como efeito jurídico que não se encaixa no conceito de relação jurídica. Depois, porém, insere como *espécie* de situação jurídica o *sujeito de direito*, que reconhece ser “termo ativo ou passivo em relação jurídica”. Como se viu, ou o *sujeito de direito* é qualificação simples, à qual já corresponde dever de todos de *respeitar esta condição*; ou está em *polo de relação jurídica*. E nos dois casos, há bilateralidade, há relação jurídica.

Falaremos, no presente trabalho, em situação jurídica como *gênero* do plano da eficácia, que pode envolver o direito, o dever, um polo da relação jurídica, etc. Mas jamais falaremos, como diversas vezes faz Bernardes de Mello, em uma situação jurídica que *se opõe* à ideia de relação jurídica, como se houvesse efeito jurídico verdadeiramente *unissubjetivo*, que diz respeito a apenas uma pessoa, e não a uma diante de outra.³⁰² Como se vê, quando este autor defende que o *sujeito de direito* é situação jurídica unissubjetiva, só pode falar neste sentido, jamais em *oposição* à ideia de relação jurídica.

³⁰⁰ Como fez na p. 126, § 27 (Plano da Eficácia), inserindo o *sujeito de direito* dentre as “Principais espécies de situações jurídicas unissubjetivas” (Seção II, p. 94). Só seria legítima tal inserção no sentido de “situação jurídica” prevalente na Itália, pois em tal sentido não se nega que haja relação jurídica, como se verá.

³⁰¹ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 126.

³⁰² Diz PERLINGIERI, **Perfis...**, *cit.*, p. 97: “não deve causar surpresa o uso aparentemente promíscuo de efeito, relação e situação: que a relação seja o efeito de um fato já ficou claro; se verá daqui a pouco que a situação é um elemento inseparável da relação, de maneira que dizer situação equivale evidenciar a relação da qual a situação é um elemento”. *Cf.* também a p. 113: “Em uma visão conforme aos princípios da solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações”.

Ao tratar das *Qualificações*, o autor insere como se fossem “situações jurídicas” (logo, *categorias eficaciais*), o que entendemos ser somente elemento do suporte fático. Foram citados, já, para distinguir as *qualidades e as qualificações*, os casos de “qualificação” como “solteiro, viúvo, maior”, sendo possível também incluir o “casado”. A lei nunca alude ao “estado de solteiro”, como fato, para criar (efeito) a situação jurídica “situação de solteiro”: o que ocorre é que o *fato, do mundo dos fatos, “solteiro”, às vezes aparece no suporte fático*.

Estas qualificações são fatos do mundo dos fatos, e é como tal que entram no suporte fático de normas jurídicas. Viu-se, porém, que às vezes fatos jurídicos ou efeitos jurídicos entram na composição do suporte fático:³⁰³ isso é o que ocorre com a situação de *casado*, que decorre do negócio jurídico que é o casamento.³⁰⁴ O curioso é que o próprio Bernardes de Mello notou que estas “qualificações” são apenas elementos de suporte fático: “ser solteiro, *e. g.*, é qualificação que integra o suporte fático do negócio jurídico do matrimônio, como elemento complementar atinente à sua validade”.³⁰⁵

Ora, quando o *ser solteiro* aparece no suporte fático, o que há é *elemento de fato*, como o *tempo* ou a *posse* na usucapião: não houve, ainda, incidência; logo, não se formou fato jurídico nem houve efeito. E a situação jurídica estaria no plano da eficácia. Só seria possível defender que “ser solteiro”, no exemplo, é situação jurídica, se outra *norma jurídica simplesmente qualificasse o sujeito como “solteiro”*, uma norma diferente da que traz o *suporte fático* do casamento. Assim, haveria situação jurídica unissubjetiva, porque o efeito da norma faria referência imediata a uma única pessoa.

Ocorre que não há norma do tipo “quem *é solteiro*/ deve ser *qualificado como solteiro*”. Quando o elemento “ser solteiro” entra no suporte fático do casamento, entra como fato, do Mundo dos Fatos, não como situação jurídica. Já se adiantou que os artigos não se confundem com as normas, e a estrutura normativa completa sempre traz *suporte fático* e *preceito*. Parece-nos que há confusão também em outra passagem: afirma-se que “se a situação jurídica consiste em, apenas, atribuir a alguém *qualidade individual* ou em lhe conferir *qualificação individual*, que sirva de suporte fático de normas jurídicas” – e aqui

³⁰³ Como reconhece, mesmo, Bernardes de Mello, **Teoria... Existência** (vol. 1), p. 46: “*fatos jurídicos e efeitos jurídicos* também podem constituir elementos de suporte fático”. É que o mundo jurídico faz parte do mundo dos fatos, do mundo real: é uma parcela dele. A doutrina clássica já o notava.

³⁰⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 291: “o termo casamento ou matrimônio designa duas realidades diversas: o negócio jurídico que os nubentes celebram (matrimônio-ato) e a relação jurídica que dele se origina (vínculo ou relação matrimonial), por força da qual as pessoas estão casadas e assumem recíprocos direitos e deveres”.

³⁰⁵ MELLO, **Teoria... Eficácia** (vol. 3), p. 92.

apõe *nota*, mas antes vejamos a conclusão: “tem-se que é simples ou unissubjetiva”. E na *nota*, afirma: “exemplificando: ser maior de idade e mentalmente hígido constituem elementos complementares do suporte fático de negócios jurídicos”.³⁰⁶

Ora, ter hígidez mental é puro fato, do mundo dos fatos, que faz parte do suporte fático, como o autor mesmo *nota*. Não se justifica que se fale em “situação jurídica unissubjetiva” (plano da eficácia). Não há qualquer fato jurídico que, como efeito, crie a “situação jurídica unissubjetiva de maior de idade” ou de “mentalmente hígido”. Há apenas o suporte fático que, recebendo a incidência, entra no mundo jurídico como *negócio jurídico* e produz, ou não produz, seus efeitos próprios. Faltando a sanidade mental, a *deficiência do suporte fático*, decorrente da falta de elemento complementar, atinge o plano da validade.

Por fim, quanto às qualificações, que vimos serem apenas elementos do suporte fático, entende Mello que “diferentemente das qualidades, não constituem direito subjetivo, mas são asseguradas por pretensão a que sejam atendidas”.³⁰⁷ Também discordamos da assertiva: exigir-se-ia, pela pretensão, o direito.³⁰⁸ Para que nos aproximemos de uma conclusão, ensina o professor Lourival Vilanova, outro crítico apontado por Bernardes de Mello, que “o lado eficaz do fato jurídico é sempre inter-humano, inter-relacional. O simples ser sujeito de direito é efeito dentro dum plexo de relações de conduta. É-se pessoa num contexto inter-relacional de condutas em possíveis interferências”.³⁰⁹

E nos ensina Pontes de Miranda: o conceito de relação jurídica “está em toda a parte em que se cogita de fatos jurídicos. São sociais esses, e a própria sociedade só se explica pelo conceito de *vinculum*”. E: “a todo direito corresponde relação jurídica”.³¹⁰ Cabe reconhecer que esta questão tem menor importância, no presente trabalho, em relação àquela exposta no tópico anterior: elegeram-se o campo das relações jurídicas obrigacionais para estudo, pelo que ficariam de fora as “situações jurídicas unissubjetivas”, ainda que fosse o caso de reconhecer esta categoria.

Porém, a abordagem do tema era necessária porque teremos de analisar casos em que a relação jurídica se forma paulatinamente (Capítulo Terceiro, itens 1.2 a 1.4). Em qualquer relação jurídica *contratual* – que é espécie de relação jurídica *obrigacional* –, a

³⁰⁶ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 90 e nota 151.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 92.

³⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 617, 2: “há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a pretensão deles e, pois, eles mesmos, em sua eficácia, foram canalizados”. Sempre que há ação, há pretensão, e se ela não aparece é porque a *exigibilidade* contida na ação é o que há de pretensão (*loc. cit.*).

³⁰⁹ VILANOVA, **Causalidade...**, *cit.*, p. 79. É o que percebeu, para citar um jurista de fora do sistema do *Civil Law*, Wesley Newcomb Hohfeld (**Fundamental Legal...**, *cit.*, p. 35 e seguintes).

³¹⁰ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXXII, § 3.683 e § 3684, 5.

proposta, por si só, cria relação jurídica, com as mesmas partes que devem figurar na relação jurídica obrigacional, e ainda com o mesmo objeto e a mesma finalidade: tudo leva a crer que tal relação jurídica já é *a mesma* que se “concretizará” (se tornará *obrigacional*) com a conclusão do contrato. Assim, foi necessário avaliar o que Bernardes de Mello chama de *situação jurídica*, categorias eficaciais que não se encaixariam na ideia de relação jurídica.

Tomou-se posição, mas cabe tratar um pouco mais da ideia de *situação jurídica*, expressão que tem sido utilizada com diversos significados, e que de forma geral tem ganhado força na doutrina. Demonstrou-se a visão de Bernardes de Mello, que na verdade coloca a *relação jurídica como espécie de situação jurídica*. Ao lado, porém, da relação jurídica, poderiam surgir como efeitos *situações jurídicas unissubjetivas* (=simples) ou *plurissubjetivas* (=complexas) *unilaterais*, que não seriam relações jurídicas.³¹¹

Assim, quando se fala que há *situação jurídica unissubjetiva*, *nega-se a existência de relação jurídica*. Porém, nota-se que, na visão de Bernardes de Mello, não há propriamente *oposição* entre relação jurídica e situação jurídica, porque o autor coloca as relações jurídicas como *espécie* de situação jurídica *lato sensu*.³¹² Mas quando se diz que há situação “unissubjetiva”, ou “plurissubjetiva unilateral”, afirma-se que *não há relação jurídica*. Assim, deve-se tomar cuidado ao ler, por exemplo, a doutrina italiana, que fala em situação jurídica em um sentido muito diferente.

A ideia de situação jurídica sempre foi muito controvertida, mas hoje parece que a doutrina italiana mais recente é consideravelmente pacífica. Fala-se em *situação jurídica* não como *espécie de eficácia distinta da relação jurídica*, mas como uma parcela da relação jurídica, o lado ativo, o lado passivo, ou parte de seu conteúdo ativo ou passivo (como o *direito* ou o *dever*).³¹³

³¹¹ MELLO, Teoria... Eficácia (vol. 3), p. 84.

³¹² Em sentido parecido, cf. as lições de MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. 9. Ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 125, falando em situação jurídica como “o *complexo dos efeitos* decorrentes de uma relação entre pessoas”. “Em tal senso, incluiria em si a noção de relação jurídica e, de certo modo, coincidiria com esta”.

³¹³ Neste sentido: ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Civile**. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2000, p. 323 e seguintes, onde se lê: “a relação jurídica se compõe de dois aspectos ou de dois ‘lados’: o lado ativo e o lado passivo. As situações jurídicas subjetivas, que competem aos particulares (sujeitos) são, portanto, ativas e passivas” – no original: “Il rapporto giuridico si compone di due aspetti, o di due ‘latti’: il lato attivo e il lato passivo. Le situazioni giuridiche soggettive, che competono ai privati (soggetti) sono quindi attive e passive”; no mesmo sentido as lições de ALPA em **Manuale...**, cit., p. 136; IUDICA, G.; ZATTI, P. **Linguaggio e Regole del Diritto Privato**. 6. Ed. Padova: CEDAM, 2005, p. 47, ensinam: “a relação liga dois sujeitos [il rapporto mette in relazione due soggetti], cada um dos quais é investido de uma situação jurídica subjetiva: a situação, ou posição, em que vem a se encontrar um sujeito, por efeito da aplicação de uma ou mais regras de direito”; BESSONE, Mario (org.) et al. **Istituzioni di Diritto Privato**. 2. Ed. Torino: Giappichelli, 1995, p. 45-46.

Como se vê, essa *situação jurídica* de que trata a doutrina italiana não nega, de forma alguma, a bilateralidade que é essencial ao direito: pelo contrário, a afirma. Fala-se em situação jurídica tanto para os polos ativo e passivo, reconhecendo-se que são polos de uma relação, ou mesmo para o conteúdo da relação jurídica, os direitos, deveres, etc.³¹⁴ É apenas neste sentido que se falará, no presente trabalho, em *situação jurídica*, como gênero das diversas categorias eficaciais: pode-se aludir ao direito, ao dever, à pretensão, aos polos da relação jurídica, como o comprador, ou o proprietário, mas nunca para negar, como certas vezes Bernardes de Mello nega, que a tal polo corresponde outro polo, ou seja, que sempre há, no plano da eficácia, relação.

Pode-se finalizar retomando uma lição de Pontes de Miranda: “a noção de relação dá-nos o processo de investigação subjetiva; são próprias do subjetivismo e do voluntarismo as noções unilaterais, que somente consideram os polos das relações, as suas extremidades, o sujeito ativo e o sujeito passivo”.³¹⁵ Parece-nos retrocesso analisar os efeitos jurídicos *fora da relação*, exceto quando assim se procede por razões práticas, sem se ignorar que há o outro polo. Afinal, mais do que ciência humana, o Direito é ciência social.

Passa-se, assim ao tema da *aquisição e perda dos direitos*, intimamente ligado ao tema da modificação das relações jurídicas, inclusive as obrigacionais. O surgimento de um direito pode representar a modificação (não apenas a criação) da relação jurídica obrigacional (complexa), como no caso do nascimento do direito (*formativo extintivo*, ou *potestativo*) de resolução: aí há um aumento no conteúdo da relação (surgiu um direito novo), ainda que um aumento voltado à diminuição. Só mais adiante caberá classificar esta situação: criou-se direito; modificou-se a relação jurídica; e é modificação que tende à extinção da relação.

Também a escolha, nas obrigações alternativas, modifica a relação jurídica obrigacional complexa – inclusive pela extinção do direito de escolha, que se exauriu, quando exercido. Assim, podem ocorrer *modificações*, em uma relação jurídica complexa, tanto pela modificação de um direito que lhe compõe o conteúdo, quanto pela criação ou extinção de um direito que nela se insere. E por isso mesmo, a análise das modificações da relação obrigacional exige um prévio estudo das hipóteses de aquisição e perda dos direitos, e das classificações que a doutrina costuma utilizar.

³¹⁴ Como em ALPA, *Trattato...*, cit., vol. I, p. 351; e como Perlingieri, citado logo acima.

³¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, LIII, p. 12, referido na nota 22, acima.

3.3. Criação, modificação e extinção: aquisição e perda de direitos.

Será necessário esclarecer as diversas classificações que se referem aos efeitos jurídicos, pois elas servirão como critério para subdivisão dos casos de modificação das relações obrigacionais. Para analisar *espécies de modificação* da RJO, será necessário utilizar conceitos como os de *aquisição originária*, *aquisição derivada*, ou de *aquisição derivada translativa e constitutiva*. Como estes conceitos se dirigem às relações jurídicas em geral – não apenas às obrigacionais – parece-nos que este é o local adequado para tratar deles: ainda Capítulo Primeiro do presente trabalho, voltada aos fatos jurídicos e relações jurídicas em geral.

Os atualizadores do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda afirmam não haver divergências doutrinárias no uso destes conceitos.³¹⁶ Porém, basta ler um livro muito utilizado no Brasil, como o do professor Caio Mário da Silva Pereira, para perceber que há alguma divergência: defende o autor que a aquisição por *usucapião* é derivada, e não originária, como parece ser a visão da maioria, afirmando que a aquisição derivada pode se dar *contra a vontade do antigo dono*.³¹⁷ Assim, cabe diferenciar os casos de aquisição *originária* e *derivada*, definindo-os, para depois seguir fielmente a definição.

Pode-se iniciar por uma ideia geral e superficial das formas de aquisição. Já se falou em *criação, modificação e extinção* de relações jurídicas, e na *aquisição e perda* dos direitos, e a diferença entre um e outro caso é intuitiva: a *aquisição* pode coincidir ou não com a *criação*. *Cria-se* um direito, que alguém *adquire*: se este adquirente o *transmite*, *perde* o direito que, então, outro sujeito *adquire*.

Assim: (1) na aquisição originária, cria-se um novo direito, de maneira que coincidem a *criação* do direito e a *aquisição* por um titular; (2) na aquisição derivada há *sucessão*:³¹⁸ passa-se um direito, ou parte dele, para outro titular – a ideia é justamente a de *traspasse*, de *transmissão*; (2.1) na aquisição derivada translativa, passa-se todo o direito,

³¹⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello *et al.*, São Paulo: RT, 2012, notas aos §§ 510 e ss. Aliás, os tradutores também estranham o uso da expressão “aquisição *derivativa*”, como sinônimo de *derivada*: é de se notar que o tradutor de OERTMANN também diz *derivativa* (**Introducción...**, *cit.*, p. 181); em latim se escrevia “*aquisitione derivativa*”; no italiano, usa-se igualmente *acquisto derivativo* (SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, *cit.*, p. 74).

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1, 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 396; 19. Ed., 2001, p. 295.

³¹⁸ SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, *cit.*, p. 73: “a mudança do sujeito na posição ativa ou passiva da relação assume o nome técnico de *sucessão*” (“Il mutamento del soggetto nella posizione attiva o passiva del rapporto assume il nome tecnico di *successione*”). MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 207-208, distingue *transmissão* e *sucessão*.

enquanto (2.2) na derivada constitutiva se transmite apenas uma parte do direito, criando-se um direito novo, de menor extensão.

Mas afinal, na *usucapião*, se há aquisição de um direito igual ao que tinha o proprietário anterior, houve *transmissão* – ainda que contra a vontade do titular anterior –, portanto, *aquisição derivada*, ou houve *aquisição originária*? Como se vê, cabe precisar tais distinções. Quanto à polêmica acerca dos casos em que se adquire um direito idêntico ao do titular anterior, contra a sua vontade, caberá diferenciar a *mesmeidade do conteúdo do direito* da *mesmeidade do direito*.³¹⁹ Dois livros da mesma edição têm o mesmo conteúdo, mas há dois livros, e não *o mesmo livro*.

“A aquisição pode ser originária, a despeito de ser *o mesmo* o conteúdo do direito que pertencia a outro”, diz Pontes de Miranda, e continua: “o suporte fático, embora entrem nele os mesmos elementos que entravam no outro, é novo, próprio”.³²⁰ Este, como se verá, é o caso da *usucapião*: adquire-se um direito logo após o outro, havendo sucessão no tempo, embora não sucessão em sentido jurídico – extinguiu-se um direito, e criou-se outro, que com frequência terá o mesmo conteúdo. Cabe questionar, então: basta que se veja um direito de igual conteúdo, em relação ao anterior, para que se afirme que “é o mesmo”, e que, por isso mesmo, houve *transmissão*? Vê-se que a resposta é negativa.

Citou-se o exemplo do professor Caio Mário, mas a polêmica na realidade é mais antiga. Vários juristas fizeram a distinção entre aquisição originária e derivada vendo se já havia direito sobre a coisa: “alguns juristas atendem à existência do direito, ou não existência dele, *antes*, sobre a coisa”.³²¹ Pontes de Miranda considera equivocada tal visão, citando, “ainda recentemente, F. Carnelutti, *Lezioni*, II, 227 s., e *Teoria giuridica della circolazione*, 182, sob influência, por certo, de G. Pacchioni, *Corso di Diritto romano*, II, 2ª ed., 375)”.³²² E conclui: “a *usucapião* é modo originário de adquirir, porque não há no suporte fático qualquer ato do titular anterior, ou fato concernente a ele, *se havia titular*. Quem usucape adquire, sem se ter de apurar se havia, ou não, titular, ou pessoa com poder de dispor”.³²³

A opinião majoritária parece ser mesmo a de que a *usucapião* é forma originária de aquisição. O lusitano Carlos Alberto da Mota Pinto explica que na aquisição originária “o direito adquirido não depende da existência ou da extensão de um direito anterior, que poderá

³¹⁹ PONTES DE MIRANDA faz a distinção no tomo V, § 512, 2, p. 22.

³²⁰ *Loc. cit.*

³²¹ *Idem*, tomo V, § 511, 2, p. 17.

³²² *Loc. cit.*

³²³ *Id.*, p. 17-18. SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, *cit.*, p. 73: não tem importância que sobre o objeto da nova relação preexistisse ou não outra relação – “non ha poi importanza che sull’oggetto del nuovo rapporto preesistesse o non altro rapporto”.

até não existir; quando o direito anterior exista, o direito não foi adquirido por *causa* desse direito, mas *apesar dele*".³²⁴ Já na aquisição derivada, "a existência anterior desse direito e a sua extinção ou limitação é que geram a aquisição do direito pelo novo titular, é que são a *causa* dessa aquisição".³²⁵ Mota Pinto utiliza mesmo a *causalidade* como critério, de maneira que o direito anterior deve ser *causa* do novo.

Pontes de Miranda também fala na *causação*: "Na aquisição derivativa, – do direito de outrem, sendo, como é, causa, depende o do adquirente. Na aquisição originária, ainda que haja, antes, esse direito de outrem, o do adquirente não depende dele. É, *a despeito daquele*, em vez de ser *devido a ele*".³²⁶ Adota-se, aqui, a definição de Pontes de Miranda, que está em consonância com a de Mota Pinto: justamente porque não há alusão a um titular anterior, no suporte fático (do fato jurídico que gera a aquisição), é que se pode concluir que a aquisição *não se deu por causa do direito anterior, mas apesar dele*. Pouco importa, como também notou Mota Pinto, se existiu ou não um direito anterior de mesmo conteúdo: *não era o mesmo direito*.

Enfim, ressalte-se que o mais importante é olhar o suporte fático do fato jurídico que gera o efeito analisado: cabe identificar a presença ou ausência, neste suporte fático, de alusão ao proprietário/ titular anterior, ao seu direito ou a outro fato a ele concernente. No suporte fático da *usucapião*, entram *posse e tempo*, mas não entra qualquer alusão ao proprietário anterior, ao fato de ter ou não poder de dispor, ou mesmo à *existência* de um proprietário anterior. Assim é que se diferencia a *transmissão, de um único e mesmo direito*, do caso em que se extingue um direito e se cria outro, ainda que igual.

Aliás, falou-se acima na ideia de que os direitos são *realidades ideais*, do mundo dos pensamentos, citando-se Pontes de Miranda e A. von Tuhr. Veja-se a lição de Ludwig Enneccerus: "apesar do traspasse a um novo credor, o crédito segue sendo o mesmo ou, melhor dito, segue sendo pensado como o mesmo (já que todos os direitos só são coisas pensadas) e, por conseguinte, é tratado como o antigo crédito e não como um novo".³²⁷ Quanto ao fato de serem "*apenas coisas pensadas*", já se ressaltou serem *realidades ideais*, ou seja, embora sejam ideais, são *reais*. Os direitos são fatos do mundo do pensamento, mas tal mundo, como o mundo jurídico, é uma parcela do mundo real.

³²⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. Ed. 2ª reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 360.

³²⁵ *Loc. cit.*

³²⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 513, 2, p. 25.

³²⁷ ENNECCERUS-LEHMANN, **Derecho de Obligaciones...**, *cit.*, tomo II, vol. 1, p. 376, *nota 5*.

De qualquer forma, tal discussão acaba sendo mais voltada ao estudo dos direitos reais; parece-nos que o tema foi abordado de forma suficiente para a análise das relações jurídicas obrigacionais. A grande importância prática do tema diz respeito ao fato de que *só se pode passar aquilo que se tem*: na aquisição derivada, não se pode adquirir algo que o titular anterior não tinha. Se há algo a mais, ou algo diferente, veio por aquisição originária. É a ideia expressa no brocardo *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (D. 50.17.54).³²⁸

Assim, em conclusão, poderão ser utilizados os conceitos de aquisição, perda e sucessão, em conjunto com os de criação, modificação e extinção, normalmente para explicitar as espécies de modificação das relações jurídicas obrigacionais. Serão ainda utilizadas as classificações da aquisição, como originária e derivada, sendo que nos casos de sucessão haverá aquisição derivada. Ainda, poderão ser utilizadas as classificações da aquisição derivada, como constitutiva ou translativa, ou mesmo “sucessão constitutiva” e “sucessão translativa”. Todos os termos, no sentido acima explicitado. Com isso, finaliza-se a exposição dos pressupostos teóricos assumidos, essenciais para a análise da modificação das obrigações. Passa-se ao estudo da relação jurídica obrigacional.

³²⁸ Escreveu-se como MOMMSEN, T.; KRÜGER, P. **Corpus Iuris Civilis**. Volumen Primum. Berolini apud weidmannos, MCMXI, p. 922; idêntico a BONFANTE; FADDA *et al.* **Digesta Iustiniani Avgvsti**. Mediolani: Formis Societatis Editricis Librariae, MCMXXXI, p. 1557, e MOTA PINTO, **Teoria...**, *cit.*, p. 365. PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 514, 1, p. 27 e PEREIRA, **Instituições...**, *cit.*, p. 396 (ou 2001, p. 295), finalizam com *ipse habet*. Cp. ULPIANO, L. 46, D., *de adquirendo rerum dominio*, 41, 1: “não é novo que o que não tem o domínio dê a outro o domínio” – mas, a rigor, o novo adquirente será sucessor de quem *tinha* o domínio. Explica Pontes de Miranda que quem adquire do mandatário, sucede *o proprietário*, inclusive quanto ao poder de dispor, que estará contido no direito de propriedade adquirido: porque o poder de disposição que tinha o mandatário se exauriu, quando efetivamente exercido. Cf. também tomo V, §517, 3; e ENNECCERUS-NIPPERDEY, **Tratado**, I, 2, p. 42.

CAPÍTULO SEGUNDO – A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Até este tópico foi possível tratar dos fatos jurídicos e relações jurídicas em geral, analisando categorias tipicamente explicadas na *Parte Geral* do Direito Civil. Analisadas as relações jurídicas em geral, pode-se passar a uma breve análise da relação jurídica *obrigacional*, em especial. Esta segunda divisão do trabalho, portanto, volta-se ao estudo das relações obrigacionais. Será o momento de delimitar o Direito das Obrigações – com o que se delimitará, em grande medida, o objeto do presente trabalho –, bem como de explicar *o que é a relação obrigacional*: qual o seu conteúdo, qual o seu objeto, enfim, qual o seu significado na dogmática jurídica. Afinal, só com a compreensão do que se entende por relação obrigacional será possível analisar suas modificações.

1. Teorias sobre a relação jurídica obrigacional.

A doutrina em geral inicia o estudo do tema expondo a doutrina pessoalista de Savigny. No presente escrito, temos mesmo partido de Savigny (como no Capítulo Primeiro, 2.1, *supra*), pelo que se pode iniciar com a sua célebre descrição da relação obrigacional:

A primeira relação possível com uma pessoa alheia é aquela pela qual essa pessoa, da mesma forma que uma coisa, é atraída para o âmbito do nosso poder de vontade e submetida ao nosso domínio. Se este fosse absoluto, seriam retirados ao outro as características da liberdade e da personalidade; nós não estaríamos a dominar sobre uma pessoa mas sobre uma coisa; o nosso direito seria a propriedade sobre um ser humano, como na realidade o é a relação romana de escravidão. Não devendo tal ocorrer, queremos nós antes pensar em relações jurídicas específicas, nas quais exista um domínio sobre uma pessoa alheia, sem destruição da sua liberdade, que seja semelhante à propriedade e apesar disso distinto dela. Para isso não pode o domínio abranger a pessoa na sua globalidade, mas antes ser referido apenas a uma sua única ação; essa ação será subtraída à liberdade do agente e submetida à nossa vontade. Uma tal relação de domínio sobre uma única ação da pessoa alheia é por nós designada de obrigação.³²⁹

³²⁹ Emprestamos a tradução do alemão para o português de trecho mais longo, em LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Vol. 1. Introdução. Da Constituição das Obrigações. 11ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 63, nota 103.

A concepção de Savigny sofreu severas críticas.³³⁰ Afinal, “a atuação é uma expressão direta da personalidade e por isso não pode ser dela separada para constituir objeto de um direito de domínio de outrem”.³³¹ Larenz afirma que o “ato é uma exteriorização imediata da personalidade que, contrariamente ao que ocorre com o produto dele, não pode separar-se dela, objetivando-se”.³³² Em suma: quando há domínio de uma coisa, pode-se exigir a própria coisa; nos créditos não há domínio sobre o ato, pois não se pode exigir o próprio ato, não se pode “intervir diretamente sobre o devedor, exigindo-lhe a prestação mediante violência”.³³³

Antunes Varela afirmou: “estabelecer uma relação direta de domínio entre o credor e o ato do devedor equivale a suprimir, como peça do sistema, a *vontade* do devedor, que, embora sujeita a medidas coercitivas, assume um valor *decisivo* na obrigação”.³³⁴ As críticas, porém, trariam certo exagero, ou mesmo anacronismo, como pondera Menezes Cordeiro.³³⁵ Savigny apenas teria descrito o pessoalismo com a linguagem da época, sem desconsiderar a importância da vontade do devedor (no trecho citado: “sem destruição da sua liberdade”). Em grande medida, parece ter razão o jurista lusitano, ao dizer que as críticas devem ser tomadas como uma espécie de “reposicionamento histórico” de Savigny.

Por outro lado, já a compreensão do direito subjetivo como “poder de vontade” é criticável, e está à base da construção de Savigny.³³⁶ Quanto às críticas relacionadas ao fato de não mencionar a possibilidade de ataque ao patrimônio,³³⁷ parece-nos que Savigny tinha mais razão que seus críticos, mas disso se tratará na exposição das doutrinas mistas/dualistas, logo a seguir. Certo é que, tomadas objetivamente, “domínio parcial de uma pessoa”, “domínio de um ato”, são expressões fortes, e que indicam a possibilidade de *forçar o ato*, à semelhança do que ocorre no âmbito dos Direitos Reais.

³³⁰ Note-se que, dentre as críticas citadas pelo professor MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, I, *cit.*, p. 63 e nota 104, ele menciona a posição de WINDSCHEID de que a ideia de *exigência* “não se encontra no conceito de direito de crédito”. Cita-se o trecho de Windscheid na nota 424, *infra*.

³³¹ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 63.

³³² LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, I, p. 24; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, I, p. 64.

³³³ *Ibid.*, I, p. 23. No Brasil vem-se aceitando cada vez mais o uso de força nas obrigações de fazer, o que vai de encontro à visão da doutrina clássica. Tem-se ordenado até força policial para retirada de animais domésticos mantidos em violação da convenção condominial (além da ameaça de prisão, pelo crime de desobediência): TJMG, Ap. Cível 3212828-59.2000.8.13.0000, mantendo a sentença. Cumulou-se multa diária, com ameaça de “responsabilidade civil e criminal pelo crime de desobediência”, além da força policial: “tudo podendo ser feito especificamente pela polícia ou pelo Corpo de Bombeiros, levando o cão para o depósito de cães do município”. Costuma-se apontar como fundamento o art. 461 do CPC.

³³⁴ VARELA, **Das Obrigações...**, *cit.*, I, 2003, p. 135; mais branda a crítica noutros trechos. Parece haver equívoco logo antes (p. 134), quando entende que a concepção de Savigny seria “reação” contra as teses realistas, que em verdade são posteriores, diz MENEZES CORDEIRO (**Tratado**, *cit.*, VI, p. 269, nota 925).

³³⁵ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, vol. VI (Obrigações, I), p. 270.

³³⁶ *Loc. cit.*

³³⁷ *Loc. cit.*, citando Gomes da Silva, que sustenta visão dualista.

A partir das críticas a Savigny, foi se formando a teoria clássica, segundo a qual o crédito é um direito à prestação (e a relação obrigacional contém o crédito e o correlato débito). Não haveria domínio da pessoa do devedor, nem de seus atos. Mas como esta é a teoria adotada – e é a tese majoritária –, será retomada ao final desta brevíssima exposição. Como se adiantou, alguns entenderam que a possibilidade de ataque ao patrimônio deve ser referida na definição da obrigação, e assim se formaram as teses que podem ser agrupadas como “teorias realistas”.³³⁸

Não há consenso na divisão precisa das “doutrinas realistas”, mas é certo que algumas foram mais extremas que outras: defendeu-se até que a relação obrigacional não era relação entre pessoas, mas entre patrimônios (Gaudemet e Bonelli), o que é absurdo.³³⁹ Se o patrimônio fosse *devedor*, “ele” é que teria de prestar: impor-se-ia conduta a algo que sequer pode agir. Outros defenderam ser a “respondência” (*Haftung*), ou “responsabilidade patrimonial”, o *único* verdadeiro componente da relação obrigacional (quem o ressalta como elemento da própria obrigação, mas não único, já se insere nas doutrinas *mistas ou dualistas*). Destaca-se ainda a visão de Pacchioni,³⁴⁰ dentre outras que afirmaram ser o aspecto central da Obrigação um direito sobre o patrimônio do devedor.³⁴¹

Diversas foram as razões que levaram à formulação destas teorias: uma delas, de ordem histórica, diz respeito à evolução ocorrida já no Direito Romano, com a supressão das penalidades físicas e pessoais, como da prisão civil por dívidas.³⁴² Desta passagem da responsabilidade verdadeiramente pessoal, para uma responsabilidade patrimonial, extraiu-se que a relação obrigacional não deveria mais ser vista como vínculo pessoal. O direito de crédito deveria ser entendido como direito sobre bens do devedor, ou sobre o patrimônio do devedor.³⁴³ Outra foi a suposta não-coercibilidade do dever de prestar, que deixaria o credor

³³⁸ Como em MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 65 e ss.; MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, VI, p. 274 *et seq.*

³³⁹ Para elas, “o verdadeiro sujeito das obrigações não é o homem, mas o patrimônio” (MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 278, citando Bonelli).

³⁴⁰ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 72-73; MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 279.

³⁴¹ Este “direito sobre o patrimônio do devedor” foi visto de diversas maneiras, ora com natureza pública, ora como direito real de garantia (privado) – *cf.* MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 289, quanto às construções da respondência.

³⁴² MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 65-67; MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 277, menciona a abolição da prisão civil por dívidas ao tratar de Brunetti.

³⁴³ *Id.*, *loc. cit.*; MENEZES CORDEIRO também no local citado e na sequência.

na dependência de uma cooperação voluntária do devedor.³⁴⁴ Ainda, pode-se citar a tentativa de explicar a transmissibilidade das obrigações.³⁴⁵

Quanto à questão de ordem histórica, de que o vínculo teria deixado de ser pessoal, a passagem “da pessoa ao patrimônio” não seria tão simples. Sintetiza Menezes Cordeiro: “a evolução teria sido diversa, dizem os críticos: de uma submissão pessoal ter-se-ia passado a uma adstrição ética. O devedor deixa de ser objeto de um direito para se converter num sujeito destinatário de um dever-ser”.³⁴⁶ Em outras palavras: a pessoa, ou seu ato, não são “objetos” da obrigação, mas há *dever-ser* no “deve prestar”. Quanto à coercibilidade do dever de prestar, as normas jurídicas costumam ter a forma *se p, então deve-ser q*, com o *suporte fático* e a *prescrição de direitos e deveres*, donde se extrai que os direitos e deveres são manifestações concretas do “dever-ser” normativo. Tais questões, como também a crítica de que a responsabilidade patrimonial é algo posterior, que só ocorre nos casos patológicos em que o Direito não se realiza espontaneamente, serão deixadas para o final, pois também dizem respeito às doutrinas mistas ou dualistas.

Doutrinas dualistas ou mistas são aquelas que reconhecem a existência do direito de crédito e do débito, mas entendem que a “responsabilidade patrimonial” deve ser mantida como elemento da relação obrigacional.³⁴⁷ Ficaram conhecidas pela fórmula alemã *Schuld*

³⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., VI, p. 275-277; MENEZES LEITÃO, *loc. cit.* Pacchioni, citado acima, entendia que no crédito só havia *expectativa de prestação*.

³⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 275: esta seria “a grande questão”. “Como transferir um vínculo pessoal?”. Aqui se ressalta a importância que as ideias expostas no Capítulo Primeiro da presente dissertação têm para o tema da modificação das Obrigações: diz Menezes Cordeiro que “só verbalmente” é possível transferir o vínculo pessoal. A rigor, quando se compreende que os direitos e deveres são realidades ideais, compreende-se que sejam *transmitidos*, no *Mundo Jurídico*, quando culturalmente são *pensados como transmitidos* (como na passagem de Enneccerus citada, nota 327, *supra*). São categorias eficáciais e, no Plano da Eficácia, a mente humana dita a causação (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, I, § 6, 1 e 3 - o que não significa que tal causação seja “arbitrária” – ela segue a percepção cultural dos acontecimentos): por isso é que se pode conceber a relação jurídica (eficacial) como *a mesma*, a despeito da alteração de uma das partes. De alguma maneira, a admissão “ideal” de alterações, que não se admitiriam no mundo físico, já vinha de Platão e se encontrava nos juristas romanos (alguma preeminência da ideia sobre o objeto sensível): “Os jurisconsultos clássicos foram influenciados por essa concepção filosófica, que tem a ideia por elemento primário de toda a coisa, ao passo que a aparência sensível seria apenas elemento secundário. Daí a existência da *coisa* não se alterar com a mudança ou renovação dos elementos corpóreos ou sensíveis: um navio ou uma casa subsiste, ainda que, após reparos sucessivos, nada do primitivo exista, pela mesma razão por que o homem subsiste, não obstante a substituição de todas as suas moléculas (L. 76, D., *de iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 5, 1)” (*op. cit.*, tomo XXXII, § 3684, 6). No mesmo lugar: “O que vale, pois, no direito, é a *ideia* da coisa, não o substrato, e essa ideia de coisa só se pode estudar, perfeitamente, nas relações jurídicas, porque também ela é conceito de síntese, ao passo que a relação é o fenômeno típico, objetivo, cientificamente analisável, do direito. A relação jurídica é *efeito* de algum fato jurídico”. Assim, resolve-se a questão posta por Menezes Cordeiro na referida p. 275. Cf. a passagem de ALFENUS em Mommsen-Krüger, *Corpus Iuris Civilis*, cit., p. 107; trad. para o espanhol em D’ORS, Álvaro. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Pamplona: editorial aranzadi, 1968, p. 250-251. De fato, ainda que se faça alusão à mudança de forma, “a aparência sensível” persiste como elemento secundário, pois é a ideia que determina *a partir de que ponto a mudança de forma atinge a identidade*. Cf. nota 383, *infra*.

³⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 281.

³⁴⁷ Síntese do surgimento e evolução em MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, I, p. 74.

und Haftung, traduzidos como *dever/débito* e *responsabilidade patrimonial/respondência*. Também têm razão de ordem histórica: romanistas (como Brinz) e germanistas (como Karl von Amira) sustentaram que tanto no Direito Romano quanto no Germânico a relação obrigacional era a própria responsabilidade patrimonial.³⁴⁸

Quanto ao Direito Romano, a ideia já era ressaltada por Alois Brinz, normalmente inserido dentre os adeptos das teorias realistas (e já se ressaltou a proximidade entre as doutrinas realistas e mistas, deixando-se a crítica ao *Haftung* como elemento da relação obrigacional para o final). Menezes Cordeiro entende mesmo que a doutrina dualista “teve a sua origem em von Brinz”,³⁴⁹ autor que ele insere dentre os realistas.³⁵⁰ Hermann Jsay seria, segundo Menezes Leitão, o primeiro autor a defender uma teoria dualista/mista “desenvolvidamente perante o direito moderno”.³⁵¹

Já se criticou a doutrina realista mais extrema, que viu na Obrigação uma relação entre patrimônios, mas agora é possível avaliar a ideia de inserir, na estrutura da relação obrigacional, um elemento “responsabilidade patrimonial”, *Haftung*, sem negar a existência do direito de crédito e do débito. Vários doutrinadores ainda seguem a ideia hoje, considerando-a útil:³⁵² sobretudo porque permitiria a explicação das obrigações naturais como “débito sem respondência” e da fiança como “respondência sem débito” (ou também os casos de penhor e hipoteca sobre bens de terceiros).

Seguimos as críticas de Menezes Leitão.³⁵³ Quanto à “utilidade” da tese nos casos referidos, seguimos a doutrina de Pontes de Miranda, que trata das chamadas obrigações

³⁴⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., I, p. 73; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., VI, p. 284-285, e antes nas p. 275-276.

³⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, VI, p. 284.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 275-276.

³⁵¹ Na passagem referida na nota 347, *supra*: *op. cit.*, I, p. 74.

³⁵² SIMÃO, José Fernando. *A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil brasileiro*. In: RIDB-FDUL, cit., ano 1 (2012), nº 1, p. 517 e ss., que entende que “o Código Civil adota a noção dualista da obrigação” (p. 518), o que retira do fato de que quem cumpre obrigação natural não pode pedir a repetição; e também defende a dissociação na fiança, “ainda que na linguagem popular se diga que o fiador é devedor” (p. 519). MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, cit., vol. 5, tomo I, p. 102, 105, 117 – vê a tese da relação obrigacional como processo como algo que “unifica” os dois momentos da *Schuld* e da *Haftung*: assim, vê como “dois momentos”, e não como se a respondência existisse “desde logo”; em Portugal, GALVÃO TELLES, numa primeira fase de seu pensamento, referido por MENEZES LEITÃO (*op. cit.*, I, p. 74) e MENEZES CORDEIRO (*op. cit.*, VI, p. 291), que depois mudou de posição. GOMES DA SILVA, *Conceito e estrutura...*, cit., 1971 (reimpr.), p. 247 e seguintes, faz análise interessantíssima. Opõe-se à dissociação nas obrigações naturais (p. 250) e na fiança (p. 254): “não se vê motivo para negar verdadeira adstrição pessoal por parte do fiador”.

³⁵³ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, I, sobretudo pp. 80-81. Parece haver alguma discordância entre Menezes Cordeiro e Menezes Leitão. Menezes Leitão frisa que a respondência é *posterior*, no sentido de que só aparece uma responsabilidade patrimonial nos casos em que não há cumprimento espontâneo da obrigação (a pretensão é resistida, surge o litígio): e mesmo aí há outras formas de coerção para a realização da prestação (por vezes um terceiro realiza a prestação, custeado pelo devedor; noutras se estabelece multa para que o devedor cumpra a prestação; foram mencionados casos mais extremos na nota 333, *supra*). Já Menezes Cordeiro (p. 289, 297 e

naturais como “direitos mutilados” – direitos *cortados*, à altura da pretensão ou da ação. Explica o jurista brasileiro:

Há direitos que *não têm* ou *perderam* pretensão ou ação. Circunstâncias históricas deram ao fato nome impróprio, pois ao complexo “direito, pretensão e ação”, tirando-se a ação, ou a ação e a pretensão, ficaria direito. Em verdade, trata-se de direitos desprovidos de pretensões ou da ação, ou de direitos mutilados. Em vez disso, falou-se de *obligatio tantum naturalis*. [...]. Não é só. O nome *naturalis obligatio* alude a regra de direito natural, ou segundo a opinião natural, o que não corresponde, ou, pelo menos, não mais corresponde ao que se passa (aliás, pensou-se que *obligatio naturalis* aludisse a *naturale*, ou *ius gentium*, e em verdade é conceito da filosofia grega, que se importou). Tentou-se substituir a expressão por outra: obrigação imperfeita; mas, em verdade, a obrigação, se é, perfeitamente, e a ação não é essencial à noção de obrigação [...]. O próprio direito perfaz-se sem ação; ainda que fosse de esperar-se a ação, nem por isso seria imperfeito: se ela falta, ou se ele a perde, dir-se-ia mutilado (de *mutilus*, cortado), e não imperfeito.³⁵⁴

Isso vale, porém, apenas para as *verdadeiras* obrigações naturais, e não para deveres puramente morais. Nas obrigações naturais, pode haver relação jurídica, “o que demonstraria precisamente que o direito de execução não faz parte do direito de crédito”; ou não há, e o caso nem deveria ser tratado dentre as obrigações naturais: “e então, a ausência de responsabilidade corresponde precisamente a uma ausência de dívida”.³⁵⁵

Quanto ao caso da fiança, “ele não constitui exemplo de responsabilidade sem dívida, uma vez que o fiador é um verdadeiro devedor, ficando pessoalmente obrigado perante o credor, ainda que a sua obrigação seja acessória”,³⁵⁶ em outras palavras, a fiança

p. 330 referida abaixo) frisa que a respondência é *anterior*, no sentido de que tem influência sobre a própria realização da prestação, criticando a sua colocação no plano do Direito Público (apareceria já na ação de direito material: “a toda a ação corresponde também uma posição substantiva” – p. 297 – cf. nota 363, *infra*). Menezes Leitão trata a respondência como *aplicação pelo Estado*. Parece-nos que ambos têm razão, ainda que não seja possível unir as duas visões: porque Menezes Cordeiro tem uma visão de respondência bem peculiar (e interessante), enquanto Menezes Leitão está criticando *outra visão de respondência*, aquela descrita por diversos defensores da *Haftung*, arrolados dentre as doutrinas realistas ou dentre as dualistas (p. 80-81, como “direito sobre os bens do devedor”, ou como “ação executiva”). Assim, Menezes Leitão não nega a importância da “garantia jurídica” no cumprimento espontâneo dos deveres, como Menezes Cordeiro não nega que muitos dos defensores das teorias realistas ou mistas tinham em mente a atuação judicial dos direitos (tanto que também os criticou).

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, VI, § 640, 1. Isso para as verdadeiras “obrigações naturais”, não para os deveres morais. Fernando Pessoa usou “mutilação” de forma semelhante: “[...] não sendo a personalidade a minha, é, não diferente da minha, mas uma simples mutilação dela. Sou eu menos o raciocínio e a afetividade” (*Poemas de Alberto Caeiro*. Obra poética II. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 16). Quanto à diferença entre as obrigações naturais e as dívidas prescritas, cf. tomo VI, §691, 3, p. 256: nas obrigações naturais há mutilação, desde logo – em geral, a pretensão não nasce. Com a oposição da exceção de prescrição, além de ocorrer *encobrimento* mais que extinção (até porque é possível a renúncia à prescrição por declaração – e não só por isso –, sutileza observada pela doutrina clássica, mas que vem sendo deixada de lado), nasceu a pretensão que *depois* foi encoberta. No local citado: “aqueles que consideram obrigação natural a obrigação prescrita dilatariam o conceito de obrigação natural (e.g., L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 612). Em sentido larguíssimo é que a mutilação do direito seria tanto o corte à pretensão, à ação, ou à exceção, quanto o encobrimento”.

³⁵⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., I, p. 77; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., VI, p. 295-296.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 76.

“é, ela toda, uma obrigação perfeita e, portanto: com o seu débito e a sua responsêcia”.³⁵⁷ Aliás, é de se notar que alguns apontam, como razão prática que recomenda a adoção da teoria, a possibilidade de *cisão* entre o *Schuld* e o *Haftung*: mas alguns dos criadores da teoria ressaltaram justamente a *essencialidade das duas realidades*, a impossibilidade de uma sem a outra.³⁵⁸

Mas a principal crítica parece ser a de que esta “responsêcia”, seja como for entendida, não é peculiar às relações obrigacionais. Toda a relação jurídica, posto que jurídica, tem a garantia estatal: afinal, todo o direito pode ser assegurado por alguma ação. Daí falar Menezes Cordeiro em uma “diluição da garantia na ideia de juridicidade”.³⁵⁹ A verdade é que, quando se vê o *Haftung* como um *momento de ataque ao patrimônio*, coloca-se como regra o que é exceção: em geral os deveres são cumpridos espontaneamente, talvez por um “sentimento jurídico” (*Rechtsgefühl*),³⁶⁰ e apenas nos casos patológicos se faz necessária a tutela judicial.

Ademais, muitos dos defensores da *Haftung* sustentaram que não seria possível reconhecer um direito de crédito pela impossibilidade de *forçar* o devedor a realizar a prestação: mas “o devedor está vinculado ao cumprimento, sendo que a existência de um direito apenas depende do seu reconhecimento por uma norma, independentemente de ser garantido por uma sanção e muito menos por uma sanção com plena eficácia”.³⁶¹ Por outro lado, Menezes Cordeiro frisa que esta garantia geral, que se dilui na juridicidade, *é efetivamente um “momento da própria prestação”*.³⁶² Este autor exclui as teses de que a responsêcia traduz um poder de agressão patrimonial, no que se distancia da visão de alguns dos defensores da “responsêcia”. Já se falou sobre isso.

E, se entendemos bem, o que quer dizer é, sobretudo, que a simples possibilidade de acesso aos Tribunais influencia os devedores no momento em que satisfazem espontaneamente os seus deveres.³⁶³ Ele próprio sustenta que os conceitos de débito e

³⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., VI, p. 296.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 286: “Além disso – dizem os seguidores do dualismo – fica ainda demonstrada a essencialidade das duas realidades: um débito sem responsêcia não teria estrutura jurídica, enquanto uma pura responsêcia careceria de sentido prático”.

³⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, VI, p. 330-331: “qualquer situação jurídica, porque jurídica, está dotada de garantia”.

³⁶⁰ HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português**: teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2003, p. 158: “a ordem jurídica conta em princípio com a observância e cumprimento espontâneos dos direitos subjetivos e das correspondentes obrigações em virtude do sentimento jurídico (*Rechtsgefühl*) comum”.

³⁶¹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., I, p. 81.

³⁶² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, VI, p. 330.

³⁶³ Na p. 330: exprime-se “pela influência que exerce na vontade do devedor”. Mas também frisa a existência de posição material correlata à processual: novamente *cf.* nota 353 *supra*. Quanto a esta posição, logo abaixo

respondência “são hoje tomados como conceitos de ordenação, que permitem entender e aprofundar diversos aspectos do Direito das Obrigações, mais do que verdadeiras explicações históricas e dogmáticas”.³⁶⁴ Por fim, conclui que a aceitação da responsabilidade em seus termos não modifica a estrutura da obrigação: “não se trata de algo que interfira no conceito e na estrutura da obrigação”.³⁶⁵

A rigor, a ideia de “garantia jurídica” vem sendo trabalhada, há bastante tempo, no estudo das relações jurídicas em geral. Cabral de Moncada, por exemplo, ensinava que o quarto elemento essencial das relações jurídicas era a *garantia*, pois se o Direito se “distingue das outras esferas do ‘normativo’ social, como o ético e o ético-religioso, é porque tem a caracterizá-lo um elemento de obrigatoriedade coativa que o Estado representa” (e parece equiparar a garantia ao direito de ação).³⁶⁶ Também Manuel de Andrade, quanto ao “elemento *garantia*”, leciona: o que distingue a norma de Direito das demais é o “ser assegurada por sanções exteriores (coativas), organizadas pelo poder estadual e por ele executadas”.³⁶⁷ Vê-se logo que o exame da questão partiria da própria estrutura (una ou dúplice) da norma jurídica; e, mais importante: vê-se que não há particularidade das relações *obrigacionais*.

1.1. A relação obrigacional como processo.

As doutrinas que ressaltam a complexidade intra-obrigacional em geral são analisadas em conjunto com as teorias acerca desta relação jurídica. Optou-se por colocá-las neste tópico destacado, porém, porque a visão da relação obrigacional como processo não é, propriamente, uma teoria “diferente” da teoria clássica, ou das doutrinas dualistas, mas uma *perspectiva* que pode ser compatibilizada com ambas. A relação jurídica obrigacional deveria ser vista como um *todo* e como *processo*: assim, respectivamente, por uma perspectiva *totalizante* e *dinâmica*.³⁶⁸

se esclarecerá que, no presente trabalho, será evitada a menção à ação material. Mas as pretensões e ações não existem *desde logo*: fazem parte justamente de *modificações da relação obrigacional*, como no advento do termo, que faz nascer a pretensão. As ações materiais, em regra, são exercidas judicialmente, quando o devedor resiste à exigência efetiva: instado a cumprir, não cumpre.

³⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., VI, p. 294.

³⁶⁵ *Ibid.*, VI, p. 330. Também são críticos da inserção da responsabilidade na estrutura da relação obrigacional: MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*. Com a colaboração de Rui de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1958, I, p. 29; VARELA, *Das Obrigações*..., cit., I, 2003, p. 147 e seguintes, entre outros.

³⁶⁶ CABRAL DE MONCADA, *Lições*..., cit. (4ª ed., Almedina, 1995), p. 236-237.

³⁶⁷ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação jurídica*, cit., I, 1983, p. 22-23.

³⁶⁸ Síntese de COUTO E SILVA, *A obrigação*..., cit., p. 5; e também de LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, I, cit., p. 37 e ss.: como um *todo* e como *processo*.

Este modo de encarar a relação obrigacional não é, na realidade, muito recente. A doutrina tem desenvolvido desde H. Siber³⁶⁹ a complexidade intra-obrigacional. Este autor, aliás, emprestou a expressão “organismo” de Savigny, que entendia que a relação obrigacional “tem uma natureza orgânica”, que se manifesta “no [seu] progressivo desenvolvimento”.³⁷⁰ Larenz examinou a relação jurídica obrigacional como *um todo* e como *processo*,³⁷¹ sendo certo que seu nome teve peso na difusão da doutrina pelo mundo. No Brasil, teve especial importância a obra de Clóvis do Couto e Silva e, mais recentemente, a teoria tem recebido a atenção de Judith Martins-Costa.³⁷²

Mencionou-se a síntese de Couto e Silva (“visão totalizante e dinâmica”), e a expressão de Larenz (como “todo” e “processo”). Há, portanto, dois fatores a considerar: (a) quanto à visão “totalizante”, ressalta-se que na relação obrigacional não costuma haver simplesmente um vínculo *crédito – débito*, mas múltiplos nexos *crédito – débito* (como nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos), além de deveres secundários, direitos potestativos, ou, pelo menos, deveres laterais de conduta; (b) quanto à visão “dinâmica”, em geral o que se ressalta é o fato de a relação obrigacional *tender à própria extinção*: ela se dirige à extinção, com o adimplemento e a satisfação do interesse do credor.

Cabe ponderar, de início, que nas diferentes obras é possível identificar um distinto *nível de intensidade* com que se frisa a complexidade intra-obrigacional. A doutrina diferencia há bastante tempo as relações jurídicas *simples* e *complexas*: simples “será aquela que se analisa num só direito subjetivo (poder jurídico) atribuído a uma pessoa e no correspondente dever ou sujeição imposto a outra pessoa”.³⁷³ E complexa: “conjunto de direitos subjetivos e de deveres ou sujeições, quando tais direitos e deveres ou sujeições advêm de um mesmo fato jurídico”.³⁷⁴ São semelhantes as lições de Mota Pinto que, porém,

³⁶⁹ Segundo CORDEIRO, A. Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 587-588 e **Tratado**, *cit.*, VI, p. 319 e ss.; MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 77. Também BETTI menciona uma “orientação dinâmica” da relação obrigacional (**Teoria Generale delle Obbligazioni**. Vol. III – Fonti e vicende dell’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1954, p. 1).

³⁷⁰ SAVIGNY. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Scialoja. Torino: UTET, 1886, vol. 1, p. 36-37.

³⁷¹ LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, I, p. 37 e seguintes.

³⁷² COUTO E SILVA, **A obrigação...**, citada, *supra*; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Coord. por Sálvio de F. Teixeira. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2 tomos.

³⁷³ MANUEL DE ANDRADE, **Teoria Geral da Relação Jurídica**, *cit.*, I, 1983, p. 4. O autor considera o direito potestativo uma espécie de direito subjetivo.

³⁷⁴ *Loc. cit.* Note-se que o “advir do mesmo fato jurídico” não dá solução definitiva ao problema. Pois outros fatos jurídicos podem inserir novos direitos e deveres na relação, ou então extinguir direitos (relações jurídicas simples), sem extinguir a relação complexa. Mas o autor ainda via o fato jurídico como “elemento da relação jurídica”, como “elemento criador” (*cf.* a crítica no Capítulo Primeiro, p. 16, nota 21).

unifica o conjunto de direitos pelo “promanarem do mesmo fato jurídico ou o visarem o mesmo escopo. Fala-se então em *relação jurídica complexa*”.³⁷⁵

A distinção entre relações jurídicas simples e complexas é importantíssima, pois a extinção de uma relação jurídica simples pode ser vista como modificação da relação jurídica complexa. Assim, pode-se ver o efeito de um fato jurídico na relação jurídica simples, ou na relação jurídica complexa: já se mencionou que a *extinção* de um direito pode significar a *modificação* da relação jurídica inteiramente considerada; mas é sempre a *extinção* de uma relação jurídica simples, de um nexó direito-dever. Lourival Vilanova afirma que dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos “advêm efeitos bilaterais, efeitos esses que são obrigações”.³⁷⁶

Larenz começa o capítulo citado frisando a necessidade de se ver a obrigação, não apenas “como relação de prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas como a relação jurídica total (ex.: relação de compra e venda, de arrendamento, de trabalho)”.³⁷⁷ Mas ainda vai além: “compreenderá uma série de deveres de prestação e conduta, e além deles pode conter para uma ou outra das partes direitos de formação (ex., um direito de denúncia, ou um direito de opção), ou outras ‘situações jurídicas’”.³⁷⁸ Assim, já quanto à questão “estrutural”, a doutrina tem ido *além* da distinção entre relações jurídicas simples e complexas.

Seria possível dizer que dentro da relação obrigacional, há relações jurídicas que não são propriamente obrigacionais.³⁷⁹ a relação *direito potestativo x sujeição*, de si só, é relação jurídica;³⁸⁰ pode-se ver relação jurídica mesmo no “dever de informar”, que se extrai

³⁷⁵ MOTA PINTO, **Teoria Geral**, *cit.*, (4. Ed., 2ª reimpr., 2012), p. 186.

³⁷⁶ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. Recife: OAB-PE, 1985, p. 128, continua: “mas bem poderia constituírem-se obrigações para ambos os sujeitos pactuantes e não se corresponderem. Sem a relação-de-correspondência seriam obrigações não reciprocamente vinculadas. Se não reciprocamente vinculadas, o descumprimento advindo de um sujeito não conferiria ao outro o direito de deixar de adimplir a sua obrigação”. Não estamos a tratar do nexó *ativo x passivo* que há em toda a relação jurídica, mas a referir o caso em que há *dois nexos ativo-passivo* enantiomórficos, como na compra e venda.

³⁷⁷ LARENZ, **Obrigações**, *cit.*, I, p. 37.

³⁷⁸ *Loc. cit.*

³⁷⁹ “As relações jurídicas aparecem, as mais das vezes, formando verdadeiros complexos de situações, às vezes inextrincáveis, metidas umas dentro das outras” (CABRAL DE MONCADA, **Lições**, *cit.*, p. 233).

³⁸⁰ Como se desenvolveu no Capítulo Primeiro, item 3.2, *supra*. VILANOVA, **Causalidade e relação**, *cit.*, 1985, p. 167-168: “relação jurídica, porém, existe. A inexistência de dever jurídico, cujo descumprimento representasse ato ilícito, no direito potestativo, ou a contraprestação típica do direito subjetivo não altera a relacionalidade. Também nos direitos auto-pessoais inexistente contraprestação de dever jurídico concreto e individuado. Há dever jurídico de respeito”; “nos direitos subjetivos públicos, como o direito de sufrágio, ao titular do direito – cidadão eleitor – não se contrapõe sujeito passivo com o dever jurídico de prestar. JELLINEK observou-o inexcitavelmente”; PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 567, 3, p. 245 (explicação já referida: só se admite ação declaratória quanto às *relações jurídicas*, no Direito brasileiro); MANUEL DE ANDRADE, **Teoria Geral da Relação Jurídica**, *cit.*, I, 1983, p. 12-13.

da boa-fé (art. 422, CCB/02), em relação ao correspondente direito de ser informado.³⁸¹ Quanto às modificações da “relação jurídica obrigacional”, será necessário distinguir: a criação ou a extinção dos deveres prestacionais (da “obrigação”, entendida como relação *crédito – débito*), sobretudo nos contratos sinalagmáticos, em que há dois destes nexos, e a extinção de outros direitos e deveres.

Já a *perspectiva dinâmica* tem levado ao acréscimo de um elemento finalístico, que reforça a identidade da relação. Como explica Menezes Cordeiro, “a menção a um ‘processo’ permite a Larenz focar o sentido final das obrigações, as quais, viradas para um escopo, vão sofrendo alterações durante o seu percurso temporal, sem prejuízo da identidade de base”.³⁸² E, no próprio Larenz, lê-se que a relação de obrigação é “um todo” que “subsiste enquanto tal, ainda que alguns dos deveres que contém se tenham extinguido pelo cumprimento, ou alguns dos direitos formativos [direitos potestativos] tenham desaparecido por terem sido exercidos”. Ainda: “pode, sem perder sua identidade como tal ‘relação de obrigação’, ser modificada em seu conteúdo”.³⁸³

Por fim, cite-se lição de Menezes Leitão: “a obrigação permanece, mesmo que algumas dessas situações jurídicas se venham a extinguir, e conserva a sua identidade, mesmo que as partes acordem em alguma modificação ou na sua transmissão para terceiros”.³⁸⁴ Os doutrinadores que aprofundaram o estudo das modificações das obrigações, acabaram se deparando com a questão da *identidade* da relação jurídica, ou seja, buscaram determinar *até que ponto* pode haver uma modificação, sem que ocorra a *extinção* e a *constituição* de uma nova relação.³⁸⁵

E isso é essencial para o presente trabalho, em que se pretende estudar precisamente as “espécies de alterações sem quebra da identidade da relação jurídica”.³⁸⁶ Assim: (1) a perspectiva *dinâmica*, sobretudo, leva a um reforço da identidade, o que leva à admissão de um número maior de *modificações* – mesmo a mudança dos deveres prestacionais principais,

³⁸¹ Cf. a postura de MEDICUS ao analisar o § 242 do BGB (**Tratado de las relaciones...**, *cit.*, vol. I, p. 74 e seguintes): de fato, tanto o *suporte fático*, quanto as consequências jurídicas têm alto nível de abstração. Do efeito “*devem agir segundo a boa-fé*”, a doutrina tem extraído e consolidado deveres jurídicos específicos.

³⁸² MENEZES CORDEIRO, **Da boa-fé...**, *cit.*, p. 590.

³⁸³ LARENZ, **Obligaciones**, *cit.*, I, p. 38. Interessante também a lição de Couto e Silva, logo na introdução de sua obra: “o cômico Epikarmos anotou, com certa ironia, contra os adeptos da concepção atomística, que, se o todo se modificasse com as alterações sofridas pelas partes, então o devedor poderia recusar-se a adimplir a sua dívida, sob a alegação de que, desde a conclusão do ato jurídico, pelas modificações físicas por que passara, se havia transformado em outra pessoa” (**A obrigação...**, *cit.*, p. 6).

³⁸⁴ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 78; Cf., ainda, ALMEIDA COSTA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, p. 74; no Brasil, LÔBO, Paulo. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60-62.

³⁸⁵ Para citar, exemplificativamente, um autor mais antigo: CHIRONI, G. P. **Istituzioni di Diritto Civile Italiano**. 2. Ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912, vol. II, p. 46.

³⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, Parte III, é o título dado ao Capítulo I, p. 61.

diante da permanência das mesmas partes, unidas com a mesma finalidade, pode ser vista apenas como *modificação*, e não *extinção*; (2) a perspectiva *totalizante*, além de também permitir que se veja *alteração* em situações tradicionalmente entendidas como de *extinção*,³⁸⁷ permite uma visão mais coerente das vicissitudes da relação jurídica obrigacional. Como ensinava Savigny:

Cada singular direito representa somente uma face particular, separada por abstração do todo; por isso que o juízo, mesmo, acerca do singular direito, não pode ser verdadeiro e razoável [*ragionevole*], senão quando se baseia na compreensão completa da relação jurídica.³⁸⁸

Assim, as modificações da relação obrigacional só podem ser perfeitamente compreendidas quando analisadas dentro da relação jurídica integralmente considerada. A extinção de um direito é, sempre, a extinção de uma relação jurídica (simples); mas certas vezes deve ser vista como *modificação* da relação jurídica complexa, para que se compreenda seu verdadeiro significado. Pense-se na extinção de um direito de garantia, sem extinção de toda a relação jurídica obrigacional: parece-nos modificação, mais do que extinção.³⁸⁹ O nascimento de uma exceção, como a exceção de prescrição, parece ser mais *modificação*, do que *criação de relação jurídica* (“exceção x situação de excetuo”): é modificação, aliás, tendencialmente extintiva, que reduz conteúdo.

No presente trabalho, enfim, será necessário *distinguir* a criação, a modificação ou a extinção das relações jurídicas simples e das complexas. Por vezes, a modificação da relação jurídica obrigacional complexa – e buscaremos manter o foco nestas –, pode ser explicada por aquilo que ocorre com relações jurídicas simples. “As modificações dos direitos são modificações das relações jurídicas”.³⁹⁰ Deve-se aludir aos direitos, em suma, para identificar possíveis *espécies de modificação*. Além disso, como se ressaltou, esta perspectiva dinâmica e totalizante da relação obrigacional tem levado a um reforço da identidade da relação obrigacional, permitindo maiores modificações.

Porém, em alguns casos o que se tem visto é uma *sobrevalorização* da complexidade obrigacional. E tais excessos têm sido criticados. Como ensina Menezes Cordeiro, a utilização de expressões como organismo, estrutura, conceito quadro, processo

³⁸⁷ Cf. nota 398, *infra* (e nota 2, *supra*) de Menezes Cordeiro, salientando que o adimplemento nem sempre chega a extinguir toda a relação jurídica obrigacional.

³⁸⁸ SAVIGNY, *Sistema del diritto...*, cit., 1886, vol. 1, p. 36: “ogni singolo diritto rappresenta soltanto una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto; cosicchè il giudizio stesso circa il singolo diritto non può essere vero e ragionevole, se non quando si basa sulla comprensione completa del rapporto giuridico”.

³⁸⁹ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 904. Se bem que “extinção do direito de garantia” dá noção exata do que se passa. O outro exemplo talvez seja mais feliz.

³⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, p. 318.

teleológico, “ou outras, não deve ser sobrestimada: temos meras imagens descritivas de uma realidade que, antes de mais, é jurídica”.³⁹¹ E pondera: “atenção: aponta-se a limitação das proposições (*Ansätze*) explicativas em causa e não da própria evidência da relação obrigacional em sentido amplo, como realidade complexa”³⁹² – estaria aqui discordando de Menezes Leitão. Mas ainda completa: “A ideia de que a obrigação é uma realidade complexa não oferece, hoje, dúvidas. Em compensação, não parece assente se esse fenômeno deve, ou não, repercutir-se na própria estrutura da obrigação e, daí, no seu conceito”.³⁹³

A ponderação crítica de Menezes Leitão, em verdade, parece muito semelhante:

Apesar de não se deixar de reconhecer a razão destas formulações, a verdade é que modernamente tem-se evitado a sobrevalorização da complexidade do vínculo obrigacional, dado que esta formulação é essencialmente descritiva, além de que, como salientaram ESSER/SCHMIDT, no processo civil não surge o direito do credor como complexo, mas o direito de crédito como elemento isolado.³⁹⁴

A despeito da semelhança das posturas, ambos reconhecem alguma discordância.³⁹⁵ Parece-nos que ambos defendem que tem ocorrido alguma sobrevalorização da complexidade do vínculo, bem como que as formulações são essencialmente descritivas. Se entendemos bem, Menezes Cordeiro criticou a posição de Menezes Leitão por entender que *sempre haveria* complexidade (diz: *a ideia de que é uma realidade complexa, não oferece, hoje dúvidas*).³⁹⁶ Afinal, ambos criticam o que consideram uma *sobrevalorização* da complexidade intra-obrigacional. A rigor, nem parece possível extrair do trecho citado, de Menezes Leitão, que ele diga o contrário.

Quando se vê o artigo 422 da codificação vigente no Brasil, parece, de fato, que sempre haverá deveres laterais de conduta, decorrentes da boa-fé. Por outro lado, o artigo se dirige aos contratos, e nem toda a relação jurídica obrigacional é criada por esta espécie de fato jurídico. Ademais, há “obrigações unilaterais”, em que apenas uma das partes tem dever: e seria possível, nelas, imaginar apenas um nexo *direito – dever*, ou seja, relação jurídica simples que não se insere em outra. Ainda, na prática, são extremamente comuns as obrigações que surgem e se extinguem quase que ao mesmo tempo.³⁹⁷

³⁹¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., VI, p. 319.

³⁹² *Loc. cit.*

³⁹³ *Loc. cit.*

³⁹⁴ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., I, p. 80.

³⁹⁵ *Loc. cit.*, nota 191; MENEZES CORDEIRO, *loc. cit.*, nota 1099, mas antes, edição de 2009, p. 297, nota 1016, que considerava equivocada a posição (crítica) de Menezes Leitão.

³⁹⁶ Como MARTINS-COSTA, *Comentários*, cit., vol. V, tomo I, p. 78: “nesta perspectiva, a relação obrigacional, mormente a relação contratual, é sempre complexa”.

³⁹⁷ COUTO E SILVA, *A obrigação...*, cit., p. 143: “por vezes, o nascimento e o adimplemento ocorrem num ato único, impedindo que se possa perceber, com olhos de leigo, também nessa hipótese a obrigação como processo”.

Ademais, lê-se mesmo na obra de Menezes Cordeiro que *o adimplemento em geral é fato jurídico extintivo*, o que teria *duas exceções*: o das obrigações duradouras e o dos deveres acessórios.³⁹⁸ Assim, indica que a regra geral é a do adimplemento que extingue completamente a relação obrigacional. Quanto ao Brasil, citamos logo acima Couto e Silva, que entendeu ser *impossível perceber, com olhos de leigo, a obrigação como processo*, nos casos (frequentes) em que a obrigação é criada, e logo depois já se extingue. Este autor também frisou que a concepção da obrigação como processo somente é “adequada àqueles sistemas nos quais o nexó finalístico tem posição relevante”,³⁹⁹ ou seja, onde há separação *relativa* entre os planos obrigacional e real.

Em conclusão, pode-se dizer: não é fácil imaginar uma situação em que não haja um mínimo de complexidade, em que exista apenas um direito à prestação; mas a exclusão *a priori* da possibilidade parece questionável. Basta pensar em uma *obrigação unilateral que não decorra de um contrato*, como sói ocorrer no campo da responsabilidade civil. De qualquer forma, o que importa é que, em inúmeras situações, a eventual complexidade não terá qualquer relevância prática, como nas (comuns) obrigações que se criam e se extinguem em um átimo.

Neste tópico voltado às teorias sobre a relação obrigacional, era isso o que se pretendia dizer. Muito do que se salientou aqui será retomado em certos tópicos do Capítulo Terceiro, *infra*, sobretudo quando se tratar da formação dos contratos e da responsabilidade pré-contratual (ou também pós-contratual). Agora, feita esta breve avaliação das teorias que buscaram explicar a relação jurídica obrigacional, pode-se passar a uma análise do conceito de Obrigação e de Direito das Obrigações, bem como do *conteúdo* e do *objeto* das relações obrigacionais.

2. Conceito e delimitação: Obrigação e o Direito das Obrigações.

Já foi possível demonstrar que os fatos jurídicos *criam, modificam e extinguem* relações jurídicas, inclusive as obrigacionais. Assim, a relação obrigacional é sempre *efeito* de algum fato jurídico. Fala-se, assim, nos fatos jurídicos como “Fontes das Obrigações”, e fica clara a diferença entre o contrato e a obrigação: é a diferença entre *causa e efeito*, nas

³⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, p. 60 (e p. 59).

³⁹⁹ COUTO E SILVA, *A obrigação...*, cit., p. 11-12.

palavras de Pothier, acima referidas. Assim, a relação obrigacional pode ser considerada *categoria eficaz*, que tem por *conteúdo* direitos, deveres, pretensões, obrigações, exceções, direitos potestativos, etc.⁴⁰⁰ Todas estas figuras são eficaciais (= são efeitos dos fatos jurídicos).

Cabe analisar melhor a ideia de *conteúdo* e de *objeto* das relações obrigacionais. Ainda antes, cabe delimitar o que se entende por Direito das Obrigações, e analisar as diferentes acepções com que a palavra “obrigação” é utilizada. Isso tudo terá importância para a delimitação do presente trabalho, mas também para que se compreenda *o que é* a relação jurídica obrigacional, e o que deve ser visto como *modificação* dela.

2.1. Obrigação, relação jurídica obrigacional e Direito das Obrigações.

A discussão doutrinária existente quanto à expressão “obrigação” parece ser, em geral, questão de terminologia. Seguimos, a princípio, a nomenclatura utilizada por Pontes de Miranda, que considera *obrigação*, em sentido estrito, como a posição correlata à *pretensão*. Assim, quando se utilizar aqui *obrigação*, é ao dever premível (o dever *já exigível*) que se alude. Consideramos possível falar em Obrigação, com “O” maiúsculo, em alusão à relação jurídica obrigacional. Mas, para garantir a precisão, e também por abreviação, utilizaremos também a sigla “RJO” para a relação obrigacional.

Não nos pareceria correto sustentar algum “equivoco” no uso da expressão “obrigação” em alusão à relação jurídica obrigacional,⁴⁰¹ até porque era *ao vínculo* que os romanos aludiam ao definir “obrigação”, e não apenas à posição passiva: tinha-se em foco um *vínculo*, ou *ligação* (*ob-ligatio*), entre pessoas, que poderia ser *solvido*, ou *re-solvido*.⁴⁰² Mas como a doutrina utiliza, com frequência, a expressão “obrigação” para aludir a uma posição *passiva*, falaremos em *obrigação* como posição passiva correlata à pretensão, e RJO em referência ao “todo”, à relação jurídica obrigacional. A questão será retomada abaixo.

No presente trabalho, deve-se entender por *Direito das Obrigações* o ramo do Direito Civil assim especificado no chamado “modelo germânico” de divisão das matérias

⁴⁰⁰ ASCENSÃO, **Direito Civil: Teoria Geral**, 2010, *cit.*, vol. 2, p. 11: “A vicissitude que provoca consiste em criar, modificar, transmitir, extinguir, etc., situações jurídicas. Quer a vicissitude, quer a situação jurídica que dela resulte, podem ser tomadas como efeitos jurídicos dos fatos”.

⁴⁰¹ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 11-17. Inúmeros juristas falam em “obrigação” para aludir à relação jurídica obrigacional.

⁴⁰² A referência é à conhecida passagem das *Institutiones* de Justiniano: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* (I., 3.13.pr). Quem resolve, solve, diz Pontes de Miranda: “Resilição é apenas espécie de resolução, a resolução *ex nunc*. Resolver é solver, como dissolver; resilir é sair”. (**Tratado**, XXV, §3.086, I, p. 305).

civilísticas.⁴⁰³ Menezes Leitão ensina que este modelo costuma separar “dois ramos de características estruturais, as Obrigações e os Direitos Reais, e dois ramos de características institucionais, o Direito da Família e o Direito das Sucessões”.⁴⁰⁴ Ainda seria possível acrescentar considerações acerca da característica da *patrimonialidade* do Direito das Obrigações, em sua delimitação, mas há exceções, de forma que esta característica é apenas *tendencial*.⁴⁰⁵

Não parece haver grande controvérsia doutrinária quanto à ideia de Direito de Obrigações, aqui apresentada.⁴⁰⁶ Apenas quanto à “obrigação”, com “o” minúsculo, é que será utilizada uma terminologia ligeiramente diferente daquela que é corrente, para aludir à posição correlata da pretensão. Isso leva a um problema, evitado por alguns: a nossa escolha faz com que tenhamos de admitir obrigações *fora* do Direito das Obrigações. Age-se assim, porém, para permitir a diferenciação de outras categorias eficaciais. Veja-se lição de Pontes de Miranda, cuja terminologia adotamos:

Quando se vai falar de direito das obrigações já se restringe a tal ponto o conceito de obrigação, já se pré-excluem obrigações que não entram no quadro, e de tal modo se precisa o conceito, que em verdade melhor teria sido que às obrigações que são objeto do Direito das Obrigações se houvesse dado outro nome. Porque a direito corresponde dever, de que o devido é objeto a prestar-se, e a pretensão corresponde obrigação, sem que se possa negar que há pretensões e obrigações fora do Direito das Obrigações.⁴⁰⁷

Caberá proceder à diferenciação das seguintes categorias eficaciais: *direito x dever; pretensão x obrigação; ação x situação de acionado; exceção x situação de excetado; direito potestativo x sujeição*. Assim, têm-se direitos e deveres como *categorias estáticas*, inconfundíveis com as figuras da *pretensão e da obrigação*. O direito, a rigor, é o que fica de positivo, na relação jurídica, como eficácia de um fato jurídico. Ao *direito* não é necessária a exigibilidade.

⁴⁰³ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O Contrato e os Direitos Reais**. São Paulo: RT, 2012, p. 35: “chamado *partição em cruz do direito privado* (*Kreuzenteilung*), foi concebido com primazia em 1807 por HEISE, superando o sistema das instituições, que pautou o ABGB e o próprio *Code Civil*”; Cf. MENEZES CORDEIRO, **Tratado...**, *cit.*, vol. VI, p. 49; HATTENHAUER, **Conceptos jurídicos fundamentales**, *cit.*, p. 65.

⁴⁰⁴ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, vol. 1, p. 13-14.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, vol. 1, p. 92; NORONHA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, p. 63-70; MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, vol. VI, p. 344 *et seq.*

⁴⁰⁶ Por mais que praticamente falte, a este setor, identidade substancial: há “uma absoluta diversidade substancial: muito superior à de qualquer outro ramo jurídico-normativo” (MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 52). A unidade do setor é, sobretudo, histórico-cultural. Não há muita divergência doutrinária porque a maior parte dos juristas acaba adotando a divisão germânica das matérias.

⁴⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXII, § 2.679, 1.

Enquanto o direito é uma categoria estática, a pretensão (*Anspruch*) é dinâmica: ela se lança (diz Pontes de Miranda) em direção ao devedor. Esta categoria, *Anspruch*, foi criada por Bernhard Windscheid⁴⁰⁸ no séc. XIX a partir da *actio* do Direito Romano. Certo é que a Antiguidade Clássica não precisou a distinção entre Direito material e processual (Windscheid a estava desenhando). Assim, a *actio* romana envolvia aspectos materiais e processuais. O jurista alemão buscou justamente “extrair” todos os aspectos processuais da *actio* romana para formar a *Anspruch*, como ele mesmo explica:

Não se pode dizer que a *actio* romana seja a nossa pretensão; no conceito de *actio* se compreende um elemento que não se contém no nosso conceito de pretensão, o elemento do tribunal, de sua audiência e da tutela judiciária.⁴⁰⁹

Mas qual motivo levou o jurista à elaboração do conceito? Novamente, o próprio Windscheid explica: “existe uma necessidade de exprimir a tendência do direito de submeter a vontade dos outros”,⁴¹⁰ ou seja, uma tendência *do direito* de se lançar, em direção à outra pessoa. Daí que Pontes de Miranda ensina: na expressão pretensão, “o *–pre* está, aí, por ‘diante de si’. [...] A pretensão lança-se”,⁴¹¹ dirige-se à outra parte, enquanto o direito seria uma “categoria estática”. Pretensão é a *tensão* dirigida a alguém. A principal característica da pretensão seria a *exigibilidade*, ou seja, ela corresponderia à “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”.⁴¹²

Como se vê, é necessário distinguir estes “estágios” ou “diferentes poderes dentro da relação jurídica”.⁴¹³ Quando há termo inicial, por exemplo: as partes fazem um contrato *inexando*⁴¹⁴ termo inicial; surgem desde logo *direito e dever*, mas ainda não haverá *pretensão e obrigação* (e já há *relação obrigacional*, sendo tal direito um *direito de crédito*); caso, ainda antes do termo, o devedor entregue o que é devido, *paga*, cumpre dever jurídico que já tinha. Não estará *dando*, nem *doando*, mas adimplindo um dever. O advento do termo faz com que surja a *exigibilidade*: nasce, então, a pretensão, o poder de exigir a prestação.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Como explicam LEHMANN, *Parte General...*, *cit.*, p. 138 e também PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, p. 452.

⁴⁰⁹ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *cit.*, 1902, vol. I, I, §44, p. 186.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 183, *em trad. livre*.

⁴¹¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, p. 452.

⁴¹² *Ibid.*, V, p. 451.

⁴¹³ MELLO, *Teoria...* Eficácia (vol. 3), p. 184.

⁴¹⁴ Trata-se de mais uma expressão cunhada por Pontes de Miranda: ele chama *termo* e *condição* de *determinações inexas*, enquanto o encargo é *determinação anexa*. Termo e condição são *determinações que fazem parte* da manifestação de vontade, são parte dela: estão *in-nexam*, são inexasas, e não anexadas. Estas figuras serão analisadas no Capítulo Terceiro, *infra*.

⁴¹⁵ Cf. nota 583 no Capítulo Terceiro, *infra*, quanto ao termo que suspende a aquisição do direito.

Tais distinções serão essenciais, pois o advento do termo, ou o implemento da condição, parecem ser casos de modificação da relação jurídica obrigacional (RJO), pois podem levar a uma mudança no seu conteúdo. Antes do termo, o credor não pode *exigir* a prestação, mas já tem o crédito como categoria estática. É o termo inicial que lhe dá este poder de exigir, de *instar* o devedor ao adimplemento. O vínculo que unia credor e devedor se tornou *mais forte*: já era possível receber o pagamento *como pagamento*, retendo-o; mas ainda não era possível *exigir* tal pagamento. Pela importância do tema quanto à modificação das obrigações, ele será abordado Capítulo Terceiro, *infra*.

Note-se que a relação jurídica obrigacional surge quando se conclui o contrato, e não apenas quando do advento do termo. Assim, parece equivocada a definição de relação obrigacional trazida por Almeida Costa, de que seria o poder de uma pessoa de “exigir ou pretender, de outra ou de outras, uma prestação”.⁴¹⁶ O jurista diferencia, depois, o *exigir* do *pretender*, como se o *pretender* fosse *menos*. Ao que parece, esta distinção entre “exigir e pretender” vem sendo defendida por diversos doutrinadores portugueses, como Manuel de Andrade, Carlos Alberto da Mota Pinto, e Menezes Cordeiro.⁴¹⁷

Dizem tais autores que nas obrigações naturais só haveria “poder de pretender”. Ora, Windscheid mesmo falou em “direito de pretender” quanto à *Anspruch*, a pretensão, para explicar a distinção entre o poder de exigir e a exigência efetiva.⁴¹⁸ Outro lusitano, Gomes da Silva, estranhou tais colocações: “parece, por exemplo, que se entende que o credor, mesmo antes do vencimento da obrigação, já tem o poder de exigir a prestação”.⁴¹⁹ Por vezes, a impressão que se tem é a de que se faz alusão à *potência*, a *possibilidade* de se irradiar: fala-se como se pretensões e ações *possíveis* já existissem. Para dar um exemplo de alusão a categorias eficaciais *possíveis*, como se existissem desde logo, pode-se partir desta afirmação de Mota Pinto:

Ao definir o direito subjetivo usamos ainda uma formulação dicotômica: *poder de exigir ou de pretender*. Porquê? É que, na quase totalidade das hipóteses, o titular do direito subjetivo, se a contraparte não cumpre o dever jurídico a que está

⁴¹⁶ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 7. Ed., 1998, p. 56.

⁴¹⁷ MANUEL DE ANDRADE, *Obrigações*, cit., p. 27 (e *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, 1983, p. 11); MOTA PINTO, *Teoria Geral*, cit., 2012, p. 183; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Obrigações, I (vol. VI), p. 268. A impressão que se tem é a de que “pretender” não foi tomado como “ter pretensão” no sentido jurídico, mas por um *sentido usual específico*. No Dicionário *Houaiss*, verbete “pretender”, vê-se em primeiro lugar “reclamar como um direito, exigir”. E, na etimologia: “estender diante, estender para diante”, como sustentamos. Apenas um dos sentidos usuais é “aspirar a, desejar, querer”. Parece que estes juristas tomaram a expressão no último sentido, o que não nos parece adequado.

⁴¹⁸ WINDSCHEID, *Diritto...*, I, 1, cit., p. 183-184, “*come diritto di pretendere*”.

⁴¹⁹ GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. *Dever de prestar e dever de indenizar*. Lisboa: [s. e.], 1944, vol. I, p. 53.

adstrita, pode obter dos Tribunais e autoridades subordinadas a estes providências coercitivas aptas a satisfazer o seu interesse.⁴²⁰

Note-se: *se* a contraparte não cumpre. Ora, o não cumprimento é ato ilícito relativo, que em geral modifica a relação obrigacional. E não cabe colocar os efeitos de um *futuro* e *eventual* descumprimento (que é fato jurídico), como se existissem desde logo. Seria o mesmo que dizer que a pretensão à indenização por perdas e danos existe desde logo, ínsita em qualquer relação obrigacional. Há a previsão na lei, é verdade, mas *condicionada* a um fato (= suporte fático). Essa posição, que julgamos equivocada, parece presente em alguns dos defensores da doutrina *dualista* ou *mista* da relação obrigacional e, ainda, quando se menciona um “direito ao pagamento” devido ao fato de haver possibilidade de consignar, o que se retomará, de forma breve, mais adiante.⁴²¹

Também em Menezes Cordeiro se vê a colocação da pretensão real à restituição como *erga omnes*,⁴²² o que só se poderia conceber vendo-a como existente desde logo, sem depender de violação. Ora, não se pode exigir a *restituição* de todos, mas apenas de quem detém injustamente a coisa (norma: *se* alguém detém, *então* pode-se exigir a restituição; CCB/02, art. 1.228; CCP, art. 1311º). Ainda que se veja (como nós) *pretensão* à abstenção desde logo, jamais se poderia ver *pretensão à restituição* desde logo, *erga omnes*, como Menezes Cordeiro, se entendemos bem. Basta ver as afirmações de Windscheid, quando sustenta que a pretensão real à abstenção existe desde logo (com o que concordamos); e, do outro lado, A. von Tuhr e Enneccerus, dizendo o oposto.⁴²³

⁴²⁰ MOTA PINTO, **Teoria Geral**, *cit.*, 2012, p. 182. Já se disse algo na nota 353, *supra*.

⁴²¹ Quanto ao “direito de pagar”, diz-se que há a ação de consignação em adimplemento. De fato, se há ação, há pretensão, e há *direito*: tem de haver algo de *positivo*, no conteúdo da relação jurídica. Acontece que este *algo positivo*, que se pode denominar “direito de consignar”, só surge quando ocorrem fatos previstos no art. 335 do CCB/02. A rigor, a “faculdade de se liberar” é conteúdo de um *dever*. *Cf.* pág. 136, *infra* (nota 516).

⁴²² MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, VI, p. 375. MENEZES LEITÃO (**Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 79-80) faz longa citação de PESSOA JORGE que parece muito semelhante, mas este último frisa que o caso é de *modificação objetiva* (**Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1976, I, p. 129, e já antes na p. 125: “se converte”). Menezes Leitão também nota que ocorrem modificações nestes casos. Também aparece aqui o problema de se falar em *relações jurídicas abstratas* (o que se afastou no Capítulo Primeiro, *supra*): se nelas forem incluídos todos os direitos, pretensões e ações *possíveis* pelo ordenamento jurídico, só o que se tem é confusão, com poderes e deveres *condicionados* à ocorrência de fatos.

⁴²³ WINDSCHEID, **Diritto delle pandette**, *cit.*, I, 1, § 43, p. 184 e nota 3; ENNECCERUS, **Tratado**, *cit.*, I, 2, p. 462; VON TUHR, **Derecho Civil**, *cit.* (Madrid: Marcial Pons, 1998), I, 1, p. 249 e nota 10. Discutem estes autores se é possível falar-se em “poder de exigir” em relação a uma pluralidade de pessoas. Ou há pretensão à *abstenção* desde logo, ou então ela só nasce após a violação, contra uma pessoa determinada. A discussão diz respeito à pretensão à abstenção, mas a lógica toda da discussão mostra que seria incoerente pensar em pretensão à restituição desde logo (como exigir de alguém, ou de todos, a *restituição* de algo que ninguém pegou?). PONTES DE MIRANDA (**Tratado**, V, §616, 3, p. 455-456) também defende a existência de pretensão à abstenção desde logo nos direitos reais. A discussão também se deu pela confusão criada quanto à prescrição: se há pretensão desde logo, a prescrição deveria acompanhá-la. Mas quem argumentou desta forma não notou que as pretensões de não fazer *estão sendo continuamente satisfeitas*, até que sejam violadas. Por isso é que não corre prescrição: a satisfação *tende* à extinção da pretensão (como se a pretensão se extinguísse e renascesse incessantemente).

Enfim, não concordamos com esta distinção que vem sendo feita em Portugal entre o “exigir” e o “pretender”. Como se viu, as expressões *pretensão* e *pretender* vêm de *tender para a frente, em direção a alguém*. A pretensão é, essencialmente, poder de *exigir*, portanto algo a mais, que se agrega ao conteúdo ativo do direito subjetivo. O que nos parece que cabe distinguir é direito e pretensão, e não algum “exigir” do “pretender”. Como notou Menezes Leitão, Windscheid excluiu expressamente do conceito de direito de crédito a ideia de exigibilidade: “dá-se ocasião ao erro de que a substância do direito de crédito consista no exigir”.⁴²⁴ Também Karl Larenz notou que a pretensão é *algo a mais* em relação ao direito, e que não corresponde à sua essência:

Pode se dizer, pois, que o direito à prestação que cabe exigir frente ao devedor constitui uma pretensão. Mas com isso não se deve pensar-se que se definiu de modo exaustivo a essência mesma do crédito. O caráter primário do crédito, não o constitui a “pretensão”, ou seja, a possibilidade de realizá-lo, mas sim o direito inerente à prestação, que é o reverso do “estar obrigado” do devedor frente ao credor.⁴²⁵

Na terminologia aqui adotada, apenas trocaríamos “obrigação” por “débito”, dever: ou seja, o crédito é o reverso do *ser devedor*, do dever; a *pretensão é o reverso do estar obrigado*, do ser obrigado. A este *plus* do lado ativo corresponde um *plus* no polo passivo. Larenz esclarece ainda que tal precisão é essencial para a compreensão do crédito não exigível: afirma que há créditos que já não podem ser exigidos, como há os que ainda não são exigíveis.⁴²⁶ A terminologia aqui adotada talvez fosse até mais coerente com os §§ 194 e 241 do BGB, pois este último parece inserir a ideia de pretensão no conceito de obrigação: seria a obrigação *correlata à pretensão*, e não a “relação jurídica obrigacional”, à qual basta o nexó crédito-débito.⁴²⁷

Pontes de Miranda criticou o § 194 do BGB, dizendo que esta codificação “confundiu os dois, o direito e a pretensão, definindo o efeito pela causa”, pois “a pretensão dirige-se a pessoa determinada, a sujeito único ou total, que é o sujeito passivo da relação jurídica; mas, se ela é a direção, a atividade do direito diante de si, não se identifica com

⁴²⁴ WINDSCHEID, *Diritto...*, II, 1, ristampa de 1930, § 250, p. 2, nota 1: “*all’errore, che la sostanza del diritto di credito consista nell’esigere*”; local também citado por MENEZES LEITÃO, conforme nota 330, *supra* (I, p. 63).

⁴²⁵ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, cit., I, p. 29. Cf. ainda, no mesmo sentido, VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, cit., tomo I, 1934, p. 8: o crédito nasce logo que se cria a dívida, mas “para que haja ‘pretensão’ é mister que o credor possa reclamar; ou seja, que o crédito esteja vencido”.

⁴²⁶ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, cit., I, p. 29.

⁴²⁷ Veja-se, quanto a isso, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXII, § 2.679, 6. Parece-nos que a definição do BGB teve grande peso na delimitação destes conceitos pelo autor.

ele”.⁴²⁸ E a despeito disso, entendeu que a distinção precisa entre direito, pretensão e ação se construiu e se reproduziu sobretudo na Alemanha.⁴²⁹ Este “modelo” do BGB já aparecia no Digesto (50.16.108): “‘Debitor’ intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest”, ou seja, “entende-se por ‘devedor’ aquele de quem se pode exigir uma quantidade”.⁴³⁰ Sobre isso, disse Pontes de Miranda: “O texto de Modestino não satisfaria mais, se é que podia, então, satisfazer. Deve-se, mesmo quando a dívida não é exigível, ou ainda não é exigível, ou não é mais exigível”.⁴³¹

Com tudo isso, vê-se como a distinção entre *direito e pretensão*, no conteúdo das relações jurídicas, foi penosa. E quão importante é para a análise das modificações da relação obrigacional: será necessário analisar o que se passa com o *vencimento*, ou seja, com o advento do termo inicial; com o implemento da condição; com o surgimento ou com a oposição das exceções. Logo a seguir se tratará do *conteúdo* e do *objeto* das relações obrigacionais, mas acabou sendo necessário adiantar muito sobre seu conteúdo, porque vários doutrinadores *definiram* a relação obrigacional pela *pretensão*. Falou-se acima, brevemente, sobre as pretensões reais: Windscheid dizia que dos direitos reais se irradia “uma infinidade ilimitada” de pretensões.⁴³² Desta constatação já se poderia extrair a necessidade de diferenciar o direito da pretensão.

Com base nestas noções fundamentais é que se construiu o regime do termo e da condição, a noção moderna de “obrigação natural”, a doutrina das exceções (tanto dilatórias quanto peremptórias), inclusive da prescrição. Antes do vencimento, não haveria *pagamento, cumprimento, prestação*, se não houvesse *dever*: “a prestação supõe o

⁴²⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 615, 3. Talvez isso venha mesmo de WINDSCHEID, pelo que se mencionou na nota 418, *supra*.

⁴²⁹ *Idem*, tomo V, § 615, 1, p. 451: “Obrigação tem, pois, dois sentidos, o de dever, que é larguíssimo (posição subjetiva passiva correlata à de direito), e o de posição subjetiva passiva correlata à de pretensão. Vai longe o tempo em que J. BIERMANN (*Bürgerliches Recht*, I, 108) tomava direito (de obrigação) e pretensão como equivalentes, erro que os juristas, fora da Alemanha, continuaram de cometer. Aliás, a expressão ‘*Recht*’ (direito) no Código Civil alemão, § 194, embora de inconvenientes afastáveis, devera ter sido evitada”; depois, § 615, 4, p. 454: as identificações do direito subjetivo com as pretensões “chegaram ao auge com E. R. BIERLING”, elogiando W. KINDEL (*Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund*, 153).

⁴³⁰ D’ORS, **El Digesto**, *cit.*, III, p. 854.

⁴³¹ *Id.*, *cit.*, tomo V, § 615, 4, c.

⁴³² WINDSCHEID, **Diritto**..., I, 1, *cit.*, p. 184-185, em trad. livre: “o direito real vem constituído por uma multiplicidade ilimitada de pretensões” – no original: “*il diritto reale vien costituito da una molteplicità illimitata di ragioni*”. Quando alguém pega o meu livro, nasce a pretensão à restituição: restituído, extingue-se tal pretensão, mas não se extingue o direito de propriedade. Orlando Gomes indica que extinta a pretensão se extingue o direito (**Introdução**..., 9ª. Ed. 1987, p. 424): e já vimos no exemplo que isso não é verdade. A regra exata parece ser a de Pontes de Miranda: “se só uma é a pretensão, que dele se irradia e se pode irradiar, extingue-se o direito com a pretensão. Mas, se alguma pretensão pode nascer, o direito permanece” (**Tratado**, *cit.*, tomo V, § 621, 1, p. 475). Dos créditos em geral só dimana uma pretensão que, extinta, “exaure” o direito, mas isso não parece valer para os reais (*Cf.* Windscheid, *loc. cit.*, nota 5).

cumprimento de uma dívida”.⁴³³ Este *adimplemento* não é “pagamento indevido”, não é repetível, nem é doação (é pagamento); e o mesmo vale para a satisfação das obrigações naturais, em que também há *adimplemento*, cumprimento de dever jurídico.

Também entra aí a própria distinção entre exceções e direitos potestativos (a exceção não teria efeito extintivo, como os direitos *formativos extintivos*). E ainda há consequências quanto à cessão, posto ser possível ceder apenas o direito, apenas a pretensão, ou um e outro e, enfim, em diversos outros casos. As precisões se fizeram com o esforço de muitos juristas, e não podem ser descartadas sem prejuízos, alguns visíveis desde logo, outros que só se descobririam com análises pormenorizadas de cada situação.

Quanto à delimitação do que se entende por relação jurídica obrigacional, portanto, basta a existência do direito de crédito. Assim, falaremos em *relação obrigacional*, e em *obrigação* (como a posição correlata à pretensão, por falta de outra expressão mais adequada). Talvez pudéssemos dizer que ao direito corresponde o dever jurídico e à pretensão corresponde um *dever premível*, o dever já exigível. Mas não há jurista que utilize tal denominação. Serão utilizados, assim, basicamente, os conceitos de Pontes de Miranda, com esta distinção entre direito e pretensão. Porém, quando se fala em “obrigação” para a posição correlata da pretensão, tem-se de reconhecer obrigações fora do Direito das Obrigações.

2.2. Estrutura, elementos, conteúdo e objeto.

Se é possível dizer, indistintamente, que os fatos jurídicos criam, modificam ou extinguem *direitos e deveres*, ou que criam, modificam ou extinguem *relações jurídicas*, já aí se tem um indicativo de que a relação jurídica *não é muito diferente do laço direito x dever*. De fato, entendemos que os direitos e deveres são *o conteúdo* das relações jurídicas,⁴³⁴

⁴³³ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, cit., I, p. 29.

⁴³⁴ Como ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Vol. III: Relações e Situações Jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 173-174, onde se lê: “Do conteúdo da situação jurídica se distingue, como dissemos, o seu objeto. Assim, como conteúdo de uma obrigação podemos falar em poderes e deveres e mais determinações que ela comporta; mas o objeto da obrigação é a prestação a que se refere”; MANUEL DE ANDRADE, **Teoria Geral da Relação Jurídica**, I, cit. (1983), p. 20: “objeto da relação jurídica é aquilo sobre que incide o direito subjetivo; sobre que incidem o poder ou poderes em que este direito se analisa. Não é, pois, o próprio direito subjetivo e o correspondente dever jurídico: estes formam o *conteúdo* da relação jurídica” (Cabral de Moncada chama de “objeto” o direito subjetivo). Também em Portugal, a clássica obra de MOTA PINTO (**Teoria Geral**, cit., 2012, pp. 331-332): “fala-se de *objeto da relação jurídica* para referir o *objeto do direito subjetivo* que constitui o lado ativo da mesma relação. Em que consiste o objeto do direito subjetivo (objeto da relação jurídica)?” – questiona. Na p. 332 também fala no *conteúdo dos direitos subjetivos*, apenas, como “conjunto dos poderes ou faculdades que o direito subjetivo comporta” – o que chamamos “poderes contidos”, ou faculdades contidas; por fim, visão muito parecida com a nossa na p. 178: o conteúdo da relação

e não propriamente o objeto sobre o qual a relação recai. Uma relação jurídica pode ter como conteúdo, por tudo o que se expôs no tópico antecedente, direitos subjetivos, deveres, pretensões, obrigações, direitos potestativos, exceções, etc.

Também seria possível incluir, a rigor, *ação - posição de acionado*, entendendo-se por *ação* a *ação material*. O tema da ação material é bastante complexo, de forma que boa parte da doutrina não faz distinção entre *direito, pretensão e ação* no conteúdo das relações jurídicas. No estudo da relação obrigacional, fala-se em direito e pretensão, mas a doutrina não costuma tratar de ações materiais (Bernardes de Mello chega a falar na *ação* como *impositividade*, algo mais que a exigibilidade/ pretensão⁴³⁵). Como a maior parte da doutrina não trata das ações, ao analisar as relações obrigacionais, também deixaremos a figura de fora da análise.

Boa parte da doutrina fala em *objeto imediato* e *objeto mediato*, chamando os direitos e deveres de *objeto imediato*: aqui eles serão referidos sempre como *conteúdo*.⁴³⁶ Assim, o surgimento de um direito novo, em relação jurídica complexa, será considerado *modificação pelo aumento do conteúdo da relação jurídica*, e não pelo “aumento de seu objeto”. Bem se vê a importância que tudo isso terá para a presente pesquisa. Há outras distinções de *objeto mediato e imediato*, como a sugerida por Almeida Costa: objeto imediato seria *a prestação devida*, enquanto o mediato “reside na coisa ou fato (positivo ou negativo) que deve ser prestado”.⁴³⁷

O autor menciona a doutrina que considera que os direitos e deveres são objeto imediato, vendo aí questão de nomenclatura. Parece-nos que só é possível distinguir uma “prestação devida” do “fato positivo ou negativo que deve ser prestado”, quando se entende “prestação devida” como *promessa de prestação*, pois prestação é o fato positivo ou negativo que deve ser prestado. Uma coisa é a promessa, outra coisa é o fato positivo ou negativo,

é “o vínculo, o nexo, a ligação que existe entre os sujeitos”, que em seguida se descreve: direito subjetivo e dever ou sujeição – “são eles que constituem a estrutura interna, o conteúdo da relação jurídica”. No Brasil: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70: “o conteúdo de qualquer obrigação (também designado por *vínculo jurídico*) é constituído pelo conjunto de direitos e deveres que ligam o credor e o devedor (ou os credores e os devedores, quando forem mais de um). [...] A obrigação em si mesma é constituída pelos direitos e deveres”. Na pág. 56 trata de distinção entre “objeto mediato e imediato”, mas como *mediato* coloca o objeto “da prestação”. Estranha-se, porém, quando coloca o “fazer” no mesmo plano que “a coisa”, em si, a ser entregue, como “objetos da prestação”. Abaixo repelimos a ideia. Cf. também HÖRSTER, A **Parte Geral...**, *cit.*, p. 164-165, um pouco dubio: “o objeto da relação jurídica é o direito subjetivo com a correspondente obrigação, os quais contribuem ambos para determinar o seu conteúdo”. Discordamos de sua visão.

⁴³⁵ MELLO, **Teoria...** Plano da Eficácia, 7. Ed., 2011, p. 203.

⁴³⁶ SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, *cit.*, p. 72 e ss., também distingue conteúdo e objeto, quanto às relações jurídicas em geral. Porém, parece focar mais o *conteúdo dos direitos*, como os poderes contidos (p. 82). Fala também aí em fortalecimento ou enfraquecimento do vínculo, como questão de *conteúdo*.

⁴³⁷ ALMEIDA COSTA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, 12. Ed., 2009, p. 151-153.

que é a própria prestação. Neste caso, porém, não parece possível a inserção do “fato positivo ou negativo a ser prestado” ao lado da coisa que foi entregue.⁴³⁸

No caso da pintura da casa, o interesse do credor parece estar mesmo no futuro: o que lhe interessa é *a casa pintada*, o resultado do fato positivo de “pintar”. Assim, a coisa, em si, como resultado da entrega, estaria ao lado do *resultado* da conduta prometida (“casa pintada”), e não ao lado da conduta, em si (“pintar”), já que na entrega de coisa também há conduta.⁴³⁹ Parece-nos, porém, que tal classificação acaba se misturando à distinção entre obrigações *de meio* e *de resultado*: nas obrigações de meio ficaria difícil separar a própria conduta, de um resultado posterior. Assim, tal distinção parece se sujeitar às críticas que se dirigiram a esta classificação das obrigações.⁴⁴⁰

De qualquer maneira, entende-se aqui que os direitos e deveres são *conteúdo* da relação jurídica, pois são fatos do mundo dos pensamentos, realidades ideais, que indicam precisamente a vinculação jurídica dos sujeitos. E como objeto da relação obrigacional vemos a *promessa de prestação*. Não se fará distinção, portanto, entre objeto mediato e imediato, mas apenas entre conteúdo e objeto, embora seja possível falar em “objeto mediato” para aludir à coisa que é objeto do prestar.

Como nota o professor Menezes Leitão,⁴⁴¹ a prestação, *em si*, como o dar dinheiro, ou o pintar a parede, aparece para *extinguir* a relação jurídica. Entendemos que um direito deve existir *junto* com o seu objeto: o direito real existe com o bem, e a destruição do bem, em geral, é causa de extinção do direito. O mesmo vale para o direito de crédito: ele existe junto com o seu objeto, a *promessa de prestação*, e não com a prestação em si. O *prestar*, *em si*, aparece para *extinguir o direito de crédito*. Caso a prestação em si, como fato (ato), fosse o seu objeto, o direito passaria toda a sua existência sem objeto: no exato momento em que o objeto surge, no mundo, o direito se extingue.

Esta é a opinião de Pontes de Miranda, que será seguida no presente trabalho: “O fazer, ou não fazer, que se promete, não é objeto da relação jurídica: o objeto da relação jurídica é a promessa de fazer ou de não fazer. Todo prestar é objeto da promessa, não da

⁴³⁸ Já PAPINIANO considerava o “dar” uma espécie de “fazer” em D. 50.16.218 (cf. JÖRS-KUNKEL, **Derecho Privado Romano**, cit., p. 241). Mas há o ato de dar (= fazer), e há a coisa em si.

⁴³⁹ Cf. a posição de Noronha, referida na nota 434, *supra*.

⁴⁴⁰ GOMES DA SILVA, **Dever de prestar...** cit., vol. I, p. 205, mostra que segundo a distinção, apenas nas *de resultado* “se exige que o comportamento do devedor produza determinado efeito”. Aí o tal “resultado posterior” que seria realmente visado pelo credor. Mas a garantia de resultado é mais determinação da parte que característica intrínseca, *a priori*, e “as obrigações de meio têm sempre em vista um fim” (*loc. cit.*). Crítica na p. 238 e seguintes; MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, I, cit., p. 124.

⁴⁴¹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, I, p. 101: “daí que a realização da prestação pelo devedor se considere como cumprimento, importando a extinção da obrigação”.

relação jurídica”.⁴⁴² Cabe antes responder à pergunta: o que é “objeto de direito”? E tomamos a lição do mesmo jurista: “O objeto de direito, como o sujeito de direito, é o que pode ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa”.⁴⁴³

A promessa, embora seja algo incorpóreo, tem relevância jurídica, como elemento *objetivo*; entra no mundo jurídico como *objeto* da relação jurídica entre sujeitos de direito (elemento *subjetivo*). Assim, os direitos reais têm um objeto *real*, visível (com exceções por previsão legal expressa, caso da propriedade imaterial); os créditos têm este objeto *ideal*. Muitas vezes “prestação” está por “promessa de prestação”: basta ver a explicação de Menezes Cordeiro sobre as “modificações de objeto”, modificações “que respeitam à prestação”.⁴⁴⁴ Ora, não é o *fazer em si*, que é modificado, mas a promessa de fazer, as *determinações atinentes ao fazer*. Assim: as determinações *atuais* da prestação *futura*, a “promessa de prestação”. Este objeto ideal existe desde logo nos créditos.

Em defesa da visão aqui adotada, cabe dizer ainda mais. Caso se veja a prestação, em si, como objeto da relação obrigacional, nos casos de inadimplemento, a obrigação ficaria *sem objeto*! Ademais, quando se transmite a propriedade, ela vai com o seu objeto, e é possível dizer “transmiti a coisa”: quando se cede um crédito, segue-lhe a *promessa de prestação*. Seria absurdo pensar que o próprio “fato prestado”, que ainda não foi prestado, é que seria o objeto do crédito e seria transmitido com ele; ou então seria necessário reconhecer que o crédito *não tem objeto* (ainda – e talvez nunca tenha).

Quando se cede um crédito, se o objeto era *a promessa de entregar um livro*, é *a promessa* que passa ao cessionário (porque se o livro já foi entregue, o crédito se extinguiu, e não houve cessão de crédito, mas transmissão da propriedade). Por fim, tendo em conta a finalidade da presente dissertação, “modificação do objeto” jamais seria modificação *da prestação em si*, mas do *como* se deve realizar a prestação futura, ou seja, modifica-se “a promessa de prestação”: prometeu-se fazer de um modo, agora deve-se de outro. O que também é alteração no objeto do direito e do dever: como nos direitos reais, a alteração do

⁴⁴² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, § 117, 2. Quando a doutrina relaciona as obrigações com o futuro, relaciona com a promessa: “Mais precisamente se deve dizer que enquanto o Direito das Obrigações se refere à regulação de fenômenos futuros (prestação de coisas ou fatos) o Direito das Coisas abrange a regulação de situações jurídicas já existentes (direitos sobre coisas)” (MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 14). Também LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, I, § 1, p. 16.

⁴⁴³ *Idem*, tomo II, § 117, 1.

⁴⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 260-261.

bem costuma levar à alteração do direito de propriedade sobre ele.⁴⁴⁵ Nota-se que o que se altera é “a prestação *prometida*”, a forma como se deverá prestar (= a promessa), e não a prestação *em si*.

Assim, consideramos que *objeto de direito* é sempre um “bem da vida”, algo bastante geral, dada a variedade dos direitos; que o *objeto* dos direitos de crédito é uma *promessa de prestação*; e que o objeto da *relação jurídica obrigacional* é, igualmente, uma *promessa de prestação*, afinal, o direito de crédito é parte do seu conteúdo (a relação *direito de crédito de um sujeito – dever jurídico de prestar de outro*, é uma RJO). Podem aparecer outros direitos, ao lado do direito de crédito, como algum direito potestativo, com objeto diferente daquele dos créditos (segundo alguns seriam sem objeto).⁴⁴⁶

Ainda, consideramos que o conteúdo da relação jurídica obrigacional é o conjunto de direitos e deveres que a compõem, até porque estes direitos e deveres dão a medida do vínculo que une (*ob + ligatio*) os dois polos subjetivos. O objeto da relação jurídica obrigacional é a *promessa de prestação*. Cada direito, que compõe o conteúdo da relação jurídica, tem seu conteúdo próprio, que chamamos “poderes contidos” ou “faculdades contidas”.⁴⁴⁷ Não trataremos do problema do conceito de direito subjetivo, pois não poderíamos pretender resolvê-lo. Apenas seguimos a definição bastante *formal* de Pontes de Miranda, já referida: é o que fica de positivo, na eficácia dos fatos jurídicos, ao lado de um sujeito (assim, “subjetivo”).⁴⁴⁸ Nesta “fôrma” é que inserimos os poderes contidos ou faculdades contidas, muito variados, como conteúdo.

Assim, seria possível considerar o direito potestativo um “direito subjetivo”, já que é *direito* ao lado de um *sujeito*; mas jamais o consideraríamos direito de crédito, ainda que

⁴⁴⁵ Em geral a extinção do objeto do direito se considera extinção do direito, como em OERTMANN, **Introducción**, *cit.*, p. 185: “o direito se extingue, como é natural, ao desaparecer juridicamente algum de seus fatores, seja o titular do direito, ou seja o objeto a que se refira”.

⁴⁴⁶ Cf. ENNECCERUS, **Tratado**, *cit.*, I, 1, p. 306 e *nota 10*: boa parte dos “direitos de modificação jurídica” não teriam objeto; GOMES DA SILVA, **O dever de prestar**, *cit.*, vol. I, p. 54-55. Contra esta posição, como nós, CASTRO MENDES, João. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. Revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Souza. Lisboa: PF, 2004, p. 161, n. 82: o objeto do direito potestativo modificativo é *modificar*, o do extintivo é *extinguir*; e também PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 583, 1 (2013, p. 371): esclarece que VON TUHR defendeu serem sem objeto, “salvo se se quer conceber como objeto a pessoa, ou a coisa, contra quem ou sobre a qual existe a possibilidade de se constituir o direito, ou o mesmo direito que há de ser modificado”. Mas respondeu Pontes de Miranda: “Ora, o objeto do direito formativo – dito também direito de configuração ou constitutivo (*Gestaltungsrecht*) – é a formação geradora, ou modificadora, ou extintiva: direito à prática de ato, que gere, modifique ou extinga”.

⁴⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 565, 4; e §§ 566-567.

⁴⁴⁸ Teríamos de delimitar o conceito distinguindo o direito da pretensão, que também é algo de positivo no plano da eficácia. A alusão é ao trecho: “Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é *objetiva* e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui *subjetivo*, porque se observa do lado desse alguém, que é o titular dele” (nota 179, *supra* – Tomo V, § 559, 2, p. 225).

inserido em relação obrigacional, como Menezes Cordeiro.⁴⁴⁹ Considera-se o direito de crédito o conteúdo da relação jurídica que permite que a consideremos *obrigacional*: justamente porque o objeto dos créditos, ou das relações obrigacionais, é uma promessa de prestação. Cabe lembrar também que, acima, admitiu-se a possibilidade de direitos *não subjetivados*, como os direitos coletivos e difusos, que também são algo de positivo na eficácia dos fatos jurídicos.⁴⁵⁰ Fixado o que se entende por “conteúdo” e “objeto” da relação jurídica obrigacional, pode-se passar ao próximo tópico.

3. A questão das “fontes” das Obrigações.⁴⁵¹

Muitos ainda tratam os fatos jurídicos como se fossem apenas “Fontes” de obrigações, e não cabe repisar argumentos em defesa de que também podem modificá-las e extingui-las. Evitemos a repetição, até porque no Capítulo Terceiro do presente trabalho, abaixo, será possível ver como a doutrina vem dividindo os manuais de Direito das Obrigações, em geral mantendo o foco nas “fontes”. Adiante-se, então, que como *fontes* das relações obrigacionais encontramos apenas fatos jurídicos, de variadas espécies.

⁴⁴⁹ MENEZES CORDEIRO (*Tratado*, *cit.*, vol. VI, p. 373; *cf.* p. 422) diz: “Menezes Leitão inclina-se, se bem entendemos, para a inexistência de direitos de crédito potestativos. Mas nessa altura, caberia encontrar o lugar dos direitos potestativos (ou das posições potestativas) que tenham a ver com o aproveitamento das prestações”. Concordamos com MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações*, *cit.*, I, p. 87 e *nota* 213). Não é porque podem aparecer direitos potestativos em uma relação obrigacional complexa, que eles serão “direitos de crédito”: os direitos de crédito têm como objeto *promessa de prestação*, e têm como dever correlato o *dever de prestar*. MASSIMO BIANCA (*Diritto Civile: L’Obbligazione* (IV), *cit.*, p. 29) afirma que “*caratteri essenziali del diritto di credito sono la relatività e la patrimonialità*”, o que não chega a excluir os potestativos. Assim, parece-nos apropriado definir os direitos de crédito ressaltando seu objeto, a promessa de prestação. Também não concordamos com a consideração de Menezes Cordeiro (*op. cit.*, p. 371) de que os direitos potestativos sejam absolutos: a posição correlata é de sujeição, mas de um *sujeito determinado*, e é da determinação do sujeito passivo que retiramos a relatividade – “Os direitos formativos geradores são relativos se consistem em faculdade que se exerce perante determinada pessoa” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, § 574, 8, p. 274-275), mas “seriam absolutos se se incluíssem na classe dos direitos formativos as faculdades de se apropriar da coisa adéspotas, da *res nullius*” (*loc. cit.*). Os potestativos seriam espécie de direito formativo, sempre relativa (§ 574, 9: “os direitos potestativos são relativos”... “resultam, sempre, de relação jurídica com determinada pessoa”). Segue-se o entendimento global de Menezes Leitão, inclusive na negação da “eficácia externa” das obrigações.

⁴⁵⁰ São direitos e não apenas “interesses”. Explicamos a questão ao tratar dos fatos ilícitos: quem descumpre normas referentes à produção de bens, viola dever dirigido ao empresário/ produtor, a que se contrapõe direito da coletividade dos consumidores. Daí que só admitimos fato ilícito sem um *direito* violado no caso de abuso de direito (CCB/02, art. 186 comparado ao art.187).

⁴⁵¹ Já tivemos a oportunidade de publicar boa parte das ideias expostas neste tópico, como introdução para outro tema de Direito de Obrigações, em PUGSLEY, *Do neminem laedere...*, *cit.*, p. 1503-1508.

Como a problemática das “fontes” das Obrigações é bastante conhecida, faremos apenas um exame perfunctório das diferentes teorias que foram construídas através dos tempos. Dentre os romanos, costuma-se apontar a classificação de Gaio, que inicialmente indicaria uma bipartição⁴⁵² – *contratos* e *delitos* –, para posteriormente (e supostamente) acrescentar um terceiro grupo, de *outras figuras* (*variae causarum figurae*), além de substituir a expressão *delictum* por *maleficium*.⁴⁵³ Assim, no *Corpus Iuris Civilis* há alusão, no Digesto, à tripartição atribuída a Gaio (D. 44.7.1), mas nas Institutas (I. 3.13.2) se expõe a conhecida classificação quadripartite: *ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio*.⁴⁵⁴

Passados diversos séculos, a classificação quadripartite chega em Pothier, que explica as quatro figuras.⁴⁵⁵ Como o *contrato* é categoria conhecida, cumpre mencionar suas explicações das outras três categorias: *quase contrato* seria “o fato de uma pessoa permitido pela Lei, que o obriga para com outro, ou que obriga o outro para com ele, sem que intervenha convenção entre ambos”.⁴⁵⁶ A crítica posterior recaiu precisamente na imprecisão da categoria “quase contrato”, que parecia alcançar tudo o que não encontrasse tutela nas demais figuras. Como exemplos, Pothier cita a aceitação da herança e o pagamento por erro de coisa que não era devida (pagamento indevido).⁴⁵⁷

Delito, por sua vez, seria “o fato pelo qual uma pessoa por dolo ou maldade causa perda ou dano a outro”⁴⁵⁸ e *quase delito*, o “fato pelo qual uma pessoa sem maldade, mas sim por imprudência que não merece desculpa, causa dano a alguém”.⁴⁵⁹ Já a diferença dos *delitos* e *quase delitos* para os *quase contratos*, reside “em que o fato de onde resulta o quase contrato é permitido pelas Leis: mas o fato que forma o delito, ou quase delito, é ilícito”.⁴⁶⁰

⁴⁵² GAIUS. **Institutas**. Trad. Alfredo di Pietro. La Plata: Ed. Librería Jurídica, 1967, III, n. 88, p. 209.

⁴⁵³ As modificações seriam introduzidas por GAIO na obra *Res Quotidianae*, como indicam as notas do tradutor, *ibid.*, p. 209. MENEZES LEITÃO (**Direito das Obrigações**, I, *cit.*, p. 159) questiona a atribuição a Gaio: “No Digesto, em texto igualmente atribuído a GAIUS (D.44.7.1), mas de duvidosa autenticidade, considera-se esta classificação como não exclusiva, acrescentando-se ao contrato e ao delito as obrigações que nascem de vários tipos de causas (*ex variis causarum figuris*)”. Parece-nos que tem razão. Dizem JÖRS-KUNKEL que as *res cottidianae* são muito provavelmente “de origem pós-clássica, ou, pelo menos, estão muito desfiguradas” (**Derecho Privado Romano**, *cit.*, p. 270).

⁴⁵⁴ Para a evolução específica do *ato ilícito*, cf. HATTENHAUER, **Conceptos fundamentales...**, *cit.*, p. 95 *et seq.*

⁴⁵⁵ Cf. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, I, p. 160, mostrando que POTHIER fez suas alterações e acréscimos.

⁴⁵⁶ POTHIER, R. J (Mr.). **Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas**. Trad. Correa Telles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906, p. 76, n. 113.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 76-77.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 78, n° 116.

⁴⁵⁹ *Loc. cit.*

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 78, n° 117.

Esta classificação até hoje é utilizada por alguns doutrinadores, apesar das diversas críticas que recebeu por sua imprecisão.

Aos poucos a doutrina foi identificando nestas fontes *dois elementos comuns*: vontade e lei.⁴⁶¹ Neste ponto, fica difícil fazer qualquer sistematização das posições doutrinárias: alguns falam em fatos jurídicos, mas defendem que há obrigações que decorrem diretamente da lei, outros falam em obrigações voluntárias e legais, e assim por diante.⁴⁶² No estudo das fontes, Bernardes de Mello identifica algumas imprecisões, dentre elas, o “enunciado analítico das *fontes*” e “a inclusão da vontade e da lei dentre elas, *fontes*”.⁴⁶³ Quanto à vontade e à lei, a considerar corretos os pressupostos acima assumidos, nem *vontade*, nem *lei*, por si só, podem produzir qualquer efeito jurídico.⁴⁶⁴

A vontade é apenas um componente do suporte fático, e a lei traz apenas uma previsão, cuja realização depende da concreção do fato previsto.⁴⁶⁵ Enfim, já se sustentou a ideia de que o *fato jurídico* tem este significado de *correlação fato-norma*, sendo essencial à produção de qualquer efeito jurídico. Como ensina Antunes Varela: “*Fonte da obrigação* chamam os autores ao fato jurídico de onde ela procede, à realidade *sub specie iuris* que lhe dá vida”.⁴⁶⁶ No mesmo sentido, Almeida Costa: “consideram-se fontes das obrigações os fatos jurídicos que lhes podem dar origem”.⁴⁶⁷ Procede-se no sentido inverso ao da

⁴⁶¹ Exemplificativamente, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Obrigações** (v. 2). 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 40-41: “dizemos, pois, haver *duas fontes* para as obrigações. A primeira é a *vontade humana*, que as cria espontaneamente [...]. A segunda é a *lei*”. Mas o autor pondera que “há sempre a participação do fato humano na etiologia da *obligatio*”; SERPA LOPES se limita a indicar um “retorno à noção dual” (**Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral**. 6.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 29, n. 12).

⁴⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**. 1ª Parte. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 41, reconhece que a lei é fonte primária de todas as obrigações, mas depois considera preferível “que o legislador pátrio houvesse retornado à classificação tripartida do direito romano [...] ou então à classificação das obrigações em voluntárias e legais”; MASSIMO BIANCA, **L’obbligazione**, *cit.*, p. 5, fala em “fontes negociais e fontes legais”; cita PACCHIONI, mas este último fala, quanto à segunda categoria, nos casos em que “*la legge riconosce in base ad un fatto*”, ou seja, nota que não basta a lei, o que, aliás, já era percebido por CLÓVIS BEVILÁQUA (**Direito das Obrigações**. 8. Ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1954, p. 18).

⁴⁶³ MELLO, **Teoria... Eficácia** (vol. 3), p. 29.

⁴⁶⁴ Cabe esclarecer que a expressão “lei” pode alcançar um fato jurídico introdutório de normas, e que talvez sejam possíveis verdadeiras “modificações legais”. Não se trata de modificação por fato jurídico *stricto sensu*. Pontes de Miranda afirma que há modificações legais (XXIII, p. 61: “além das alterações negociais ou legais (que as há)”). Pense-se na concessão de uma moratória legal aos moradores de uma região castigada por algum fenômeno natural. Mas mesmo aí será possível encontrar algum suporte fático (como “ser morador da região e ter realizado um determinado contrato”, etc.). Sobre o tema, *cf.* PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXV, § 3.099-3.101, p. 399-402: a *lex nova*, incidindo, pode fazer cortes em obrigações, ações e exceções (p. 400).

⁴⁶⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 30. Sobre a questão, visão sintética em HATTENHAUER, **Conceitos fundamentais...**, *cit.*, p. 63 e seguintes.

⁴⁶⁶ ANTUNES VARELA, **Das Obrigações em geral**, 1970, vol. 1, p. 161.

⁴⁶⁷ **Direito das Obrigações**, *cit.* (7. Ed. 1999), p. 171. E também neste sentido NORONHA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, p. 367 e ss., embora veja no fato jurídico mais o fato que a norma e o defina pelos efeitos (seriam jurídicos por produzirem consequências jurídicas: na verdade, são-no pela incidência).

causalidade jurídica: parte-se do efeito jurídico, para perguntar qual o fato jurídico que o produziu. Neste sentido, ensina Menezes Leitão que *fonte* é:

O fato jurídico de onde emerge a relação obrigacional. A dificuldade de elaboração de uma classificação de fontes das obrigações resulta da heterogeneidade de situações abrangidas na nossa disciplina, cuja unificação não tem por base uma proximidade entre os fatos jurídicos, mas antes uma semelhança de efeitos: a constituição de um vínculo obrigacional.⁴⁶⁸

Já se delimitou o que se entende por negócio jurídico, e de tal delimitação se extrai que não há apenas “vontade criando direitos”: a manifestação de vontade entra no suporte fático; mais do que isso, dirige-se à escolha de efeitos jurídicos, de direitos e deveres. Mas esta liberdade de escolha de categorias jurídicas é bastante limitada, como já se ressaltou no momento oportuno, *supra*. É comum que muitos deveres decorrentes *de um contrato* estejam desde logo previstos na lei, afinal o contrato, como todo o fato jurídico, possui componentes *fáticos*, mas também componentes *normativos*.

Pontes de Miranda diz que é de se repelir o erro comum de considerar, nos negócios jurídicos, “resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido”.⁴⁶⁹ De fato, apenas nos negócios jurídicos as partes *escolhem categorias eficaciais*, mas isso não significa que elas tenham total liberdade na escolha dos direitos e deveres.⁴⁷⁰

Assim, não é possível tratar a questão falando em “deveres criados pela vontade” e “deveres criados pela lei”: os deveres jurídicos são efeitos de fato jurídico, que pode ter, ou não, a manifestação de vontade na composição do suporte fático; quanto à lei, é sempre essencial, no sentido de que *não há fato jurídico sem uma mínima conformação legislativa*. Mas só é possível falar em efeito jurídico depois que surgiu o suporte fático; ocorreu a incidência (que é *prius* lógico em relação à entrada do fato jurídico no mundo jurídico, embora no tempo haja simultaneidade); então, existindo um fato jurídico é que se pode pensar em sua validade e eficácia.

Assim, se o fato jurídico é a *fonte única de eficácia jurídica*, e se a relação jurídica obrigacional é eficácia,⁴⁷¹ é certo que ela só pode ser criada (ou sofrer modificação, ou

⁴⁶⁸ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, I, p. 161-162.

⁴⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, II, p. 447.

⁴⁷⁰ Cf. também *Ibid.*, II, p. 447 e tomo III, p. 46; LÔBO, **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59. Cf. STOLFI, Giuseppe. **Teoría del negocio jurídico**. Madrid: ERDP, 1959, p. 1 e seguintes, sobretudo p. 6-7; e FLUME, W. **El negocio jurídico**. 4. Ed. Madrid: Fundación Cultural del notariado, 1998, p. 114.

⁴⁷¹ COUTO E SILVA, **A obrigação...**, *cit.*, p. 76, onde se lê: “Os fatos jurídicos situam-se na dimensão da existência e os direitos e deveres na da eficácia”. Em nota, *loc. cit.*, reconhece que “A divisão precisa em planos

extinção) com a ocorrência de algum fato jurídico.⁴⁷² É por tudo isso que o presente trabalho foi intitulado “Do efeito modificativo dos *atos jurídicos* sobre a relação jurídica obrigacional”. Ainda que não seja adequado um *estudo analítico das fontes*, como indicou Bernardes de Mello, parece útil indicar as mais comuns: os contratos, os fatos jurídicos indenizativos (nem sempre ilícitos) e os atos jurídicos unilaterais.⁴⁷³ Este tópico acaba sendo, em grande medida, uma afirmação de tudo aquilo que se defendeu no Capítulo Primeiro do presente trabalho. Com isso, passa-se ao próximo tópico, em que se analisará especialmente a *prestação*.

4. Adimplemento e inadimplemento. A prestação.

Em geral, tanto o adimplemento quanto o inadimplemento são relacionados, pela doutrina, à extinção da relação jurídica obrigacional.⁴⁷⁴ Parece-nos que a realização da prestação, o adimplemento, é *em regra* fato jurídico extintivo; porém, quanto ao inadimplemento, parece-nos que *a regra mesma é outra*: os casos de inadimplemento costumam *modificar*, e não ainda extinguir, a relação obrigacional. Bastaria olhar a relação fática, e ver que ela permanece até que a *pendência* seja resolvida, para imaginar que não houve desfazimento do vínculo, da ligação entre as partes. Aqui, porém, só se tratará da organização da matéria, servindo de subsídio para o Capítulo Terceiro, *infra*, em que serão efetivamente analisados os casos de modificação.

4.1. Adimplemento e inadimplemento: organização geral.

de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos deve-se a Pontes de Miranda, e constitui notável conquista para a dogmática jurídica”. Já foi citada, acima, a lição de KARL ENGISCH: “Que devemos entender por ‘efeitos jurídicos’? Já tomamos conhecimento de alguns de entre eles: o direito de usar um certo nome, o direito e a obrigação de exercer o poder paternal, o direito a alimentos e o direito de sucessão. Em qualquer caso, *direitos e deveres*” (**Introdução...**, *cit.*, 2008, p. 29-30); por fim, VON TUHR, **Derecho Civil...**, *cit.*, 1947, vol. II, 1, p. 3. Enfim, o tema foi extensamente tratado no Capítulo Primeiro.

⁴⁷² LÔBO, Paulo. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41, onde se lê que “todas as obrigações são efeitos de fatos jurídicos”. MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 27, traz o § 5º: “fato jurídico: fonte única de eficácia jurídica”.

⁴⁷³ Cf. ideia semelhante em LÔBO, *op. cit.*, p. 47-49; MELLO, *op. cit.*, p. 29. Cf. também COUTO E SILVA, **A obrigação...**, *cit.*, p. 82.

⁴⁷⁴ VARELA, **Das Obrigações**, *cit.*, II, 7. Ed., 1997, p. 61, quando diz que cumprimento e não cumprimento não esgotam “todas as situações que interessam ao momento culminante de *extinção* da obrigação”.

Como se adiantou, caberá tratar aqui da organização dos casos de adimplemento e inadimplemento das Obrigações, para dar uma visão geral do que ocorre com a relação obrigacional em tais casos. Depois, ainda se abordará a questão da natureza jurídica “da prestação” ou “do adimplemento” (parece-nos preferível falar em natureza jurídica *do adimplemento*, adianta-se). Assim, será feita uma análise em termos mais gerais, apenas no que diz respeito à teoria das Obrigações, para que no Capítulo Terceiro, abaixo, passe-se à análise mais aprofundada dos casos em que parece haver modificação.

A doutrina mais atual tem ressaltado que mesmo os casos de adimplemento nem sempre levam à extinção da relação jurídica obrigacional. Menezes Cordeiro, por exemplo, afirma que “do cumprimento nem sempre resulta a extinção das obrigações; é o que sucede quando seja, nomeadamente, realizado por terceiro”.⁴⁷⁵ Mas o autor vai além, ressaltando duas situações em que o adimplemento não costuma extinguir a relação jurídica obrigacional complexa: o adimplemento das obrigações duradouras e a permanência de deveres acessórios.⁴⁷⁶ Preferimos deveres laterais de conduta a deveres *acessórios*, justamente porque eles podem sobreviver aos deveres prestacionais principais. Ainda se tocará o assunto, quanto à responsabilidade pré e pós-contratual.

Quanto ao inadimplemento, parece-nos que não é possível sequer apontá-lo como “tipicamente extintivo”: em regra seria *modificativo*, como se adiantou. Por isso mesmo que Enneccerus-Lehmann e Pontes de Miranda colocaram os casos de inadimplemento dentro do capítulo sobre a modificação das obrigações: os primeiros inserem, dentre as modificações, os casos de “violação do direito de crédito”,⁴⁷⁷ enquanto Pontes de Miranda fala em “alterações por dolo e culpa”, depois “força maior e caso fortuito”, “impossibilidade do adimplemento” e ainda “mora”, do devedor e do credor.⁴⁷⁸

Teremos de deixar para o Capítulo Terceiro um aprofundamento das ideias de inadimplemento, mora, impossibilidade, culpa e ilicitude (Capítulo Terceiro, 3.1, *infra*). Isso porque Pontes de Miranda tem uma visão bem diferente da que é majoritária, e não seria possível tratar do tema aqui sem abordar a visão deste autor. A classificação referida acima

⁴⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 59. Não concordamos com a colocação da “extinção do direito do credor” e da “liberação do devedor”, no mesmo local, como “outros efeitos”, por todos os pressupostos acima assumidos (a extinção da relação jurídica é um efeito uno, pois direitos e deveres são o conteúdo da relação). Quanto ao adimplemento por terceiro, também MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 180-181. PESSOA JORGE chega a negar que a extinção seja efeito típico, formal, do cumprimento (*cf.* MENEZES CORDEIRO, *loc. cit.*), sobretudo pela existência de outros fatos extintivos, com o que não se há de concordar.

⁴⁷⁶ *Idem*, IX, p. 60.

⁴⁷⁷ ENNECCERUS-LEHMAN, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, tomo II, vol. I, Cap. III.

⁴⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, Parte III, Caps. III-VIII.

só se compreende: (1) sabendo-se que quando o jurista diz “mora”, refere-se à mora *lato sensu*, que também alcança o inadimplemento definitivo (por isso é que a situação não entrou no rol mencionado acima); (2) o jurista não aceita o critério da “culpa” para tratar de inadimplemento e mora.

Seria possível tratar aqui destas situações relacionadas ao não cumprimento relacionando-as à ideia de ilícito relativo: mas mesmo isso nos forçaria a aprofundar o tema da mora do credor, em que a maioria da doutrina não vê ilicitude. Assim, deixamos para abordar apenas no Capítulo Terceiro os casos de inadimplemento definitivo, mora *stricto sensu*, impossibilidade imputável, e casos diversos de ilícito relativo, como o do adimplemento imperfeito. Todos eles são casos importantes de modificação da relação jurídica obrigacional, e não de extinção.

Quanto à impossibilidade não imputável, tende a *extinguir* a relação jurídica obrigacional, e não a modificar. Adotou-se acima uma visão *objetiva* da ilicitude: se há violação de direito (= descumprimento do dever correlato), e ela *não podia ocorrer* (não houve permissão), nem há pré-exclusão expressa da ilicitude (art. 188, CCB/02), há ato ilícito. Assim, como se viu a ilicitude objetivamente, poderia parecer que qualquer forma de “não realização da prestação” seria ato ilícito. Afinal, prometeu-se pagar no dia *x* e o pagamento não ocorreu: não haveria *sempre* violação de dever e ilicitude?

Responde-se negativamente, porque a impossibilidade superveniente não imputável é fato jurídico extintivo, que extingue o dever de prestar.⁴⁷⁹ E não se pode violar dever que não mais existe. Outro seria o caso, se a impossibilitação ocorresse depois do vencimento da obrigação, caso em que já haveria mora (art. 399): aí talvez seja possível falar em fato jurídico *stricto sensu* ilícito, como se verá adiante.⁴⁸⁰ Assim, apenas esta situação de impossibilidade sem culpa pode ser mencionada aqui: os demais casos ligados ao não cumprimento, como formam um dos principais grupos de modificação da relação obrigacional, serão abordados apenas no terceiro e último Capítulo.

Dentre os casos de adimplemento e inadimplemento, podem aparecer situações de extinção, pelo menos parcial, e de modificação propriamente dita. Por vezes, modificação e extinção se aproximam: quanto ao adimplemento parcial, por exemplo, ao se observar o fato

⁴⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, p. 170: “a obrigação é um todo complexo. A impossibilidade, quando surja, atinge apenas a prestação principal. A obrigação poderia sobreviver, amparada ao remanescente”. Cf. também os arts. 234, 248, 250 e 254-255 do CCB/02. E a lição de SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil: Parte Geral das Obrigações* – vol. II. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 317): “se a prestação se tornar impossível, *sem culpa de devedor*, a relação jurídica se extingue”.

⁴⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXII, § 2.719, 2: “estando em mora o devedor, a falta de chuva destruiu ou deteriorou a safra”, quanto ao fato ilícito *stricto sensu* positivo ou negativo.

jurídico, e os *seus efeitos*, parece haver apenas extinção; mas se o foco se dirige à relação jurídica, considerada em sua integralidade, pode-se ver modificação. O mesmo não vale para a mora e outras situações de violação dos direitos e deveres inseridos na relação jurídica obrigacional: levam ao surgimento de pretensões indenizatórias, ou ao surgimento do direito potestativo de resolução.

Como exemplo de organização desta matéria, pode-se mencionar Pessoa Jorge, que divide seu Título III, “Não realização do fim da obrigação” em dois subtítulos, um voltado à *inexecução*, e o outro aos casos de *extinção do vínculo* – esta seria a “dualidade fundamental” dos casos de não realização do fim da obrigação.⁴⁸¹ Antunes Varela seleciona como expressão mais abrangente a de “não cumprimento”, entendendo-a como “*situação objetiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor*”,⁴⁸² mas nota-se que mesmo aí não chegam a entrar casos de *satisfação do interesse do credor sem a realização da prestação*, o que também pode ocorrer.⁴⁸³

Poder-se-ia partir das ideias de *realização ou não realização da prestação*. A noção de “não realização da prestação”, embora seja bastante ampla, já é bem mais restrita que a de “perturbação das prestações”. Não se pode fazer equivaler “perturbação” e “incumprimento em sentido amplo”, diz Menezes Cordeiro, porque a primeira “pode abarcar, além de impossibilidade, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias e outros institutos”.⁴⁸⁴ Almeida Costa critica o uso da expressão no português: afigura-se “desnecessária e mesmo pouco adequada, em face da nossa terminologia tradicional, que é satisfatória, a utilização equivalente de *turbação ou perturbação da prestação*, como ocorre na doutrina germânica, dadas as particularidades do respectivo sistema”.⁴⁸⁵

No presente trabalho, provavelmente será necessário aludir à ideia de “modificações relacionadas ao não cumprimento”. O ideal seria poder agrupar certas modificações em torno da figura do *ilícito relativo*, a violação de direito relativo: assim, pode-se falar em *divisão das modificações segundo o fato jurídico modificativo*. Há

⁴⁸¹ PESSOA JORGE, **Lições de Direito das Obrigações**, *cit.*, 1975-76, p. 463 e ss. (parece considerar a impossibilidade superveniente espécie de inexecução *lato sensu*, que não se confunde com a inexecução *stricto sensu*).

⁴⁸² VARELA, **Das Obrigações**, *cit.*, II, 1997, p. 60.

⁴⁸³ Como no caso da execução coativa, e também: “Como se B prometeu a A limpar o leito do rio, e a enxurrada levou todos os elementos que haveriam de ser tirados por B. B prometeu a A matar a onça que entrou na fazenda, e a onça despencou da ponte e foi levada pela correnteza” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXV, § 3.050, 1). Poder-se-ia ver, no caso, impossibilidade, mas aqui tal impossibilidade ocorreria *com a satisfação dos interesses do credor*. “Aliás, o consequimento do escopo distingue-se da *eliminação do escopo* ou do *interesse do credor*, em que esse não pode mais ser realizado, ou não existe” (tomo XXIV, § 2.902, 2).

⁴⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 111.

⁴⁸⁵ ALMEIDA COSTA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, p. 1033.

modificações negociais (por negócio jurídico) e modificações *por ilícito relativo* (por fatos jurídicos que têm a violação de um direito relativo no suporte fático). Então colocaríamos no mesmo grupo a mora, o inadimplemento definitivo, a violação positiva do contrato, e a impossibilidade culposa. O grande obstáculo será a mora do credor, em que não se costuma ver ilicitude – daí a alusão apenas a “modificações relacionadas ao não cumprimento”. Mas isso tudo é objeto do Capítulo Terceiro do presente trabalho.

Pode-se finalizar com a exposição das matérias segundo Pontes de Miranda, não apenas por ter sido tomado como base desde os pressupostos teóricos, *supra*, mas também porque na Introdução já se alertou que o doutrinador apresenta uma das classificações mais completas dos casos de modificação da relação jurídica obrigacional. Sua obra ficou dividida da seguinte maneira: (a) em primeiro lugar, trata das modificações no tomo XXIII, antes da extinção, incluindo os casos de *adimplemento*, já no tomo XXIV; (b) depois, retoma os casos de inadimplemento no tomo XXV. Assim, distingue:

I. A modificação da relação jurídica obrigacional (tomo 23): 1. Alterações negociais; 2. Alterações por dolo e culpa; 3. Força maior e caso fortuito; 4. Impossibilidade do adimplemento (e deterioração); 5. Mora, do devedor e do credor; 6. (Em capítulo apartado) Mudança dos sujeitos das relações jurídicas, com várias subdivisões.

II. Extinção da relação jurídica obrigacional (tomos 24 e 25): 1. Adimplemento; 2. Modos eventuais de satisfação (depósito em consignação, alienação para liberação, adimplemento com sub-rogação, imputação do pagamento, compensação, dação em soluto, confusão); 3. Modos de extinção não necessariamente satisfativos (remissão de dívida, novação, transação, advento de termo resolutivo e implemento de condição resoliativa); 4. Extinção das dívidas por satisfação do credor sem adimplemento (envolve os casos em que pode ocorrer satisfação sem adimplemento, seja por caso fortuito/ força maior, seja por outros fatores, e ainda a execução forçada); 5. Extinção das dívidas sem satisfação do credor (impossibilidade superveniente, desaparecimento da base do negócio jurídico); 6. Extinção das dívidas por atitudes desconstitutivas dos figurantes (revogação, distrato, denúncia, resolução, rescisão, rescisão e desconstituição anulatória do negócio jurídico); 7. Extinção das dívidas por fato a que concerne a natureza delas ou por lei.

III. Retoma-se o inadimplemento (tomo 26), para tratar mais detidamente de suas consequências. Trata-se do dever de indenizar, cláusula penal, exceção de contrato não cumprido, enriquecimento sem causa, dívidas e terceiros, conclusões.

Ao tratar, neste Capítulo Segundo, das relações obrigacionais em geral, pareceu necessário expor, ainda que brevemente, a pluralidade de vicissitudes das relações jurídicas

obrigacionais, que se relacionam com os casos de adimplemento e inadimplemento. Mais do que isso, embora muitos destes casos não sejam de *modificações propriamente ditas*, poderão ser retomados abaixo: afinal, todo o caso de *extinção*, quando parcial, pode ser considerado caso de *modificação*. Pode-se passar, agora, a uma breve análise da natureza jurídica “da prestação” ou do “adimplemento”. Sempre teremos de analisar *espécie de fato jurídico* e de *efeito jurídico*, por serem dois dos principais critérios classificatórios.

4.2. A prestação, o adimplemento e sua natureza jurídica.

Os romanos falavam em *solutio*, solução, como o desfazimento do vínculo, a liberação (D. 46.3.54; D. 50.16.47). Como a expressão indica, pareciam atentar mais ao efeito do que à prestação, do que ao conteúdo do dever adimplido: “‘*Liberationis*’ *verbum eandem vim habet quam solutionis*” – “o termo ‘liberação’ vale também como pagamento”; e “o termo ‘solução’/ pagamento se estende a qualquer modo de liberação, e se refere mais à obrigação em si mesma”.⁴⁸⁶ Mas se Paulo deu maior atenção aos efeitos, há passagem de Ulpiano que parece ressaltar o ato, em si, *a prestação*: “dizemos solver o fazer-se o que se prometeu fazer” (D. 50.16.176).⁴⁸⁷

Talvez pela aproximação entre adimplemento e o efeito de extinção da relação obrigacional, que as codificações da atualidade admitem um conceito mais ou menos amplo de adimplemento, que alcança a prestação realizada por terceiros interessados,⁴⁸⁸ ou a consignação em adimplemento (arts. 304 e 334 do CCB/02).⁴⁸⁹ Hoje talvez fosse possível dizer que se foca mais *o ato do que o efeito*, pois só assim se poderia ver o adimplemento por terceiro, que em geral *modifica a relação jurídica* (pela sub-rogação pessoal), como caso de adimplemento. Não chegamos a considerar adimplemento o caso de execução coativa,

⁴⁸⁶ Em A. DOR’S, *cit.*, III, p. 564: refere-se mais à liberação em geral do que ao pagamento em dinheiro; em MOMMSEN-KRÜGER, *cit.*, p. 800: “*Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*”.

⁴⁸⁷ Tradução de PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIV, § 2.902, 3. No original: “*Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. ‘solvere’ dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*”. Em A. DOR’S: “Admite-se que com a palavra ‘solutio’ deve se entender toda classe de satisfação (de uma obrigação); dizemos que ‘paga’ quem faz o que prometeu fazer” (*cit.*, III, p. 860). Cf. também, quanto ao tema em geral, § 2.902, 1.

⁴⁸⁸ *Id.*, § 2.902, 3, citando PAUL KRETSCHMAR (*Die Erfüllung*, 1, 27 ss.): “a admissão de adimplemento por terceiro, como verdadeiro adimplemento, teria fonte histórica: esta ideia ampla de *solutio*, de liberação”.

⁴⁸⁹ O parágrafo único do art. 304 e o art. 305 parecem também considerar *pagamento* o do terceiro *não interessado*: se há pagamento em nome próprio, pode haver reembolso, desde que o devedor não tivesse meios para ilidir a ação (como uma exceção, que encobriria a pretensão), mas não ocorre sub-rogação; se há pagamento em nome do devedor, ressalvada a possibilidade de oposição deste, há sub-rogação.

como se esclareceu acima.⁴⁹⁰ A princípio seria *adimplemento* o ato do devedor ao credor, e há a ampliação expressa mencionada: não cabe ir além.

Delimitada a *amplitude* da figura, pode-se analisar sua natureza jurídica. Antes, porém, de passar às diversas teorias que buscaram explicá-la, pode-se tentar colocar o problema em seus devidos termos. Nos diversos sistemas é possível encontrar uma norma jurídica do tipo: “se é realizada a prestação prometida *então* extingue-se a relação jurídica obrigacional” (se *fato*, suporte fático/ *então efeito extintivo*, preceito).⁴⁹¹ Busca-se determinar, então, a natureza jurídica deste fato da “realização da prestação prometida”. Já em primeira análise parece ser ato-fato jurídico: há conduta humana, mas tomada como fato, com ablação de qualquer elemento volitivo. Mas muitos entenderam que entra em tal suporte fático uma *vontade de pagar*. Surgem, assim, teorias.

Menezes Cordeiro aponta cinco teorias: (1) teoria do contrato; (2) teoria do contrato limitado; (3) teoria do acordo do escopo; (4) teoria da realização finalística da prestação; (5) teoria da realização real da prestação.⁴⁹² Menezes Leitão aponta seis teorias, acrescentando a (6) teoria do negócio unilateral de cumprimento,⁴⁹³ além de agregar à “teoria do acordo sobre o fim” (que também chama “teoria do contrato real”), uma subdivisão (“contrato de ordenação”, tese de Rother).⁴⁹⁴ Talvez Menezes Cordeiro incluísse a tese do negócio unilateral na “teoria da realização finalística”, mas não parece que sejam perfeitamente superponíveis.

Pontes de Miranda analisa seis teorias, que já analisa dentro de sua própria classificação dos fatos jurídicos: (1) teoria do negócio jurídico unilateral ou bilateral; (2) negócio jurídico necessariamente bilateral; (3) ato jurídico *stricto sensu*; (4) teoria que viu no adimplemento apenas ato-fato jurídico; (5) teoria que viu no adimplemento fato jurídico, ou sem precisar a espécie, ou mesmo como fato jurídico *stricto sensu* (em que poderíamos, hoje, inserir Menezes Cordeiro); (6) teoria do “ato devido”, “portanto não negocial, mas sem partir de ou sem chegar à colocação precisa do ato devido, em classificação científica dos fatos jurídicos”.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *loc. cit.*, também defende não ser a execução coativa caso de adimplemento.

⁴⁹¹ Ainda que a norma jurídica seja não escrita, ou não esteja escrita em forma normativa. Esclareceu-se no Capítulo Primeiro, *supra*, que não se confundem *norma jurídica* e *artigo*, pois há normas jurídicas pressupostas, normas que decorrem mesmo do fato de que o sistema jurídico é um sistema lógico, embora não puramente lógico-formal; e que, por vezes, de um artigo se extrai mais de uma norma jurídica completa (art. 2º, CCB/02), e noutras só se encontra norma com estrutura completa com a junção de mais de um artigo.

⁴⁹² MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, *cit.*, IX, p. 26-27.

⁴⁹³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, II, p. 182.

⁴⁹⁴ *Id.*, II, p. 182-183. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, IX, p. 26, nota 21, inclui a tese de ROTHER na “teoria do acordo do escopo”, ao lado de HORST EHMANN.

⁴⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIV, § 2.903, 1. Quanto à última, cita Carnelutti, Pugliatti e Nicolò.

A doutrina majoritária consideraria o adimplemento ato material ou real,⁴⁹⁶ o que será retomado a seguir. Quanto às teses contratualistas, frisa Menezes Cordeiro que “ela foi demolida pelos estudos de Heinrich Lehmann, sobre a omissão”.⁴⁹⁷ De fato, não se poderia ver contrato na satisfação de uma obrigação de não fazer. Mas cabe dizer ainda mais sobre isso: Menezes Cordeiro pondera que “em regra, é necessária a colaboração (e, logo, o acordo) do credor para haver cumprimento”.⁴⁹⁸ Parece-nos necessário, porém, fazer a distinção de Pontes de Miranda entre “recepção ou não recepção” e aceitação.

Adimplemento é cumprimento de dever, e não “proposta”. Mais do que isso, não há “liberdade do credor. Não há, pois, falar-se de *aceitação*; há *recepção*, ou não há *recepção*”.⁴⁹⁹ A recepção não é “declaração” de cunho negocial. E se o credor não recebe, ele pode ser constituído em mora, como também dá ensejo à consignação em adimplemento. É o que se vê na codificação civil brasileira: se o credor deixa de receber, ou cria obstáculo, *sem razão*, há mora do credor (art. 394, “não quiser recebê-la”); mas *pode haver razão* – art. 313, “não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida”; art. 395, *parágrafo único*, “poderá enjeitá-la”.

Assim, é de se retirar da natureza jurídica do adimplemento qualquer aceitação de cunho negocial. E mesmo no ato do devedor não há declaração negocial. Apenas nos casos de imputação do pagamento é que o devedor, em regra, indica a dívida que pretende solver: porém, vê-se que a situação tem hipótese fática excepcional – “a pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor” (art. 352). E daí já parece mesmo possível extrair que, não sendo este o caso, a realização fática do ato devido será tomada como adimplemento, ainda que não fosse essa a vontade do devedor.

Adiante-se: entendemos que o adimplemento tem natureza de ato-fato jurídico. Não há dúvida de que há conduta humana. Mas tal conduta humana parece ser tomada como *fato*, pelo que não passa pelo plano da validade: não há “pagamento nulo”. “O louco que limpou a casa durante a loucura, ou depois dela, limpeza a que se havia vinculado, adimpliu”.⁵⁰⁰ Nada impede que alguém treine o seu cão para buscar o jornal todas as manhãs, diretamente na revistaria, colocando no animal um suporte com o dinheiro. O contrato se faz entre o dono

⁴⁹⁶ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 183: “amplamente majoritária na doutrina atual”; MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 27, nota 24, referindo a doutrina alemã.

⁴⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁹⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIV, § 2.903, 2. Também: “quem adimple, ou consegue, com a oblação, liberar-se e extinguir a dívida, ou põe em mora o credor, ou lança mão do depósito em consignação para adimplemento, a fim de se liberar”.

⁵⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIV, § 2.903, 2.

da banca de jornais e o dono do animal; o animal é instrumento que realiza o adimplemento (ato-fato).

Contra a ideia de ato-fato jurídico, argumenta-se que há casos em que há necessariamente negócio jurídico, como no pré-contrato, contrato-promessa, ou contrato preliminar (ou também nos casos em que se promete a transmissão de um bem). Não foi à toa que se frisou exaustivamente, acima, a necessidade de distinguir o objeto da relação obrigacional, do objeto *da prestação* (segundo alguns, objeto *mediato* da relação obrigacional). A prestação é uma conduta, um fazer ou um não fazer, e aí é que está o ato-fato. Fazer *o que*? Se a resposta é “pintar uma parede”, ou “entregar dinheiro”, tais objetos não são previstos por *outras normas jurídicas*. Mas pode ocorrer que o objeto da prestação *seja fato jurídico, previsto por outras normas jurídicas*.

Nestas situações, há fato jurídico, de alguma espécie, *envolvido* pelo ato-fato jurídico do adimplemento, que lhe sobrejaz. Em regra não há, *dentro* da prestação, *outro fato jurídico*. O caso do pré-contrato é visivelmente *peculiar*: excepcionalmente, o que se promete *fazer* é um *negócio jurídico*. Diz Pontes de Miranda: “se há negócio jurídico, é *plus*. Se o negócio jurídico é que se há de prestar, então o negócio jurídico está no conteúdo da obrigação, e o assunto nada tem com o problema da natureza jurídica do adimplemento”.⁵⁰¹ Temos de diferenciar, “nos pré-contratos, o ato de prestar, que entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, e o que se presta, que é o negócio jurídico prometido”; “o devedor adimple com prestação que consiste em negócio jurídico como poderia consistir apenas em *dação*”.⁵⁰²

Já que se mencionou o caso do contrato-promessa, pode-se aproveitar para tratar da visão de Menezes Cordeiro, que afirma: “o cumprimento não é um ato jurídico voluntário; é um ato devido”.⁵⁰³ Por isso, não poderia ser negócio jurídico. Ora, o caso do pré-contrato é ilustrativo de que o fato de haver *dever de contratar*, não exclui a natureza de contrato e, portanto, de negócio jurídico. Mas concordamos que no cumprimento o sujeito não é “normativamente livre”, tanto por ter *dever* quanto por não ter espaço para escolha de categorias eficaciais. Definiu-se o negócio jurídico, *supra*, como a espécie de fato jurídico em que há conduta humana, com manifestação de vontade relevante; manifestação esta que *não apenas compõe o suporte fático* (como nos atos jurídicos em sentido estrito), mas também se dirige a uma escolha (limitada) de direitos e deveres, escolha de categorias eficaciais.

⁵⁰¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIV, § 2.903, 2.

⁵⁰² *Loc. cit.* (§ 2903, 2).

⁵⁰³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado, cit.*, IX, p. 28.

A tese que ora adotamos, de que o adimplemento é ato-fato jurídico, corresponde à visão da doutrina amplamente majoritária, que considera que a prestação tem natureza de “ato material” ou “ato real”. A questão tem grande importância: ressaltou-se, acima, como uma das motivações para a escrita deste trabalho, o fato de que a doutrina não parece notar a grande pluralidade de fatos jurídicos que podem atuar sobre uma mesma relação jurídica. Nas obras dedicadas à Teoria Geral, costuma-se dizer que os fatos jurídicos *criam, modificam ou extinguem* as relações jurídicas; mas já nas obras voltadas a relações jurídicas específicas, como as Obrigações, parece que aqueles pressupostos são deixados de lado. Ora, não há dúvida de que a realização da prestação, o adimplemento, é um fato jurídico extintivo, que costuma levar à extinção da relação obrigacional.

Porém, quando se fala em “ato material” ou em “ato real”, parece que se quer dizer que são atos “não jurídicos”: há o “ato jurídico”, que tem por base declaração volitiva, e há o “ato material”.⁵⁰⁴ Usam-se expressões como “a mera realização real da prestação é suficiente para o cumprimento”,⁵⁰⁵ dentre outras que indicam uma ideia de algo que “não é jurídico”, que é “puramente fático”. Por outro lado, note-se que boa parte da doutrina alemã parece notar que os “atos materiais ou reais” são *jurídicos*.⁵⁰⁶ Estes doutrinadores não teriam de buscar alguma espécie de fato jurídico para enquadrar o ato real: o ato real seria já espécie de fato jurídico, embora com a má denominação.

Tanto Menezes Cordeiro, que referimos acima, quanto Menezes Leitão, notam que a prestação tem de ser vista como fato jurídico. Por isso mesmo, após citar a doutrina majoritária do *ato material ou real*, buscam determinar uma espécie de fato jurídico. Diz Menezes Leitão: “mas o cumprimento, mesmo que tenha por conteúdo um fato material é sempre em si um ato jurídico (simples) na medida em que constitui uma manifestação de

⁵⁰⁴ BOULANGER e RIPERT (**Tratado de Derecho Civil**: según el tratado de Planiol. Tomo I: Parte General. Buenos Aires: La Ley, [1956?], p. 415-416) explicam que a maior parte das obrigações “têm como causa os atos jurídicos”; mas: “os *atos materiais* são também suscetíveis de acarretar consequências jurídicas”; “um fato material só se considera fato jurídico se é suscetível de criar um direito ou uma obrigação. É fato jurídico por suas consequências e não por sua natureza”. Como se verá logo abaixo, MENEZES CORDEIRO e MENEZES LEITÃO, tendo em conta que o cumprimento tem de ser fato jurídico, e considerando caso de “ato material ou real”, buscarão determinar *a espécie de fato jurídico*: ou seja, ato material não seria espécie de fato jurídico, nem entraria na classificação geral dos fatos jurídicos.

⁵⁰⁵ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, 2011, p. 181; MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 27: “meras atuações materiais”.

⁵⁰⁶ LEHMANN, **Parte General**, *cit.*, p. 198; ENNECCERUS (**Tratado**, *cit.*, I, 2, com Nipperdey, p. 8 e ss.) trata dos “atos reais” no § 128: “os atos jurídicos e suas classes”. Na p. 14 (e nota 18): “é pouco acertada a qualificação ‘atos puramente externos’, pense-se nas criações poéticas ou musicais, e tampouco é recomendável o pleonismo ‘atos de fato’”. Mas a denominação “ato material” ou “ato real” também parece inadequada. Parece-nos que a ideia de *ato-fato jurídico* é preferível, seja pela denominação, seja pela construção dogmática e pela maior precisão.

vontade que produz o efeito jurídico da extinção do vínculo obrigacional”.⁵⁰⁷ Já se adiantou que Menezes Cordeiro nega que haja *ato* jurídico – embora haja conduta humana – por entender que ao *ato devido* falta a autonomia privada: “mas como produz efeitos jurídicos, resta considera-lo um fato jurídico *stricto sensu*”.⁵⁰⁸

A questão teve um desenvolvimento interessante no Brasil, devido a um fator que já apontamos: Teixeira de Freitas (1816-1883) foi considerado um precursor de Manigk (1873-1942), quando elaborou algo próximo do que se chama “ato real ou material”: os “fatos humanos involuntários”.⁵⁰⁹ Seguimos então a classificação dos fatos jurídicos (*lato sensu*) de Pontes de Miranda:⁵¹⁰ as normas jurídicas podem prever puros fatos (fatos *stricto sensu*); condutas humanas volitivas (atos jurídicos *lato sensu*: negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito); e pode tomar condutas humanas fazendo ablação de qualquer elemento volitivo, como se fossem fatos – aí o ato-fato jurídico. Explica Pontes de Miranda:

Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.⁵¹¹

Quanto ao alcance da categoria: “abrangem os chamados *atos reais*, a *responsabilidade sem culpa*, seja contratual seja extracontratual, e as *caducidades sem culpa* (exceto o perdão)”.⁵¹² A categoria já foi analisada *em geral* no momento oportuno (Capítulo Primeiro, quanto aos fatos jurídicos e relações jurídicas em geral). Parece-nos que a categoria resolve com perfeição os problemas postos no presente tópico. É a tese majoritária dos “atos reais”, da “realização real da prestação”, mas com a precisão dada por Pontes de Miranda e, sobretudo: frisando tratar-se de mais um *fato jurídico* que produz efeitos sobre uma relação jurídica anteriormente criada.

⁵⁰⁷ *Idem*, II, p. 184. Entre os alemães referidos acima também se vê alguma alusão ao “ato material” como se fosse o “suporte fático concreto”, o puro fato, talvez por influência da má denominação: logo se vê que melhor seria ato-fato *jurídico*. Distinguímos no Capítulo Primeiro, *supra*, o *suporte fático concreto* e o fato jurídico: o segundo já recebeu a incidência e entrou no mundo jurídico; o primeiro está previsto em alguma norma, mas não houve (ainda) incidência. Um é fato, realidade; o outro é fato jurídico, *realidade valorada*.

⁵⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, *cit.*, IX, p. 28. Já se adiantou discordância quanto à ideia de que um ato devido não pode ter natureza negocial. MENEZES LEITÃO diz: “apenas em certos casos, como no contrato-promessa, a realização do comportamento devido implicará a celebração de um novo negócio” (*loc. cit.*).

⁵⁰⁹ *Cf.*, *supra*, Capítulo Primeiro, p. 41, nota 140.

⁵¹⁰ *Cf.* quadro sintético na p. 44. Sobre o “ato-fato”: *Tratado*, *cit.*, tomo II, § 209 e seguintes.

⁵¹¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, II, § 209, 2 (2013, p. 457-458).

⁵¹² *Ibid.*, tomo II, § 209, 1 (2013, p. 457).

Assim: (1) segue-se a doutrina majoritária, que vê na prestação “ato real”; sua *juridicidade* é reconhecida e ressaltada, com a inserção dentre os fatos jurídicos *lato sensu*, na categoria que chamamos *ato-fato jurídico*;⁵¹³ (2) evita-se falar em “ato jurídico”, como Menezes Leitão (pois nestes, o elemento volitivo tem relevância e, por isso mesmo, estes atos passam pelo plano da validade, o que não ocorre com o ato-fato jurídico⁵¹⁴); (3) e também se evita falar em “fato jurídico *stricto sensu*”, como Menezes Cordeiro, posto haver claramente conduta humana, e não *fato* propriamente dito.

No Capítulo Primeiro também se fez uma distinção, bastante sutil, que cabe retomar: afirmou-se que a descrição do *suporte fático* é determinante para que se diga qual a natureza do fato jurídico em questão. Assim, se uma norma prevê o fato da morte, com relação à produção de algum efeito jurídico, toma-o como fato jurídico *stricto sensu*: e não importa que, em algum caso concreto, tenha ocorrido suicídio que, a rigor, é ato. Pois o que entra no mundo jurídico, é o fato juridicamente relevante, *na medida em que relevante*: e a norma, no exemplo, selecionou apenas o *fato* da morte. Fez este recorte no mundo real, e a realidade é sempre mais rica que o Direito.

Assim, pode parecer que há contradição: Menezes Cordeiro sustentou a natureza de fato jurídico *stricto sensu*; e defendemos que o ato humano, quanto ao adimplemento, é “tomado como fato”. Não haveria, então, fato jurídico *stricto sensu*? A resposta é negativa. Usou-se de fórmula simplificada: a rigor, o adimplemento é sempre conduta humana e, neste sentido, “ato”. A norma prevê conduta humana, que recebe como *avolitiva*. Foi o que se precisou, com Pontes de Miranda, na passagem referida acima. O que realmente importa é o resultado. Onde se diz “ato tomado como fato”, pode-se ler: “ato humano tomado sem qualquer elemento volitivo”, como “fato humano”.

Por fim, pode-se mencionar a tese de que há “direito de pagar”; já se disse algo sobre o tema. Resumidamente: “a faculdade de liberar-se, que tem o devedor, cumprindo o que lhe incumbe, não é direito, é conteúdo de dever”; “o ato-fato jurídico de solver é que adimple e, pois, libera”.⁵¹⁵ Ora, estávamos mesmo, até agora, analisando o adimplemento como *cumprimento de dever*. O devedor tem *dever* de adimplir, e não direito. Já se adiantou,

⁵¹³ Exatamente como nós, além de Pontes de Miranda: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e extinção das obrigações**. Comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil. São Paulo: RT, 2007, p. 60-61: “o pagamento em sentido estrito independe de capacidade ou de vontade, não transitando pelo plano da validade, ainda que *o seu objeto* possa ser inquinado de nulo ou anulável e exigir a capacidade das partes. Desse modo, *ele é classificável como ato-fato*, vale dizer, como ato humano cuja vontade não participa do suporte fático, razão pela qual se mostram incabíveis as teorias mistas, que fazem depender a natureza do pagamento da espécie de obrigação a ser adimplida”.

⁵¹⁴ Cf. o tópico referido do Capítulo Primeiro, *supra*.

⁵¹⁵ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, *cit.*, tomo XXIV, § 2.904, 1.

também, que há casos em que o credor *pode recusar* a prestação, e que a recusa injustificada leva à mora do credor e à possibilidade de consignação. A ação consignatória permite supor que há *direito de consignar* (algo de positivo, no plano da eficácia): mas tal direito só surge quando preenchido o suporte fático do art. 335 do CCB/02. É a lição de Pontes de Miranda:

Ainda quando se trata de consignação, não há direito a consignar antes de se comporem os pressupostos para que caiba a consignação: recusa da prestação pelo credor (art. 973, I); se o credor não vai, nem manda receber, no lugar, tempo e circunstâncias devidas (art. 973, II); nas espécies do art. 973, III-VI. Há sempre fato de que nasce o *direito a consignar*, sendo que somente na espécie do art. 973, I, é preciso ter havido *ato* do devedor. Assim, não há direito à consignação *antes* de um dos fatos que o art. 973 menciona.⁵¹⁶

Com tudo isso, parece que estão expostos os pressupostos essenciais – atinentes ao Direito das Obrigações e às relações obrigacionais, em especial – para que seja possível passar à análise das modificações da relação jurídica obrigacional. Foram analisados os fatos jurídicos e as relações jurídicas em geral; agora fixamos noções referentes às relações obrigacionais, em especial (Capítulo Segundo). Passa-se, finalmente, ao núcleo do trabalho: o estudo da modificação das relações obrigacionais, provocadas por fatos jurídicos, em uma terceira e última parte (Capítulo Terceiro).

⁵¹⁶ *Id., loc. cit.* As referências legislativas dizem respeito ao Código de 1.916. Contra a ideia de “direito de consignar”, MENEZES CORDEIRO considera que há “faculdades potestativas”, que devem “ser reconduzidas a permissões de atuação jurídica mas não a direitos subjetivos” (**Tratado**, IX, p. 132-133). Se entendemos bem, está dizendo que são o que chamamos aqui de *poder fático*, como o de ocupar bem.

CAPÍTULO TERCEIRO – O EFEITO MODIFICATIVO DO FATO JURÍDICO SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL.

Chega-se, finalmente, ao cerne do tema estudado. Nesta terceira e última parte do trabalho, parte-se do que se fixou quanto ao fato jurídico e à relação jurídica (Capítulo Primeiro), bem como das posições adotadas quanto à relação jurídica obrigacional (Capítulo Segundo). Esta parte ficará repartida em quatro grandes divisões: (1) Ainda questões teóricas atinentes às modificações; (2) Os casos normalmente apontados; (3) Classificação segundo o fato jurídico modificativo; (4) Subsídios para uma história das modificações; e, finalmente, (5) As modificações da relação obrigacional – “tentativa de sistematização”. Em seguida, passa-se à conclusão final.

Trataremos inicialmente, então, de algumas questões teóricas referentes à modificação da relação jurídica obrigacional, como questões referentes às exceções e direitos potestativos; às responsabilidades ditas pré-contratual e pós-contratual; ao surgimento de um elemento fático posterior que tem influência sobre a relação jurídica, como ocorre com o termo e a condição, mas também quando há *suporte fático de formação sucessiva*; então, tentaremos agrupar alguns desses casos como modificações relacionadas aos planos da existência, validade e eficácia; por fim, haverá a oportunidade de reavaliar algumas questões como a *possibilidade de modificação do próprio “fato jurídico”* e uma possível *insuficiência na análise dos efeitos jurídicos*.

Portanto, este Capítulo Terceiro fica dividido em cinco seções principais: (a) a *primeira* para retomar questões teóricas, (b) a *segunda* e a *terceira* para analisar os casos de modificação apontados pela doutrina, em geral, e por Pontes de Miranda e Enneccerus, em especial, (c) a *quarta* para fazer breve alusão às modificações das obrigações na história, (d) a *quinta* e última para propor possíveis sistematizações dos casos de modificação da RJO. Antes de passar às seções apontadas, parece adequado relatar, brevemente, a forma como a doutrina tem tratado das modificações das relações jurídicas obrigacionais. Já se disse algo na *Introdução, supra*, justamente porque a escassez no tratamento da matéria é um dos fatores que lhe confere importância.

Começemos por Savigny, que muitos apontam como o primeiro a tentar explicar os fatos jurídicos: este jurista parece ter excluído a possibilidade de efeito modificativo, já que define os fatos jurídicos como “os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito

nascem e terminam”.⁵¹⁷ Anos depois, vê-se em Windscheid a possibilidade de modificação consideravelmente desenvolvida.⁵¹⁸ O autor fala especificamente na modificação do crédito (*mutamento del diritto di credito*), que pode “sem perder a sua existencia, ser modificado”.⁵¹⁹

Desde então, muitos definiram o fato jurídico como aquele apto a *criar, modificar ou extinguir relações jurídicas*. Como se salientou no Capítulo Primeiro, *supra*, é necessário distinguir os planos da existência e da eficácia, pelo que não seria correto definir um fato jurídico pelos efeitos que, ademais, são *possíveis*: contrato nulo *é contrato*, embora não produza seus *efeitos próprios* (mas somente efeitos mínimos, a vinculação).⁵²⁰ A existência se dá com a incidência qualificadora da norma, como já se frisou. Mas o que interessa, no momento, é que os doutrinadores que forneceram tais definições dos fatos jurídicos ressaltaram a possibilidade de efeitos criadores, modificativos ou extintivos.

A despeito de tal percepção, no momento de tratar de relações jurídicas específicas, a doutrina acaba mencionando apenas o fato jurídico que lhes dá origem. Manuel de Andrade, por exemplo, após reconhecer que o fato jurídico pode constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, afirma: “mas é claro que só interessa aqui a primeira modalidade. O fato jurídico constitutivo é na verdade condição indispensável para que surja qualquer relação jurídica concreta”.⁵²¹

É de se ressaltar que há diversos juristas que, embora não deixem capítulo específico para os casos de modificação das Obrigações, apontam grande pluralidade de casos no curso de suas obras, como é o caso de Larenz.⁵²² Este autor trata da “modificação do conteúdo, substituição da dívida e transação”,⁵²³ “infração do crédito e causas de seu incumprimento”, em que também se insere a mora e se lê que o devedor *continua obrigado*

⁵¹⁷ Na versão traduzida para o espanhol: **Sistema del derecho romano actual**. 2. Ed. Madrid: Góngora, tomo II, s/d, p. 142. O cap. II diz respeito justamente ao *nascimento e extinção das relações jurídicas*.

⁵¹⁸ WINDSCHEID, **Diritto delle pandette**, *cit.*, vol. I, I, 1902, p. 253 *et seq.*, modificação em geral; mas, sobretudo, vol. II, 1930, p. 269-312, quanto à “modificação dos créditos”.

⁵¹⁹ “Il diritto di credito può, senza perdere la sua esistenza, essere mutato” (*Ibid.*, II, p. 269).

⁵²⁰ Sobre a questão, já comparando com a teoria dos efeitos mínimos, MELLO, **Teoria...** Validade (vol. 2), p. 228 *et seq.* Quanto ao equívoco da definição pelos efeitos, PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, I, §7º, 1: “Certamente, os fatos são considerados jurídicos (= introduzidos no mundo jurídico), *para que* tenham eficácia jurídica; porém não basta, para defini-los, o dizer-se que os fatos jurídicos são os fatos dotados de eficácia jurídica. Por imediata que ao fato jurídico seja a eficácia dele, devemos abstrair da ‘posteridade’ do fato quando temos de o definir”.

⁵²¹ MANUEL DE ANDRADE, **Teoria Geral da...**, *cit.*, vol. 1, p. 21. Na **Teoria Geral das Obrigações** (*cit.*, *supra*) não trabalha com nenhum caso de modificação da relação obrigacional. No mesmo sentido do trecho citado: MERKEL, Adolf. **Enciclopedia Jurídica**. 5.ed. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1924, p. 125-126. Mencionando a importância do tema e a escassez bibliográfica: ENNECCERUS-LEHMANN, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, tomo II, vol. 1, p. 218 (em nota).

⁵²² LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, I, *cit.*; também MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, II, *cit.*, *passim*, como diversos outros que destinam apenas um capítulo aos casos de *transmissão* das obrigações: não deixam de reconhecer muitos outros casos de modificação.

⁵²³ LARENZ, *op. cit.*, I, p. 129 e seguintes.

a cumprir a prestação, mas acrescida da indenização,⁵²⁴ etc. Como se vê, embora não destine capítulo específico às modificações – como com frequência se dá quanto às “fontes” e aos casos de extinção –, elas são reconhecidas de forma esparsa, *passim*.

Quanto às modificações “negociais”, Larenz prefere inseri-las dentre os casos de “obrigações contratuais”, pelo que acabam ficando no capítulo acerca das “fontes”. De maneira semelhante, Menezes Cordeiro entende que “a grande maioria das modificações creditícias [...] tem natureza voluntária e, mais precisamente, contratual”.⁵²⁵ Assim, seria aplicável o regime geral dos contratos. A julgar pelo índice, este jurista português pareceria apontar apenas o caso de “alteração das circunstâncias” como de modificação.⁵²⁶ Mas já se viu não ser este o caso: aliás, mesmo nos casos de adimplemento, considera que pode haver apenas modificação, devido à manutenção dos deveres laterais de conduta.⁵²⁷ Isso será retomado quanto à alteração das circunstâncias, abaixo.

Na maior parte das obras, porém, não se pode crer que há apenas “aparência” de insuficiência na análise do tema: a insuficiência não está só nos índices e na organização das matérias. A organização das matérias é que indicia uma insuficiência, que muitas vezes se confirma. Em alguns casos, parece haver mesmo um descompasso entre o conceito adotado e sua aplicação posterior. Galgano, por exemplo, define o fato jurídico como qualquer acontecimento ao qual o ordenamento jurídico liga qualquer efeito jurídico, constitutivo, modificativo ou extintivo de relações jurídicas.⁵²⁸ Ao tratar das obrigações, porém, menciona somente as “fontes”, sem qualquer referência aos fatos jurídicos modificativos e extintivos.⁵²⁹

Também na obra de Geri, Breccia e outros, define-se o fato jurídico da seguinte forma: “as situações jurídicas subjetivas nascem, se modificam e se extinguem na dependência de se realizar (*avverarsi*) um evento, que a norma jurídica seleciona e qualifica”.⁵³⁰ Estes autores consideram a teoria do fato jurídico o aspecto central “em torno do conceito de direito e do problema da eficácia jurídica”.⁵³¹ Porém, quanto às modificações da relação obrigacional, fala-se apenas nas “modificações subjetivas”.⁵³²

⁵²⁴ LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, I, Cap. III e pp. 349-350.

⁵²⁵ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 261-262.

⁵²⁶ *Ibid.*, IX, p. 259-262.

⁵²⁷ *Ibid.*, IX, p. 60.

⁵²⁸ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 9.ed. Padova: Cedam, 1996, p. 24.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 193 e seguintes.

⁵³⁰ GERI; BRECCIA; BUSNELLI; NATOLI. Il sistema giuridico italiano. **Diritto Civile**: vol. 1.2. Fatti e atti giuridici, Torino: UTET, 1995, p. 437, em tradução livre.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 441.

⁵³² *Idem*, **Diritto...**, vol. 3. **Obbligazioni e contratti**. Torino: UTET, 1992, p. 200, em tradução livre.

De forma resumida, pode-se afirmar que a maior parte da doutrina que menciona a modificação da relação jurídica obrigacional, ou a) aponta somente modificações negociais,⁵³³ ou b) estabelece como critério o *elemento* que se modifica, falando em modificação subjetiva e objetiva.⁵³⁴ Quanto às modificações objetivas, alguns chegam a incluir modificações por fatos ilícitos, como Betti. Este autor menciona “acontecimentos concernentes ao vínculo e ao objeto”, se bem que dentre tais eventos insira casos de extinção, como a novação. Trata da mora do credor e do devedor como concernentes ao vínculo e, quanto ao objeto, alude à “conversão ou extinção da relação”.⁵³⁵

Desde Windscheid, não se pode deixar o caso da mora fora das hipóteses de modificação; portanto, não se justificaria a afirmação de Aguiar Dias de que “se o contrato é fonte de obrigações, a sua inexecução também o é”.⁵³⁶ Esta visão não permite explicar a evidente manutenção da eventual garantia. Os casos de responsabilidade contratual, os ilícitos relativos, parecem ser os mais ilustrativos de alguma insuficiência na doutrina: já no mundo dos fatos o inadimplemento é visto como fato modificativo, e não como fato que libera o devedor, que extingue o vínculo.

⁵³³ Como os que tratam apenas da “transmissão” da relação obrigacional: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria geral das obrigações**. Vol. II. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 361 e seguintes; RUGGIERO-MAROI, **Istituzioni di Diritto Privato**. Vol. 2. 8. Ed. Milano: Giuseppe Principato, 1954, p. 102. Boulanger e Ripert afirmam que “quando a obrigação tem certo tempo de existência, pode sofrer certas modificações *por vontade das partes*” (**Tratado de Derecho Civil**, tomo V: *Obligaciones*, 2ª parte. Buenos Aires: La ley, 1965, p. 453) o que coaduna com a visão destes autores dos fatos jurídicos em geral (**Tratado...**, *cit.*, tomo I: Parte General, p. 415 e seguintes). VON TUHR, em **Tratado de las obligaciones**, Madrid: Reus, 1934, tomo II, só traz capítulo sobre a transmissão das obrigações (Cap. XI, p. 285 e seguintes). Em alguns trechos, como nas pp. 116-118 (mora), o autor parece evitar mesmo o uso da expressão “modificação” (fala na extinção, Cap. VIII, e nas fontes no tomo I).

⁵³⁴ Como WINDSCHEID, já citado, que divide as modificações em “relativamente ao seu objeto” (§ 327) e “relativamente aos seus sujeitos” (**Diritto delle Pandette**, *cit.*, p. 269 e §§ 327 e 328-340). Note-se: embora fale em crédito, fala em *sujeitos*, no plural, vendo também o devedor (o débito e, portanto, a relação jurídica). O autor aprofunda particularmente as modificações subjetivas e os casos de transmissão, mas notou grande pluralidade de casos de modificação objetiva, incluindo também aí a mora e, portanto, fatos ilícitos (p. 269, nota 2: exemplo de modificação com a inclusão dos “interesses moratórios”). MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Tomo IV. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 173 e seguintes, chega a citar modificações não negociais (p. 201). Como explica GALVÃO TELLES, os fatos jurídicos *modificativos* introduzem na relação “alguma *alteração*, de natureza objetiva ou subjetiva; pertencem a este número, inclusivamente, os casos de *transmissão*, em que as obrigações [...] *mudam* de sujeito” (**Manual de Direito das Obrigações**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1965, tomo I, p. 51).

⁵³⁵ BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obligazioni**. Milano: Giuffrè, 1955, vol. IV, p. 139: “Vicende concernenti il *vincolo* sono la mora del creditore (art. 1206) e, soprattutto, la mora del debitore (1219), caratterizzata da un potenziarsi della responsabilità contrattuale col c. d. ‘trapasso del rischio’. Le vicende concernenti l’*oggetto* possono configurare una conversione ovvero l’estinzione del rapporto”. Na conversão inclui a novação que, a rigor, é caso de extinção, mas também a absorção e a “redução à equidade” que se dá nos casos de onerosidade excessiva. Quanto à “defesa” da obrigação (*id.*, p. 143 e p. 251), afirma que com o inadimplemento a relação *se transforma*. É certo que neste ponto as diferentes teorias sobre a estrutura da relação obrigacional transparecem nas soluções.

⁵³⁶ **Da Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, vol. I, p. 146. Também CAVALIERI FILHO, **Programa...**, *cit.*, p. 310.

Vê-se teorização mais elaborada na obra do italiano Santoro-Passarelli, que chega a comparar as modificações da relação obrigacional com os casos de aquisição, transmissão e perda de direitos,⁵³⁷ falando ainda na “multiplicação e concentração das relações jurídicas”, bem como na “constituição de relações derivadas”.⁵³⁸ Mas a sistematização deste autor também se mostra insuficiente quando analisadas as classificações propostas por Enneccerus-Lehmann⁵³⁹ e por Pontes de Miranda,⁵⁴⁰ em que se constata a grande pluralidade de fatos jurídicos que podem modificar a relação jurídica obrigacional. Estes autores não partem do *elemento* modificado, mas do *fato jurídico* que gera o efeito modificativo.

Neste Capítulo Terceiro tais sistematizações serão devidamente analisadas. Por tudo o que se expôs até aqui, fica claro que há inúmeros fatos jurídicos modificativos, que raramente são analisados de forma sistemática pela doutrina, sendo que boa parte dos doutrinadores não chega sequer a identificá-los como fatos jurídicos, como se fossem fatos sem relevância jurídica, ou como se a norma produzisse a modificação sem a ocorrência de qualquer fato. Deverão ser analisados também os casos de cessão de crédito, assunção de dívida, cessão da posição contratual, além da novação, situações em que mais se discutiu o problema da identidade da relação jurídica obrigacional e de sua modificação. Feito este breve relato da questão na doutrina, pode-se passar ao núcleo do tema proposto, em busca de uma sistematização mais adequada e abrangente das modificações.

1. Ainda questões teóricas atinentes à modificação.

Passa-se a uma última análise de pressupostos teóricos para a avaliação das modificações das obrigações. A inserção de tais “pressupostos” neste Capítulo Terceiro se deve, primeiramente, ao fato de eles estarem ligados a problemas que foram surgindo na análise dos casos de modificação da relação obrigacional. Ainda, por serem de difícil solução, ou mesmo por deverem ser deixados apenas para *ponderação*, pois algumas das questões aqui abordadas não poderão ser resolvidas no presente trabalho. Por vezes, caberá apenas fazer uma autocrítica, pois não poderíamos pretender resolver aqui questões cuja solução não foi encontrada sequer em tratados mais aprofundados.

⁵³⁷ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine...*, cit., p. 72 e seguintes.

⁵³⁸ *Op. cit.*, p. 76.

⁵³⁹ ENNECCERUS-LEHMAN. *Derecho de...*, cit., tomo II, vol. I, Cap. III.

⁵⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, cit., tomo XXIII, Parte III.

1.1. O caso das exceções e dos direitos formativos/ potestativos.

Antes de evidenciar o que estas categorias eficaciais têm de importante para o presente trabalho, cabe dizer o que têm em comum, que nos permite agrupá-las. Tanto no caso das *exceções* quanto no caso dos *direitos potestativos* há um fato jurídico que cria apenas uma *possibilidade*: confere-se um *poder* a uma das partes da relação jurídica obrigacional, o que, por si só, pode ser visto como *modificação* (= aumentou o conteúdo da relação jurídica, com a inclusão do poder); mas o exercício deste poder leva a outra mudança no mundo jurídico. Uma das principais questões a demonstrar no presente tópico, é o fato de que o *exercício* destas categorias eficaciais se dá por *outro fato jurídico*.

Assim, um fato jurídico *cria* um direito potestativo ou uma exceção (são categorias eficaciais justamente porque são efeitos de um fato jurídico, como os demais direitos, deveres, pretensões, etc.). Mas tais figuras foram criadas justamente para dar um *poder* ao seu titular: fica a seu talante exercê-lo ou não. Tanto têm em comum, que muitos misturaram os direitos formativos extintivos e as exceções.⁵⁴¹ Mas: “as exceções são também inconfundíveis com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensação, e com as pretensões à decretação de nulidade ou de anulação. Não destroem, não extinguem; encobrem eficácia”.⁵⁴²

Não se poderia pretender aprofundar o tema aqui. Mas há muito se sabe que a exceção – ainda que peremptória, como a de prescrição – não *extingue*: (1) OERTMANN disse: “se bem que antigamente se admitia que, em virtude da prescrição, os créditos se extinguíam totalmente, esta doutrina é de todo incompatível com o Direito moderno; sua dificuldade está em que mesmo a ‘ação’ [trad. de *Anspruch*, como se vê na p. 338, portanto, *pretensão*] não faz outra coisa que paralisar-se, mediante a prescrição, e não se extinguir”;⁵⁴³ (2) LEHMANN frisa que a ausência de efeito extintivo é muito clara nas exceções dilatórias, mas “também nas exceções peremptórias, como, por exemplo, a prescrição, tem sentido o não liberar-se simplesmente o devedor”;⁵⁴⁴ (3) ENNECCERUS definiu a exceção como “um contradireito que não suprime o direito contra o qual se dirige, mas que o suspende em virtude de efeito contrário, fazendo-o praticamente ineficaz”.⁵⁴⁵ PONTES DE MIRANDA ensina que no latim, a expressão que se

⁵⁴¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, VI, § 634, 3: “Não há dúvida que K. Hellwig confundira exceção e direitos à desconstituição. Exceção não destrói”. No tomo V, § 583, 6: “E. SECKEL (*Die Gestaltungsrechte*, 216) notou que a exceção não destrói a pretensão; donde não se poder considerar extintivo o direito da exceção. Ao que redarguiu L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, I, 159, nota 15): não se destrói a pretensão, porém produz-se modificação dela, uma vez que se lhe paralisa o efeito, ou se torna ineficaz a pretensão”. Cf. neste mesmo local a mistura de exceção e direito formativo extintivo no BGB.

⁵⁴² PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, VI, § 628, 1, “c”.

⁵⁴³ OERTMANN, *Introducción...*, cit., p. 356, e antes na p. 342: “as paralisa, mas não as extingue”.

⁵⁴⁴ LEHMANN, *Parte General...*, cit., p. 148.

⁵⁴⁵ ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado...*, cit., I – Parte General, vol. II, p. 486; falou na p. 492 na “pretensão paralisada por exceção”.

utilizava era *quiescere*, que vem de quieto, tranquilo, e que “não alude à morte, mas à vida”,⁵⁴⁶ ou seja, as pretensões ficariam “quietas, tranquilas”, mas continuariam “vivas”. Encontram-se facilmente passagens semelhantes,⁵⁴⁷ e existem diversas razões para isso, que não cabe aprofundar aqui. Diga-se, apenas: (1) que tal efeito *não extintivo* é muito claro nas exceções dilatórias, como a *exceptio non adimpleti contractus*; (2) que em regra o Direito não admite a repristinação do que faleceu, e se admite a renúncia à prescrição;⁵⁴⁸ (3) a extinção da pretensão, sempre que não podem se irradiar outras do mesmo direito, é a extinção do próprio direito, etc.⁵⁴⁹

Pode-se dizer que também os fundamentos do direito potestativo e da exceção, este “contradireito”, são diferentes. Os direitos potestativos – e isso é importantíssimo no presente trabalho – são “direitos a uma modificação jurídica”⁵⁵⁰ e, assim, são permissões para uma modificação unilateral da relação jurídica. Tal permissão é necessária por atingir-se a esfera jurídica alheia.⁵⁵¹ A exceção, por sua vez, tem esta sistemática por consistir em técnica de defesa: deixa-se a cada indivíduo a decisão quanto ao cabimento da defesa, ou a satisfação da pretensão. Como explica Larenz: “o sentido da configuração de um contradireito (no lugar da extinção ou da limitação da pretensão que se produz *ipso iure*), é que a lei deixa para a decisão do titular da exceção o cumprimento da pretensão, não obstante o *suporte fático* da exceção”.⁵⁵²

Portanto, os direitos potestativos e as exceções têm em comum o fato de que: (a) um fato jurídico *cria* estas categorias eficaciais, conferindo ao seu titular um poder; (b) tanto os direitos formativos quanto as exceções dependem, como se extrai do que acaba de se dizer, do seu exercício efetivo. Exemplificando: dar o direito de resolução é diferente de *extinguir* a relação jurídica obrigacional – é dar o *poder de extinguir*. Uma coisa é o surgimento do direito de escolha nas obrigações alternativas, outra é o seu exercício, que

⁵⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 587, 2, p. 319.

⁵⁴⁷ VON TUHR, **Derecho Civil: Teoria General...**, cit., II, 1, p. 107: “paralisação da pretensão”.

⁵⁴⁸ Diz PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, VI, § 725, 2: “A extinção dos direitos, pretensões, ações e exceções é definitiva: não se pode revogar o perdão, nem a renúncia; nem, com maioria de razão, extinguir-se a extinção. A extinção é apagar o *stilum*, a picada, a marcação; depois, nada resta. Só excepcionalmente o direito admite que o extinto renasça, reflua, isto é, que sem nascer novo direito, pretensão, ação, ou exceção, o direito extinto, a pretensão extinta, a ação extinta, a exceção extinta ressuscite, volte à vida, emergja do nada em que entrara”.

⁵⁴⁹ Cf. nota 432, *supra*. SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, cit., p. 82-83, fala ao mesmo tempo em “*quiescenza*” e “extinção”: a subsistência da relação jurídica ficaria “incerta”, ou “de alguma forma possível que ressuscite” (*comunque possibile il ripristino*). Fala em extinção, mas, ao mesmo tempo: “con la quiescenza il rapporto diventa inoperoso; con la reviviscenza riprende il suo vigore”. Ou seja, torna-se “inoperante”, “recobra seu vigor”. Mas os exemplos que dá não são de exceções, mas de outros casos de “quiescimento”, e logo antes falou na prescrição como hipótese de extinção *ope exceptionis* (p. 82).

⁵⁵⁰ HÖRSTER, **A Parte Geral...**, cit., p. 244.

⁵⁵¹ PERLINGIERI, **Perfis...**, cit., p. 123: “representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder”.

⁵⁵² LARENZ, **Derecho Civil...**, cit., p. 322, *em tradução livre*. O efeito *ipso iure* seria cômodo para o mau pagador: com esta técnica, ele é forçado à oposição expressa da exceção.

modifica a relação obrigacional. As exceções, igualmente, surgem em decorrência de um fato jurídico, mas precisam ser efetivamente opostas: “do conceito de exceção é ineliminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la”.⁵⁵³

Assim, quanto às modificações das obrigações: primeiramente, um fato jurídico cria o direito potestativo, ou a exceção, no plano da eficácia. Parece-nos uma primeira modificação: aumenta o conteúdo da relação jurídica, com o surgimento do direito, ou do contradireito. Assim, o simples preenchimento do suporte fático da prescrição (ato-fato jurídico, que se compõe de *transcurso do tempo* + *inação*), modifica a relação obrigacional pelo nascimento da exceção. E o exercício dos direitos formativos, ou das exceções, é *outro fato jurídico*, que gera *outra modificação*.

Boa parte da doutrina não chega a dizer, expressamente, que o exercício dos direitos formativos se dá por um fato jurídico; quanto às exceções, talvez ninguém o diga. Parece-nos, porém, ser o caso. Quanto aos potestativos, disse Pontes de Miranda: “o exercício dos direitos formativos extintivos é, quase sempre, por declaração unilateral de vontade. Sobre tal exercício incide a regra jurídica; entra ele no mundo jurídico, onde a sua eficácia é a extinção prevista”.⁵⁵⁴ Em Portugal, cite-se Hörster: os direitos potestativos “são, depois, exercidos por meio de um ato jurídico”.⁵⁵⁵ Na Itália, disse Giuseppe Messina que tais direitos têm por conteúdo “o poder de ‘conformação’ de relações jurídicas concretas mediante negócio jurídico unilateral”,⁵⁵⁶ citem-se ainda Natalino Irti e Massimo Bianca.⁵⁵⁷

Era isso que se pretendia esclarecer no presente tópico. Os direitos formativos/potestativos e as exceções têm esta peculiaridade de envolver uma ou duas modificações sucessivas: às vezes o direito já nasce com a relação jurídica; noutras surge o direito ou a exceção, como modificação da relação obrigacional anteriormente criada; e o exercício daquele, ou a oposição desta, modificam novamente a relação obrigacional. A exceção de

⁵⁵³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, VI, § 628, 14; § 632, 4 e *passim*.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, V, § 566, 2, “c” (2013, p. 299); no § 583, 1 (p. 371), fala mesmo em “direito à prática de ato” – é justamente disso que se trata.

⁵⁵⁵ HÖRSTER, *A Parte Geral...*, *cit.*, p. 244. Na p. 245: “o exercício deste faz-se, como já foi dito, de maneira unilateral, por meio de uma ‘declaração’”.

⁵⁵⁶ MESSINA, Giuseppe. *Sui cosiddetti diritti potestativi*. In: *Scritti Giuridici*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1948, p. 3, em excelente escrito sobre o tema.

⁵⁵⁷ IRTI, *Introduzione allo studio...*, *cit.*, p. 37, em trad. livre: “Uma nota constante nas definições do *poder*, que a doutrina civilística vem oferecendo por decênios, reside na ligação entre a figura em exame e os atos jurídicos. ‘Poder’ designa, em linha de máxima, a possibilidade de conseguir um *risultato*, ou seja, de determinar a produção de dados efeitos jurídicos: possibilidade, portanto, de *querer os atos* a que a norma liga aqueles efeitos”; MASSIMO BIANCA, *L’Obbligazione*, *cit.*, p. 28: “Il potere è la possibilità riconosciuta al soggetto di compiere atti giuridici”; e quanto ao direito de escolha, p. 129: “l’atto di scelta del debitore e del creditore è un negozio unilaterale”.

contrato não cumprido só encobre a pretensão quando efetivamente oposta; realizada uma das prestações, a pretensão volta a se lançar – assim, têm-se modificações sucessivas.

Os direitos formativos modificativos formam categoria essencial de modificação da relação jurídica obrigacional. Provavelmente será possível inclui-los dentre as modificações negociais, em regra bilaterais: mas se admite a modificação por negócio jurídico unilateral, porque há esta *permissão específica*, este *poder de modificar*. “Pode dar-se alteração do conteúdo da dívida por efeito de declaração unilateral de vontade do credor, ou do devedor, se aquele ou esse é titular de direito formativo modificativo de fonte negocial ou legal”.⁵⁵⁸ Por tais razões é que foi necessário abordar tema tão complexo, e ainda hoje obscuro.

1.2. Modificações na formação dos contratos. Responsabilidade pré-contratual e responsabilidade pós-contratual.

A proposta contratual é, por si só, um negócio jurídico unilateral. Por isso é que pode produzir *efeito jurídico*, a criação de um direito potestativo de aceitar: “nasce ao destinatário da oferta direito formativo gerador”.⁵⁵⁹ Isso se extrai mesmo do art. 427 do CCB/02, a despeito da má terminologia: “a proposta de contrato obriga o proponente”.⁵⁶⁰ Já desenvolvemos a ideia em outras ocasiões.⁵⁶¹ A maior parte da doutrina não parece aprofundar a questão, sendo que alguns poucos rejeitam expressamente a tese;⁵⁶² outros, como Heinrich Lehmann, a defenderam.⁵⁶³

Assim, quando se faz uma proposta contratual, tal proposta entra no mundo jurídico como negócio jurídico, e cria direito potestativo para o oblato. Forma-se relação jurídica composta por *direito potestativo x sujeição*,⁵⁶⁴ relação que já tem as mesmas partes que a relação obrigacional eventualmente formada pela aceitação. Talvez até seja possível falar em *mesma finalidade*: assim, a aceitação, e a consequente formação do contrato, apenas *introduzem* nesta relação jurídica os deveres prestacionais (além de introduzir o contrato no

⁵⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 61 (§ 2.784, 1), citando também GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, III, 118).

⁵⁵⁹ *Ibid.*, XXII, § 2.680, 5.

⁵⁶⁰ Melhor seria dizer *vincula*, porque relação jurídica obrigacional, com direito de crédito, só pode surgir depois da aceitação. É justamente o que se pretende desenvolver aqui: criou-se relação com direito potestativo e sujeição, mas ainda não há direito de crédito e, menos ainda, *pretensão x obrigação*.

⁵⁶¹ Em PUGSLEY, **O Contrato como...**, *cit.*, p. 37-59; e também em: **Do neminem laedere...**, *cit.*, p. 1.499-1.540. Este último artigo tem forte ligação com o presente tópico.

⁵⁶² PUGSLEY, **O contrato como...**, *cit.*

⁵⁶³ LEHMANN, **Parte General...**, *cit.*, p. 339-341.

⁵⁶⁴ É o que denominamos “vinculação”. Cf. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V, § 507 (2013, p. 66 *et seq.*). Caso a proposta seja revogável, então haverá o efeito verdadeiramente mínimo da “vinculabilidade”.

mundo jurídico). Pode-se ver aí modificação *de relação jurídica*, provavelmente ainda não de relação jurídica *obrigacional* (cria-se o laço crédito x débito).

Note-se que, como a *aceitação com modificações* é tomada como nova proposta (CCB/02, art. 431), nas tratativas prévias costuma haver uma série de propostas e contrapropostas. Neste caso, há desde a primeira proposta uma relação jurídica com *direito potestativo e sujeição*: mas a partir do momento em que se pode considerar que há *tratativas prévias*, incidirá ainda o art. 422 (equivalente ao art. 227/1 do CC português e ao § 242 do BGB). Extrai-se deste dispositivo a seguinte norma jurídica: *Se há tratativas prévias/ então deve-se agir segundo a boa-fé*.⁵⁶⁵ Assim, o fato das “tratativas prévias” é suporte fático, que recebe a incidência da referida norma, e entra no mundo jurídico como fato jurídico. Parece-nos ato-fato jurídico.⁵⁶⁶

Assim, há ato-fato jurídico que insere na relação jurídica uma série de direitos e deveres relacionados à boa-fé: é o que se extrai do *preceito* “agir segundo a boa-fé”. É através da interpretação deste preceito que a doutrina tem autonomizado e desenvolvido deveres laterais de conduta, como o dever de informar, deveres de cooperação, etc. Como se vê: antes da conclusão do contrato já há *pelo menos* relação jurídica com *direito potestativo x sujeição*; se chega a haver “tratativas prévias” – o que certamente envolve mais do que uma simples proposta –, então, além daquele nexó direito-dever, ainda surgem deveres laterais de conduta, decorrentes do ato-fato jurídico das “tratativas prévias” (= “decorrentes da boa-fé”).⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ MEDICUS, *Tratado de las...*, cit., vol. I, p. 74 e seguintes; análise já efetuada em PUGSLEY, *Do neminem laedere...*, cit., p. 1.530-1.532.

⁵⁶⁶ PUGSLEY, *Do neminem laedere...*, cit., p. 1.532: não discutimos a natureza. Parece haver conduta humana, porém tomada como um fato: assim, ato-fato jurídico. Também parece ser esta a opinião de COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, cit., p. 88-91: insere o “contato social” dentro dos atos-fatos jurídicos, e trata ali das atividades pré-contratuais – “se cuida de harmonizar, transigir, demonstrar vantagens e desvantagens, enfim, em cooperar para que se realize um ato jurídico. E a categoria do ‘contato social’ deveria ser, forçosamente, a de ato-fato” (p. 90).

⁵⁶⁷ Daí que no artigo referido (*Do neminem laedere...*) sustentamos que: (1) a distinção entre “responsabilidade contratual e extracontratual” não tem por base contratos, nem negócios jurídicos, nem mesmo “obrigações” (que podem ter fonte não negocial); (2) na realidade, ela está relacionada aos ilícitos absolutos e relativos: por isso mesmo se chama a responsabilidade “extracontratual” de “delitual”, sendo *delito* o *lícito absoluto* (= violação de direito absoluto); (3) assim, a “responsabilidade contratual” se relaciona com os casos em que há uma relação jurídica entre pessoas *próximas*, com direitos e deveres que ligam apenas as partes, e que se criaram nesta relação de proximidade: ou seja, direitos relativos; (4) nos casos de “responsabilidade extracontratual”, violam-se direitos de personalidade (vida, integridade física, honra) ou direito de propriedade, sempre direitos absolutos; (5) nem contratos, nem negócios jurídicos, esgotam as “fontes” de direitos relativos: assim, falar em responsabilidade negocial ou obrigacional ainda não resolve o problema terminológico; (6) em conclusão, na responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações, há violação de direitos e deveres relativos (que dizem respeito apenas às partes), que foram criados por ato-fato jurídico, e que ainda não formam relação obrigacional. Assim, o caso seria de “responsabilidade contratual” (responsabilidade por ilícito relativo), sem que haja contrato, negócio jurídico, ou ainda relação jurídica obrigacional.

Como se vê, pode ocorrer que surja, antes da RJO, uma relação jurídica entre as mesmas partes, com direito potestativo e sujeição, ou até com deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. A conclusão do contrato, no caso, promoverá a *inserção dos deveres prestacionais*: evento que pode ser visto como *modificação de relação jurídica complexa*, mas ainda não *modificação de relação obrigacional*. É uma transformação da relação jurídica em relação jurídica obrigacional. Nos próximos tópicos, teremos a oportunidade de, partindo de conselho do Professor Alcides Tomasetti Júnior (FD-USP), analisar as modificações que ocorrem com o aparecimento sucessivo de elementos do suporte fático.

Rigorosamente, o caso é de *suporte fático de formação sucessiva*. Mas há a peculiaridade de que a proposta, por si só, é negócio jurídico, e gera seus efeitos próprios.⁵⁶⁸ Na seção seguinte serão abordadas – também, de forma muito breve – outras situações de suporte fático com formação sucessiva. Mas ainda neste tópico, falta dizer algo a respeito da chamada “responsabilidade pós-contratual”. Adiante-se: rigorosamente, toda a responsabilidade *contratual* é “*pós-contratual*”, no sentido de que só pode ocorrer *depois* do negócio jurídico (um contrato cria direitos e deveres, e a responsabilidade contratual está ligada ao ato violador destes deveres). Assim, denominação mais ilustrativa seria “responsabilidade posterior ao cumprimento”.

Também tem sido muito utilizada a expressão “*culpa post pactum finitum*”, como “projeção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual”,⁵⁶⁹ mas há muito se sabe que a responsabilidade vai além da culpabilidade. Deixando de lado a questão terminológica, a ideia central é a de que, muitas vezes, o adimplemento extingue a prestação principal, mas permanecem deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. Sabe-se que muitos destes deveres dizem respeito ao *como prestar* e, assim, teriam de se extinguir junto com o dever de prestar. Mas ensina Carneiro da Frada que os deveres decorrentes da boa-fé “não estão virados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação”.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Há outros casos em que um fato jurídico entra no suporte fático de outro fato jurídico, como o casamento em relação ao crime de bigamia. Como se esclareceu no Capítulo Primeiro, *supra*, o “mundo jurídico” faz parte do mundo real, de forma que os fatos jurídicos continuam sendo fatos no mundo total (embora sejam diferentes o fato do acordo e o fato *jurídico* do contrato, ou o ato da agressão e o ato *ilícito*).

⁵⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé...*, *cit.* (4. Reimpr. 2011), p. 625; MARTINS-COSTA, *Comentários...*, *cit.*, tomo V, II, p. 119.

⁵⁷⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Contratos e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 39.

Couto e Silva fez classificação dos deveres laterais que resolve este problema: “os deveres anexos dividem-se em deveres dependentes e independentes. Esse discrimine tem seu fundamento na verificação que alguns deles são suscetíveis de ultrapassar o término da obrigação principal, de terem assim vida própria”.⁵⁷¹ Assim, preferimos direitos “anexos” ou “laterais”, no lugar de “acessórios”, pois o acessório costuma seguir o destino do principal. E nota-se, desde logo, a ideia de *continuidade*: alguns deveres, decorrentes da boa-fé, *permanecem* “vigentes”, mesmo depois do cumprimento da prestação principal. São os deveres anexos independentes.

Estranha-se, então, que Menezes Cordeiro tenha excluído o que chamou “pós-eficácia continuada”, que não seria verdadeira “pós-eficácia”. Define a situação da seguinte maneira: é o que ocorre “quando, numa situação também complexa, se extinga o dever de prestar principal, subsistindo os restantes”.⁵⁷² Trata-se justamente do que se costuma entender por “pós-eficácia”, como fundamento de eventual responsabilidade pós-contratual. O jurista lusitano foi seguido no Brasil por Donnini, professor da PUC/SP, em monografia dedicada ao tema.⁵⁷³

Parte da doutrina brasileira vinha aceitando as outras duas exclusões de Menezes Cordeiro, a “pós-eficácia aparente” e a “pós-eficácia virtual”, mas não a *continuada*, pois é justamente o que se costuma entender como fundamento da responsabilidade pós-contratual. Enéas Costa Garcia, inicialmente, afirma que parece “plenamente aceitável” o conceito de pós-eficácia estrita de Menezes Cordeiro; em seguida, afirma: “apesar de concordar com esta conceituação, sou forçado a reconhecer, então, que o âmbito do presente trabalho seria o da pós-eficácia *lato sensu*, especialmente pós-eficácia continuada e em sentido estrito”.⁵⁷⁴ Esta também parece ser a posição de Judith Martins-Costa, que exclui os casos de pós-eficácia *aparente* e *virtual*, mas não exclui a *continuada*.⁵⁷⁵

Menezes Cordeiro, porém, mudou de posição, seguindo a tese de Canaris do dever unitário de proteção: “hoje, modificando posições anteriores, acolhemos a existência do

⁵⁷¹ COUTO E SILVA, A *Obrigação...*, *cit.*, p. 118-119.

⁵⁷² MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé...*, p. 628.

⁵⁷³ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade Civil Pós-Contratual*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181-182. As exclusões que Menezes Cordeiro *fazia* (note-se: o jurista lusitano mudou de posição) parecem ter sido exageradas pelo autor, e acabaram por esvaziar completamente a utilidade da teoria. Os casos típicos de responsabilidade pós-contratual, como os de não fornecimento de peças de reposição, acabaram excluídos pelo simples fato de que há “previsão legal do dever” (o que seria, segundo Donnini, “pós-eficácia aparente” – p. 183, nota 400): ora, o “dever de agir segundo a boa-fé” também tem previsão legal.

⁵⁷⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 78.

⁵⁷⁵ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, *cit.*, tomo V, II, p. 123.

dever unitário de proteção. Como vimos, revela-se, por tal via, uma eficácia continuada”.⁵⁷⁶ Mas o autor mantém uma distinção entre a pós-eficácia continuada e a pós-eficácia estrita, aparentemente pautado na distinção entre deveres secundários e deveres acessórios.⁵⁷⁷ A ideia de responsabilidade pós-contratual, parece-nos, sempre se ligou justamente à violação dos deveres que persistem após o adimplemento. Ensina Menezes Leitão: “o fundamento dessa responsabilização reside na violação dos deveres acessórios de boa-fé. Os deveres acessórios que vigoram entre as partes por força do princípio da boa-fé podem manter-se após a extinção do vínculo obrigacional”.⁵⁷⁸

Para o presente trabalho, o que importa é que se forma uma relação jurídica antes da perfeição do contrato; que tal relação jurídica já tem as mesmas partes que terá a eventual relação jurídica obrigacional formada; e que as partes já se ligam por uma finalidade que deve se manter na relação obrigacional, quando da conclusão do contrato; então o contrato insere em tal relação o dever prestacional principal e o direito de crédito. Ainda, que o adimplemento nem sempre extingue completamente a relação obrigacional complexa, pois podem persistir deveres laterais de conduta; assim, sobra um “resquício” da relação jurídica, que talvez deva ser considerada *a mesma*, embora sem o direito de crédito e o correlato dever de prestar (logo, não mais obrigacional?).

Como se vê, há *modificações em relação jurídica* – talvez, *modificação de relação jurídica obrigacional*. Seria necessário fixar, portanto, se tal relação jurídica já deve ser considerada obrigacional, a despeito da ausência dos deveres prestacionais principais. Larenz deu indicações positivas, quando falou em “relação obrigacional legal sem dever de prestação principal”.⁵⁷⁹ É de se notar que a identidade parece se manter durante todo o *iter* obrigacional: afinal, a relação se forma entre as mesmas partes, e talvez já com a mesma finalidade. Por outro lado, talvez seja possível guardar a expressão *obrigação* para as “fases” em que há direito de crédito, um direito à prestação.

1.3. Elemento fático posterior. Condição e termo. Suporte fático de formação sucessiva. Elementos integrativos.

⁵⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, IX, p. 99-100.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 100-101.

⁵⁷⁸ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, I, 2014, p. 326.

⁵⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, IX, p. 96, nota 186 e *passim*.

Sobretudo quanto à condição, é de se esclarecer já de início que a expressão é utilizada em dois sentidos diferentes: como “a disposição de um negócio jurídico pela qual se faz depender de uma circunstância futura a ‘validez’ (ou subsistência) [*sic*] de tal negócio, ou como essa mesma circunstância”.⁵⁸⁰ Há o fato, em si (= condição-fato), e há a determinação das partes, inserida no negócio jurídico: a esta última chamaremos *determinação inexas*.

São *determinações inexas* a condição e o termo, enquanto determinações das partes que se inserem no negócio jurídico (já o encargo ou modo é *determinação anexa*), na terminologia de Pontes de Miranda. Explica o jurista brasileiro que são determinações “insertas nos atos jurídicos; são neles, *in-nexam*, porque de dentro deles lhes traçam, no tempo, limite de eficácia; não se ligam a eles, não se lhes anexam; são, por isso, ditas *determinações inexas*. O nexo é interno, e não externo”.⁵⁸¹ Já se adianta, aqui, algo importante: tais determinações dizem respeito ao plano da eficácia.⁵⁸²

Mas qual a razão para se tratar do tema no presente trabalho? Nos casos de termo e condição, a ocorrência efetiva do fato previsto costuma *modificar uma relação jurídica*. No caso do termo inicial isto é evidente: desde que se faz um contrato, há direito e dever; mas o advento do termo faz nascer *pretensão x obrigação* (= o *vencimento* torna a dívida *exigível*).⁵⁸³ Assim, parece haver *modificação da relação jurídica obrigacional*, com o aumento do seu conteúdo. Já se abordou a questão quando se discutiu o conteúdo da relação jurídica obrigacional.

Mas há algo de muito diferente nestes casos. No presente trabalho, tratamos dos *atos jurídicos modificativos*: será possível considerar a *condição-fato* ou o *termo-fato* (o advento do dia previsto) como fatos jurídicos? Esta é a principal questão a abordar no presente tópico que, adianta-se, deve ficar sem solução. A maior parte da doutrina não chega a discutir a questão de forma aprofundada, pelo que não poderíamos ter a pretensão de resolvê-la. Caberá apenas fazer alguns esclarecimentos, nos limites do que nos parece possível, diante dos objetivos fixados.

⁵⁸⁰ LARENZ, **Parte General**, *cit.*, p. 674; ROPPO, **Il Contratto**, *cit.*, 2011, p. 569: como “*elemento del regolamento contrattuale*”, ou “*nel diverso senso di fatto condizionante*”.

⁵⁸¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 538, 1 (2013, p. 159).

⁵⁸² ROPPO, *op. cit.*, p. 568: “La condizione incide sull’efficacia del contratto; *non sull’esistenza, né sulla vincolatività, né sulla validità*”.

⁵⁸³ LEHMANN, **Parte General...**, *cit.*, p. 425: “pode-se aprazar o nascimento do direito, ou somente a sua exigibilidade”. Mas o termo inicial referente ao nascimento do direito é mais comum no campo dos Direitos Reais (PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, 2013, § 550, 2 e 3, p. 245 e ss.: “o que mais acontece, no trato da vida, fora dos negócios jurídicos obrigacionais e dos atos jurídicos *stricto sensu* obrigacionais, é sustentar-se a aquisição: se transmito a B a coisa, a termo inicial, faço-o suspensivamente; B não é desde já titular do direito de propriedade” – *grifamos*). Cf. o art. 131 do CC/02, art. 123 do CC/16.

Pode-se iniciar pela condição suspensiva. Condicionar o negócio jurídico é submeter algum ou alguns de seus efeitos a evento futuro e incerto. Nas relações jurídicas obrigacionais, que aqui nos interessam, a inexistência de condição inicial impede o surgimento *do direito de crédito*. Surge, porém, desde logo, um *direito expectativo*, que não é simples expectativa, mas verdadeiro direito, diferente, porém, do direito expectado: “é preciso não se confundir o direito expectativo e o direito expectado; já houve a vinculação, o que pende é o direito expectado”.⁵⁸⁴

“O direito expectativo é direito como outro qualquer. Não cabe dizer-se que é expectativa que se há de tratar como direito”. “O direito expectativo, em caso de condição suspensiva, é direito a adquirir, *ipso iure*, outro direito, ao se cumprir a condição”.⁵⁸⁵ Isso fica muito claro no art. 130 do Código Civil brasileiro de 2002: tanto há verdadeiro direito, que há pretensões e ações para assegurá-lo; mas tanto o direito expectativo é diferente do expectado, que as pretensões e ações que dele dimanam são diferentes das que se irradiam do direito expectado.⁵⁸⁶ A expressão “direito eventual”, porém, é péssima.

Assim, nota-se que há uma relação jurídica desde a perfeição do negócio: relação que tem por conteúdo o direito expectativo e o dever correlato. É por isso mesmo que *forçar* ou *impedir* o implemento da condição é ato ilícito relativo:⁵⁸⁷ é violação do direito expectativo (art. 129: deste ato ilícito decorre a consequência de se ter por *impleta*/implida ou por *expleta* a condição).⁵⁸⁸ Trata-se de caso de modificação da relação jurídica obrigacional por ilícito relativo. Mas a principal questão a analisar quanto à condição suspensiva é a modificação causada pela ocorrência da condição-fato: este fato é que faz com que surja o direito de crédito e o dever correlato.

A situação é muito semelhante à que se acaba de analisar, da formação dos contratos: surge desde logo relação jurídica, com o direito expectativo e seu correlato dever; talvez ainda não relação obrigacional.⁵⁸⁹ Ainda não há direito de crédito, ou deveres

⁵⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, § 544, 6 (2013, p. 213).

⁵⁸⁵ *Ibid.*, § 545, 5 (2013, p. 232), para as duas passagens referidas.

⁵⁸⁶ E mais: “tal direito já pode ser objeto de negócios jurídicos; satisfeitos alguns pressupostos, pode ser penhorado, arrestado ou sofrer outras constringências” (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V, § 545, 1, 6, 9).

⁵⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, V, § 545, 2 (2013, p. 227): “Se prefere a figura do ilícito relativo, tem de lançar mão da culpa negocial: reputa-se verificada a condição maliciosamente obstada, e não verificada a que foi realizada, maliciosamente, por aquele a quem aproveita (art. 120). Tal a solução alemã e tal a brasileira, a despeito de poder parecer diferente aquela (§ 160)”. Neste mesmo local o uso das expressões “impleta” e “expleta”, que emprestamos, mas principalmente na p. 228 (§ 545, 4). E na p. 236 (§ 545, 9): “o direito expectativo, que já existia ao tempo do ato lesivo, foi ferido. Violá-lo é violar direito como qualquer outro”.

⁵⁸⁸ Cf. D. 50.17.161: “perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset” (MOMMSEN-KRÜGER, *cit.*, p. 966); Cf. também D. 35.1.24.

⁵⁸⁹ PERLINGIERI, *Profili del Diritto...*, *cit.*, p. 133-135 (na tradução para o português, p. 150-151), entende que “na fase de pendência, durante a qual a eficácia ou parte dela é impedida pelo evento condicionante, tem-

prestacionais, e eles podem mesmo *nunca surgir*. Porém, com o implemento da condição, a relação jurídica *se transforma* em relação jurídica obrigacional. Tudo indica, portanto, que é mais um caso de *modificação de relação jurídica*, transformando-a em *obrigacional*. E, novamente, a relação já tem as mesmas partes e, talvez, seja possível dizer que “o mesmo objetivo”, ou a “mesma causa” que terá a relação obrigacional eventualmente constituída.

A condição-evento é um *fato*, que ocorre *depois* da conclusão do negócio jurídico, e do surgimento da relação. Com o fato do implemento da condição, tal relação jurídica sofre uma *modificação*. Pergunta-se: não haveria aí *fato jurídico modificativo*?⁵⁹⁰ Afinal, partimos do pressuposto de que só podem ocorrer modificações no mundo jurídico, *efeitos jurídicos*, quando há algum fato jurídico. A doutrina em geral não vai tão longe. A afirmação de que o fato da condição é *fato jurídico* provavelmente não seria aceita, ou pelo menos não seria aceita sem suspeitas. Ainda mais estranha seria a afirmação de que a *ocorrência efetiva* do *dies* é fato jurídico.

Se por um lado tais assertivas parecem estranhas, por outro, não se pode negar que há um fato produzindo efeitos jurídicos (criação, modificação, extinção de relação jurídica). Dificilmente se poderia resolver a questão aqui, mas no tópico seguinte será proposta uma possível abordagem. Caso se mantenha o pressuposto assumido de que *apenas fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos*, então restará considerar a condição-fato e a efetivação do termo como fatos jurídicos modificativos. Porém, estes fatos não aparecem *desligados* do negócio jurídico, “independentes”: pelo contrário, são como que *elementos de eficácia* do negócio jurídico, que apenas ocorrem em momento posterior.

Assim é que o problema se liga ao do *suporte fático de formação sucessiva*. Em verdade, a situação está muito próxima da que ocorre com os chamados *atos integrativos*: o ato registral, por exemplo, é de si só ato jurídico (de Direito Público), mas que *se integra* ao suporte fático do contrato (negócio jurídico) registrado. Pontes de Miranda parece adotar a seguinte posição: *sempre que um elemento do suporte fático ocorre depois de uma primeira incidência*, ou seja, quando já ingressou fato jurídico no Mundo do Direito, *este elemento recebe incidência isoladamente, e é de si só fato jurídico*. Porém, é fato jurídico que se integra ao primeiro, que já havia ingressado no Mundo Jurídico.

se uma relação preliminar de natureza condicional em correlação instrumental com aquela final”. Depois diz: “estas considerações permitem assumir-se um comportamento crítico em relação àquela doutrina prevalente que considera a relação preliminar condicional como relação obrigacional” – mas aqui faz considerações muito diversas das nossas.

⁵⁹⁰ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine...*, cit., p. 88, parece crer que *não chega a haver fato jurídico enquanto há uma “relação preliminar”*. Assim, fatos jurídicos seriam apenas os que produzem “efeitos definitivos”. Este esquema é utilizado, no local, para explicar o negócio condicionado.

Pontes de Miranda traz lição difícil de compreender, pois difícil é o tema:

Há pressupostos ou requisitos para a irradiação do efeito que não são pressupostos (requisitos, elementos) do suporte fático. Portanto, já ocorreu a entrada desse no mundo jurídico, como fato jurídico; apenas falta algum elemento fático, para que, fora de qualquer referência à existência (ou existência e validade) do fato jurídico, se expanda o efeito. Tudo se passa, portanto, no plano da eficácia, posto que o elemento para a detonação seja fático. O testamento existe e vale antes de morrer o testador; é negócio jurídico perfeito. A morte não é elemento do suporte fático, de que sai, com a incidência das regras jurídicas sobre testamento, o negócio jurídico do testamento, o fato jurídico. O testamento, antes da morte do testador, já está no mundo jurídico (plano da existência e, possivelmente, plano da validade). Ainda não se está no plano da eficácia. A morte do testador influi como fato que entra no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu*; mas, no tocante ao testamento, que já existe como fato jurídico, apenas lhe faz irradiar eficácia. A morte do testador não é elemento do suporte fático do testamento: é suporte fático do fato jurídico que, no plano da eficácia, suscita a eficácia do testamento: a morte é, aí, *condicio iuris*, que só diz respeito à irradiação de efeitos.⁵⁹¹

Pois bem, estamos a tratar do exemplo do testamento, que é negócio jurídico unilateral, e da morte, que é *condicio iuris* (portanto, não é *condição* em sentido próprio, por ser elemento previsto em lei, e não eleito pelas partes). Como se vê, Pontes de Miranda sustenta que há dois fatos jurídicos: o testamento (negócio jurídico) e a morte (fato jurídico *stricto sensu*). Assim, o jurista parece sustentar que os fatos juridicamente relevantes, que ocorrem depois de uma primeira incidência, recebem *nova* incidência, e também são fatos jurídicos. Mas os dois fatos jurídicos não estão completamente desligados: é a morte que faz com que *o testamento* desencadeie os seus efeitos.

Assim, pode-se ler em outro local: “o testamento dá exemplo de suporte fático necessário e suficiente à existência do fato jurídico, posto que insuficiente à eficácia: a morte é que, integrando o suporte fático para a eficácia, o faz eficaz”.⁵⁹² Note-se: a morte é *ato integrativo* em relação ao testamento. Logo a seguir o autor reitera: ou o Direito só se contenta com o suporte fático completo, ou “tem o suporte fático sem o último elemento como suficiente para aguardar a esse. A aparição desse não é declaratória, é integrativa do suporte fático”.⁵⁹³ Assim, inicialmente o autor parece frisar que a morte *não faz parte* do suporte fático do testamento, mas depois a trata como *elemento integrativo*. Se entendemos bem, quer dizer que *não é elemento da primeira incidência*, mas elemento integrativo, que recebe incidência em momento posterior e *se integra* a outro fato jurídico.

Já tivemos a oportunidade de tratar dos elementos do suporte fático no Capítulo Primeiro, *supra*. Seguimos Pontes de Miranda, contra Antônio Junqueira de Azevedo, que

⁵⁹¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, § 539, 3 (2013, p. 162).

⁵⁹² *Ibid.*, V, § 536, 2 (2013, p. 151).

⁵⁹³ *Ibid.*, V, § 536, 2 (2013, p. 152).

viu os “fatores de eficácia” como “algo *extrínseco* ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra”.⁵⁹⁴ Como exemplos, o grande professor da USP citou justamente o termo, a condição (na verdade, o advento/implemento) e o registro. Na ocasião, discordamos da classificação do professor Marcos Bernardes de Mello justamente quanto aos elementos integrativos, que dizem respeito à eficácia, pois este professor os reduziu àqueles atos praticados por *terceiro*, “normalmente” (diz ele) autoridade pública (caso dos registros).

Parece-nos que Pontes de Miranda tem visão mais ampla dos “elementos integrativos” ou “fatos integrativos”. A morte, assim, seria fato jurídico, por receber sozinha a incidência; mas seria fato integrativo, em relação ao testamento; da mesma forma o registro.⁵⁹⁵ Aliás, sustenta-se que o registro *faz parte* do ato registrado: “o ato do funcionário estatal é de direito público, como ato de exercício de sua competência; não como elemento do suporte fático do negócio jurídico privado”.⁵⁹⁶ Assim, parece-nos que também no caso dos registros há *integração*: o registro pode ser considerado *elemento integrativo* do contrato, que diz respeito à sua eficácia.

Assim, mantida a coerência, entendemos que a ocorrência efetiva da *morte* é fato jurídico *stricto sensu*, sem deixar de ser elemento de eficácia (elemento integrativo) do negócio jurídico unilateral que é o testamento. Parece-nos possível sustentar que, sempre que já há fato jurídico (e, portanto, relação jurídica, com o efeito mínimo de vinculação), qualquer elemento fático posterior receberá uma nova incidência, entrando no mundo jurídico como fato jurídico. Como a *morte*, em relação ao testamento, é *condicio iuris*, não soa tão estranha a afirmação de que a morte é elemento integrativo do suporte fático do testamento.

No caso da condição e do termo, as próprias partes fizeram uma previsão daquele evento futuro: e a manifestação volitiva das partes entrou no mundo jurídico, como negócio jurídico, *contendo tal determinação*. Mesmo aí parece possível sustentar que a ocorrência efetiva da condição ou do termo são fatos jurídicos *integrativos* (que se integram ao negócio). Neste caso, poderá haver fato jurídico modificativo de relação jurídica: no caso do implemento da condição suspensiva, aquela relação jurídica que continha apenas direito expectativo *se transforma*; no caso do termo inicial, modifica-se a relação creditícia com o surgimento do poder de exigir (pretensão).

⁵⁹⁴ Tópico 2.2.2 do Capítulo Primeiro, *supra*.

⁵⁹⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, III, § 251, 5, “e”.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, III, § 251, 5: ou seja, é fato jurídico de Direito público, mas também é elemento do suporte fático do negócio jurídico, no plano do Direito privado.

Assim é que se misturam os temas da condição e do termo, dos suportes fáticos de formação sucessiva, e dos elementos integrativos do suporte fático. E todos se ligam à modificação de uma relação jurídica. Por isso é que julgamos necessário fazer estes esclarecimentos. Não quisemos passar por cima destas questões, como a maior parte da doutrina, mas justamente pela falta de estudos sobre estes tópicos, também não nos julgamos aptos a resolver a questão. Parece possível sustentar que *todo o elemento fático posterior* que gera modificação no mundo jurídico é fato jurídico. Mas logo abaixo teremos a oportunidade de fazer uma autocrítica e questionar: (a) se é correta a afirmação de que *só fatos jurídicos geram modificações no mundo jurídico*; e (b) se é possível *reduzir os efeitos jurídicos à criação, modificação e extinção de relações jurídicas*.

1.4. Modificações relacionadas à existência, validade ou eficácia.

O presente tópico é, de certa forma, uma continuação dos dois tópicos anteriores: um sobre a modificação na formação dos contratos, e o outro sobre o suporte fático de formação sucessiva. Mais do que dar seguimento, porém, pretende-se aqui propor uma solução para tais casos, unificando diversas situações-problema com um critério unitário. Os dois tópicos indicados trataram de situações em que o *suporte fático* vai se formando gradualmente, de modo que há lapso temporal entre a aparição de seus diversos elementos. Porém, há mais do que isso: na formação gradual do fato jurídico aparecem *outros fatos jurídicos*. Alguns elementos entram, por si só, no mundo jurídico, antes que entrem os demais, pois já receberam a incidência de alguma norma.

Antes de tudo, a ideia do presente tópico se originou de um conselho do Professor Alcides Tomasetti Júnior, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Focando a formação dos contratos, este professor nos orientou a falar em *modificações pré-nucleares, nucleares e pós-nucleares*. Falar-se-ia em “deveres pré-nucleares”, sobretudo, em referência aos deveres que aparecem *durante as tratativas prévias*, e que fundamentam a responsabilidade pré-contratual, pois são deveres que surgem *antes da aceitação*, e a aceitação é parte do núcleo do contrato (= acordo), que diz respeito, portanto, à sua existência.

Caberá retomar a classificação dos *elementos do suporte fático* que indicamos no Capítulo Primeiro do presente trabalho. Note-se, porém, que acabamos tomando atitude um pouco diferente da sugerida pelo Professor Tomasetti, por ser diferente o objetivo do presente trabalho. Não falaremos apenas *nos elementos nucleares*, que dizem respeito à

existência do fato jurídico, mas também nos elementos *complementares* e *integrativos*, que dizem respeito aos planos da validade e da eficácia. Os casos de anulabilidade, por exemplo, podem se relacionar a certas modificações da relação obrigacional (pense-se no fim da *ameaça* de anulação do negócio, que extinguiria a obrigação); e já se falou nos elementos integrativos, e em modificações ligadas ao plano da eficácia.

Assim, antes de tudo, cabe retomar a classificação adotada dos *elementos do suporte fático*. Saliente-se que é comum que um fato jurídico entre no suporte fático de outro, e é por isso mesmo que podem aparecer *efeitos jurídicos* durante a formação do segundo (o fato jurídico *contido* se forma antes, e produz seus efeitos; depois é que se forma o fato jurídico *continente*: a proposta é negócio jurídico unilateral, que está na formação do contrato, negócio bilateral). Retomando a classificação, já se adiantou que os elementos que dizem respeito à existência são os *nucleares*, enquanto os *complementares* e *integrativos* dizem respeito aos planos da validade e da eficácia.

No Capítulo Primeiro, item 2.2.2 (p. 30-36), os elementos do suporte fático ficaram divididos da seguinte forma: (1) elementos nucleares, que dizem respeito à existência (portanto: a incidência só ocorre quando presentes os elementos nucleares); mas o núcleo recebe duas divisões: (1.1) cerne do núcleo (gênero) e (2.2) elementos completantes (espécies), ou seja, aqueles que *completam* o núcleo; (2) Elementos complementares, cuja falta gera invalidade (nulidade ou anulabilidade), ou ineficácia (*e. g.*, a falta de *legitimidade* pode gerar tanto invalidade quanto ineficácia, como em caso de venda *a non domino*); (3) Elementos integrativos, que diriam respeito apenas ao plano da eficácia.

Já dissemos algo, acima, quanto aos elementos integrativos. Quanto a eles, assumimos posição diferente daquela de Marcos Bernardes de Mello, seguindo aquela que acreditamos ser a de Pontes de Miranda. Os juristas alemães distinguem a *ineficácia pendente* da *ineficácia relativa*:⁵⁹⁷ *pendente* seria a que se dá com a condição, o termo, ou a morte em relação ao testamento; *relativa* seria aquela à qual só falta oponibilidade contra terceiros, já estando presentes os efeitos próprios do ato. Junqueira de Azevedo, quanto à ineficácia relativa, falou em “fatores de atribuição de eficácia mais extensa”,⁵⁹⁸ e Marcos Bernardes de Mello parece ter reduzido a essa situação os elementos integrativos.⁵⁹⁹

Parece-nos que Pontes de Miranda não fala em elementos integrativos apenas em relação à ineficácia relativa, mas também quanto aos casos de ineficácia pendente. Acima,

⁵⁹⁷ AZEVEDO, *Negócio...*, *cit.*, p. 53 *et seq.*

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁵⁹⁹ Cf. MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. 56-62.

citamos a seguinte lição do jurista: “a morte é que, integrando o suporte fático para a eficácia, o faz eficaz”;⁶⁰⁰ note-se: *integrando*. Tanto a morte, no exemplo, quanto a *condição-fato*, são *atos posteriores* que permitem a irradiação de eficácia de um *negócio jurídico anterior*. Os efeitos, porém, são efeitos *do negócio jurídico*, previstos nele. Daí falar-se em *integração*: são elementos fáticos posteriores, que *se integram* a um (ou *em um*) negócio jurídico anterior, fazendo com que seus efeitos se irradiem.

Retomadas sucintamente as definições dos *elementos nucleares* (cerne ou completantes do núcleo), *complementares* e *integrativos*, cabe dizer o que se entende por modificações relacionadas à existência, à validade e à eficácia de um fato jurídico. Adiantamos que o tema tem ligação direta com o suporte fático de formação sucessiva, em que os elementos surgem aos poucos. Tomando o exemplo da compra e venda: elementos *nucleares* são [acordo (cerne) sobre a troca de certo bem por certo preço (completantes)].⁶⁰¹ O elemento cerne diz respeito aos contratos em geral, enquanto os elementos completantes identificam as espécies. O acordo, porém, forma-se pela proposta e pela aceitação, que já dissemos considerar negócios jurídicos unilaterais.

Assim, quando se fala em “modificação relacionada à existência”, o que se está a observar é o suporte fático *do contrato de compra e venda*, e não dos negócios de proposta e aceitação. A simples proposta é, sozinha, fato jurídico existente, válido e eficaz: produziu o *poder de aceitar*, e a posição correlata de *sujeição*. Quanto ao contrato, porém, enquanto só há proposta, estamos em uma fase *pré-nuclear*: ainda não há *acordo*, que é elemento nuclear. Os negócios jurídicos unilaterais de proposta e aceitação estão *na formação* do contrato, ou seja, tais fatos (jurídicos) compõem o suporte fático do contrato como elementos nucleares (= plano da existência).

É possível encontrar, então, *modificações de relação jurídica* relacionadas ao plano da existência: (1) a proposta gera *direito potestativo x sujeição* (= relação jurídica, entre A e B); (2) com a aceitação, compõe-se o *núcleo* do contrato (= acordo sobre a troca de uma coisa por um preço); (3) então, *o contrato* insere naquela relação jurídica (entre as mesmas partes A e B) o direito de crédito, e o correlato dever prestacional. Houve uma *transformação* daquela relação jurídica “preliminar” em relação jurídica *obrigacional*. Modificou-se relação jurídica com a extinção do direito de aceitar (pelo seu esgotamento), e o ingresso dos deveres prestacionais; os deveres laterais de conduta permaneceram.

⁶⁰⁰ **Tratado**, V, § 536, 2 (2013, p. 151).

⁶⁰¹ **MELLO, Teoria...** Existência (vol. 1), p. 54.

Como se vê, tal modificação pela inserção dos deveres prestacionais se liga ao plano da existência (= ao surgimento dos elementos nucleares do contrato; portanto, à incidência, com o consequente ingresso deste fato jurídico no mundo jurídico). Porém, as modificações ligadas ao plano da existência *atingem relação jurídica, mas não RJO* (falta o direito de crédito, um direito à prestação). Portanto, ficam de fora do nosso objeto de estudo: ligam-se à *formação* das relações obrigacionais, e não à sua modificação. O mesmo pode não valer para as modificações relacionadas aos planos da validade e da eficácia, que passamos a analisar.

Já se falou algo sobre o tema no item 1.2, *supra*, enquanto no item 1.3 abordamos as *modificações ligadas ao plano da eficácia*. Antes de passar aos casos de alteração ligados à eficácia, porém, cabe tratar das modificações ligadas ao plano da validade, ainda não abordadas. Como, neste tópico, estamos somente a *propor uma solução* para os problemas que surgiram nos anteriores, vamos examinar apenas perfunctoriamente todos os casos. Quanto às modificações relacionadas ao plano da validade, abordaremos exemplificativamente duas situações: os casos de *convalidação*, tomando o exemplo do artigo 178 (prazo para a ação anulatória) e os de *sanação*.

Usamos a terminologia de Marcos Bernardes de Mello, que fala em “convalidação” apenas para a “extinção” da invalidade que é involuntária, enquanto a sanção se dirige à correção voluntária do defeito, que se dá pela *confirmação* (e. g., o relativamente incapaz, ao se tornar capaz, *confirma* o negócio) e pelo *assentimento posterior* (no mesmo exemplo, o assistente do incapaz manifesta posteriormente o seu assentimento).⁶⁰² Como se vê, a relação jurídica obrigacional pode se alterar pela “extinção da invalidade”.⁶⁰³ Rigorosamente, a correção da invalidade só se daria no caso da *sanação*, pois não seria adequado dizer que a *caducidade ou prescrição*, que atinge a ação anulatória, faz hígido o negócio jurídico.

Como se vê, aparece uma primeira questão: afinal, há caducidade ou prescrição? O que envolve outra pergunta, mais importante: há direito e pretensão à anulação, além da ação, ou há direito potestativo à anulação? A doutrina tem sustentado que a decadência se volta aos casos de *direito potestativo*, e a prescrição aos casos de *pretensão*. Marcos Bernardes de Mello indica que pode ocorrer tanto direito potestativo à anulação quanto

⁶⁰² MELLO, **Teoria...** Validade (vol. 2), *cit.*, p. 234-235.

⁶⁰³ Cf. *Ibid.*, Tít. V, Cap. III: “Extinção da Invalidade”, p. 234 e ss.; Cp. com PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, IV, § 418, 1, frisando que a *nulidade* não se extingue.

pretensão anulatória.⁶⁰⁴ Já Pontes de Miranda, indica que no Direito brasileiro, em que há “verdadeira” anulabilidade, há prescrição, enquanto no Direito alemão haveria apenas *impugnabilidade*, e prazo decadencial.⁶⁰⁵ Assim, haveria direito de anular, pretensão à anulação, e ação de anulação, nos casos de anulabilidade.

Pontes de Miranda dizia expressamente que o prazo do art. 178, §9º, V, do CC/16 era *prescricional*,⁶⁰⁶ sendo este dispositivo equivalente ao atual art. 178, III, que diz ser “de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”. Não podemos aprofundar a questão, e não se trata de questão essencial para o nosso objetivo: seja em caso de *extinção* de direito potestativo de anular;⁶⁰⁷ seja em caso de *encobrimento de pretensão à anulação* e ação anulatória, o que interessa é que há *modificação da relação jurídica obrigacional*.

Se há mesmo decadência, como indica o art. 178 (CC/02), então há *redução do conteúdo* da relação obrigacional, com a desapareição do *direito de anular*: cai a ameaça. Caso haja prescrição, aplica-se o que se disse acima, quanto ao nascimento e exercício da exceção. Diga-se, apenas, que a relação obrigacional *deixa de ser ameaçada* pela possibilidade de anulação (ou se concede, como defesa, uma exceção). Com isso, vimos o que ocorre nomeadamente nos casos de *convalidação* (= involuntária), utilizando a terminologia de Bernardes de Mello, que distingue essa hipótese da *sanação*.

Sanação é ato voluntário que verdadeiramente *corrige o defeito* do negócio jurídico: assim, não atua apenas no plano da eficácia, mas faz válido o negócio – plano da validade – pela *confirmação*, se o incapaz se tornou capaz, ou então pelo *assentimento posterior* de seu representante. Vê-se verdadeira *modificação ligada ao plano da validade*. O próprio ato jurídico, que era deficiente, deixa de sê-lo: como consequência, a relação obrigacional deixa

⁶⁰⁴ MELLO, **Teoria...** Validade (vol. 2), *cit.*, p. 237: “Pelo decurso do tempo, conforme a espécie, prescreve a pretensão a anular o ato e a ação correspondente (= anulatória), ou preclui o direito à anulação”.

⁶⁰⁵ Veja-se a lição de LARENZ (**Parte Geral**, *cit.*, p. 653): “O negócio jurídico impugnável é, em princípio, válido. Permanece válido se não é impugnado”. Comparando o Direito brasileiro e o alemão, no nosso sistema a ação anulatória é “*encobrível* pela exceção de prescrição que se oponha à ação de anulação (= no direito alemão, não mais exposto à impugnação o ato jurídico)” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, IV, § 423, 3). Também no § 420, 1: “A ratificação pode ser após o prazo prescricional, ainda que já trânsito em julgado a decisão que julgou prescrita a ação (*aliter* no direito alemão, devido a ser preclusivo o prazo...)”. “Preclusão” é o nome que o jurista dá à decadência.

⁶⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, IV, § 423, 3: “Se a ação de anulação prescreveu, só a renúncia à prescrição pode torná-la exercível, inclusive pela não-oposição da exceção de prescrição. Não é a mesma coisa que existir, no sistema jurídico, prazo preclusivo, — razão por que é de toda relevância saber-se, de antemão, que o prazo do art. 178, § 9, V, como outros prazos relativos à anulabilidade, é prescricional, e não preclusivo”.

⁶⁰⁷ LÓBO, **Parte Geral...**, *cit.*, p. 296, fala em “direito potestativo à anulabilidade” e explica: “a anulação do negócio jurídico está sujeita a prazo decadencial. No CC anterior esse prazo era de prescrição. A diferença radica no fato de que, atualmente, a fluência do prazo não admite interrupção ou suspensão, além de atingir o próprio direito do interessado à anulação, que é extinto, e não apenas seu exercício (pretensão)”.

de conter o *direito à anulação* (seja direito potestativo ou direito com pretensão: note-se, aqui não há prescrição, nem encobrimento, mas extinção de qualquer ameaça, porque o negócio jurídico mesmo é corrigido).

Bernardes de Mello e Pontes de Miranda (este falando em ratificação) dizem que se “retira o defeito, ou o possível defeito do ato jurídico anulável”.⁶⁰⁸ Portanto:

Não é a renúncia à ação de anulação, ou à pretensão à anulação, ou ao direito de pedir a anulação. É ato jurídico de que *resulta* a extinção do direito de pedir a anulação, da pretensão à anulação e da ação de anulação; não é a extinção por vontade, em ato renunciativo. [...] Põe[-se] ato jurídico para suprir o defeito, ou possível defeito do suporte fático do ato jurídico que ela cura. Não é parte do ato jurídico anulável; é outro ato jurídico, que tem o efeito de integrar o suporte fático do ato jurídico a que se refere. Por isso mesmo, não está sujeito à regra jurídica sobre forma, a que estaria sujeito o ato jurídico ratificado.⁶⁰⁹

Note-se: “não é parte do ato jurídico anulável”; há “outro ato jurídico, que tem o efeito jurídico de integrar o suporte fático do ato jurídico a que se refere” (*grifamos*). Estaríamos, portanto, diante de mais um caso de *ato integrativo*: agora, porém, ato integrativo que diz respeito ao plano da validade, não só ao da eficácia, o que até colocaria em questão o falar-se em “elementos integrativos” apenas para o plano da eficácia. O que nos interessa, no momento, é que o elemento (*e. g.*, assentimento do assistente do incapaz) foi suprido por *outro ato*, que *integra* o suporte fático, deixando-o completo, hígido.

Portanto, podem ocorrer verdadeiras *modificações da relação obrigacional* que se ligam ao plano da validade, sobretudo às *anulabilidades* (extinção de direito potestativo; extinção de direito à anulação e de pretensão anulatória; nascimento de exceção contra a pretensão anulatória, ou encobrimento dela). Ligam-se, mais precisamente, à correção do defeito invalidante (tornando o negócio válido), ou pelo menos à impossibilidade de *anular*, retirando seus efeitos (= apagando a relação obrigacional). Pretendemos aqui apenas propor a ideia de relacionar certas modificações com a *existência, validade e eficácia* do fato jurídico que é fonte da RJO.

Ainda quanto ao plano da validade, pode-se dizer algo a respeito da *conversão substancial* dos negócios jurídicos. O art. 170 do CC/02 só a admite em caso de *nulidade*, e parte da doutrina concorda com a restrição.⁶¹⁰ Na conversão do *nulo* certamente não há qualquer modificação de relação jurídica obrigacional: isso porque o nulo não chega a produzir seus efeitos próprios e, por isso mesmo, não cria RJO. Portanto, a conversão do

⁶⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, IV, § 420, 2; MELLO, *Teoria...* Validade (vol. 2), p. 242-245.

⁶⁰⁹ Tudo em *loc. cit.* (§ 420, 2).

⁶¹⁰ PAULO LÔBO (*Parte Geral...*, *cit.*, 3. Ed., p. 291-293) só fala em conversão quanto à nulidade.

negócio jurídico nulo leva à *criação* de uma relação obrigacional. Normalmente, a conversão se dá em casos de exigência de forma.⁶¹¹

Não poderemos aprofundar aqui o cabimento ou não da conversão do negócio anulável, questão controvertida. Caso seja admissível, pode-se cogitar de alteração da relação obrigacional, mas não é fácil imaginar uma situação compatível, além da possível quebra da identidade, já que há mudança de categoria jurídica.⁶¹² Bernardes de Mello, por exemplo, afirma que em geral a anulabilidade se resolve pela confirmação ou pelo assentimento posterior (“donde ser sem sentido falar-se em conversão”), mas entende ser admissível em caso de incapacidade relativa, já que o menor não pode sanar o negócio jurídico.⁶¹³ Porém, note-se que tal situação de anulabilidade atinge todos os negócios jurídicos obrigacionais (assim, o novo negócio também teria esse requisito de validade). O mesmo vale para o erro, dolo, coação, etc. Quanto à simulação, que era caso de anulabilidade no CC/16, não nos parece que envolva propriamente conversão (*caput* do art. 167) e, além disso, hoje é caso de nulidade.⁶¹⁴

Finalmente, quanto às *modificações relacionadas ao plano da eficácia*, já tratamos das principais situações acima, no item 1.3. A morte é elemento de eficácia do testamento. Mas o testamento *existe* e é *válido* sem ela; apenas lhe falta a eficácia. Este fato não é *condição*, mas *condicio iuris*. Vimos acima que a morte seria fato jurídico *stricto sensu*: mas é o *negócio jurídico*, o testamento, que produzirá efeitos. Assim, há *fato integrativo*, fato posterior que recebe incidência isoladamente, e faz com que fato jurídico anterior produza

⁶¹¹ LARENZ, **Parte General...**, *cit.*, p. 644: “entram em consideração principalmente os negócios jurídicos nulos por defeito de forma”; PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, IV, § 377.

⁶¹² DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 447, acaba concluindo pela fórmula da “ineficácia *lato sensu*”, ou seja, a ideia seria a de dar efeitos ao negócio que já não os teria. Assim, a conversão parte da *ausência de eficácia*, portanto, ausência de relação jurídica (seja porque o caso é de nulidade, ou por outras razões), sendo incabível pensar em modificação de relação jurídica. O Código Civil português, ao lado do negócio jurídico *nulo*, menciona o *anulado* (art. 293; *ibid.*, p. 227), ou seja, o caso em que também já se extinguiu a relação jurídica obrigacional. Caso nas situações de anulabilidade se exija *anulação efetiva*, não poderá haver modificação, pois já houve extinção. Del Nero insere dentre os casos de ineficácia *lato sensu* a anulabilidade (p. 370), com o que não concordamos. Entende que é possível a conversão dos negócios anuláveis, *ainda não anulados*, mas *depois do pedido de anulação* (p. 372 e nota 60), na sentença. O nosso problema, aí, seria o de responder ao seguinte: *a)* chegou a haver ineficácia do negócio anterior, extinguindo-se a relação obrigacional; *b)* não chegou a haver ineficácia do negócio anterior, fazendo-se a conversão enquanto a relação obrigacional ainda existe (como a mesma). Neste segundo caso seria possível ver modificação da relação obrigacional, desde que não haja ruptura da identidade.

⁶¹³ MELLO, **Teoria...** Validade (vol. 2), *cit.*, p. 259-260; Cf. DEL NERO, *op. cit.*, p. 358, ao final.

⁶¹⁴ Por exemplo, falou-se em conversão na AC 70047552930/TJRS, 17ª C.C., quanto a negócio jurídico realizado na vigência do CC/16. RENAN LOTUFO (**Código Civil Comentado...**, *cit.*, vol. 1: Parte Geral, *comentários ao art. 167*), que nos parece correto, ensina que essa hipótese nada tem com “a conversão, tratada no art. 170”, defendendo, com Carvalho Fernandes, que no caso do art. 167 apenas é seguido “o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação”. Apenas se aplica o art. 167, retirando-se a simulação, e sequer há mudança de categoria jurídica (= conversão). No caso, a compra e venda continua sendo compra e venda, nem há obediência à vontade (fraudulenta) das partes.

os seus efeitos. Bernardes de Mello nos dá outros exemplos, como o registro (produzir *mais efeitos*) e o *lançamento* no Direito Tributário.⁶¹⁵

Porém, aqui adotamos posição diferente de Marcos Bernardes de Mello, considerando também elementos integrativos (fatos e atos integrativos, e não apenas atos) a condição-fato, seu implemento, como também a ocorrência efetiva do termo. Assim, caso se inexe condição inicial em um negócio jurídico: forma-se relação jurídica, entre as partes, em que há *direito expectativo* e o dever correlato; a ocorrência efetiva da condição (seu implemento) *modifica* tal relação jurídica, inserindo o *direito expectado*. Tanto o direito expectativo quanto o expectado são verdadeiros direitos, como se viu. Já o termo inicial apenas *suspende a pretensão*: formou-se relação obrigacional, com direito de crédito, mas a exigibilidade só se irradia com o *dies*.

Julgou-se útil, pelos problemas suscitados nos tópicos antecedentes, esboçar essa proposta: parece possível tratar unitariamente as modificações de relação jurídica que ocorrem com o aparecimento sucessivo de elementos do suporte fático. Assim, pode-se falar em “modificações relacionadas à existência, validade e eficácia”. Supõe-se, porém, que *efeitos jurídicos* só se irradiam de fatos jurídicos: assim, deve-se ter em conta que os sucessivos efeitos que vão surgindo se irradiam de fatos jurídicos que já se formaram, e já produziram seus efeitos próprios. Há efeito do negócio que é a proposta, ou já do próprio negócio jurídico analisado, que produziu *parte* de seus efeitos, ou que produziu efeitos “preliminares” ou interimísticos.

Em conclusão: 1) o suporte fático do negócio-fonte da obrigação pode ter formação sucessiva; 2) forma-se primeiramente uma relação jurídica, por vezes ainda sem o direito à prestação (crédito); 3) elementos fáticos ocorrem posteriormente, modificando aquela relação jurídica: inserindo deveres prestacionais pela formação de um contrato (ex. aceitação); ou corrigindo defeito (ex. sanção pela confirmação ou assentimento posterior); ou apenas excluindo a possibilidade de anulação (ex. art. 178 do CC/02); ou irradiando os efeitos próprios do negócio (ex. ocorreu a condição ou a *condicio iuris*); ou ainda aumentando a eficácia já produzida, com a irradiação da pretensão (ex. termo), ou com a oponibilidade a terceiros (ex. registro).

1.5. Autocrítica: “modificação de fato jurídico” e insuficiência na análise dos efeitos.

⁶¹⁵ MELLO, *Teoria... Existência* (vol. 1), p. 56-62.

Cabe ainda fazer uma breve autocrítica, quanto a certos pressupostos adotados. Já se falou no tema Capítulo Primeiro, *supra*, quanto à mistura que se faz entre o fato jurídico e os efeitos jurídicos, sobretudo entre *contrato e obrigação*. Falou-se, na ocasião, na distinção entre *causa* e *efeito*: se o contrato é fonte de obrigação, ele *cria* a relação obrigacional, que é *efeito* seu. Mas a doutrina ainda hoje fala em “modificação do contrato”, ou “extinção do contrato”, dando-lhe certa *permanência*. Culturalmente, pensa-se mesmo em “modificação do acordo”; não já em “modificação do ato ilícito”, que é igualmente fonte de relação obrigacional. Quanto aos fatos ilícitos, faz-se dissociação mais precisa entre *fato jurídico* e *efeitos jurídicos*.

No presente tópico, somos forçados a perguntar mais do que responder. Em grande medida, busca-se aqui abrandar certas posições adotadas no decorrer da pesquisa. A autocrítica se dirige a *duas questões distintas*: (1) a da permanência ou não permanência do fato jurídico no mundo jurídico; (2) a que diz respeito a uma *insuficiência na análise dos efeitos jurídicos* – pois parece ser excessivamente simplista a afirmação de que efeitos jurídicos são sempre *criação, modificação ou extinção* de relação jurídica.

Primeiramente, então, quanto à permanência dos fatos jurídicos. Não há dúvida de que a linguagem diz muito sobre a cultura. Quanto à expressão “cessão do contrato”, por exemplo, criticou Menezes Leitão (junto com Galvão Telles): “não está em causa, portanto, a transmissão do próprio contrato, o qual como fato jurídico situado em determinado momento histórico é intransmissível”.⁶¹⁶ De fato, talvez seja possível criar uma teoria segundo a qual os fatos jurídicos, seguindo o que se dá no mundo dos fatos, ocorram, e então virem história. O casamento ocorre: depois, as pessoas podem dizer que casaram, no passado, ainda que venham a se divorciar.⁶¹⁷

Assim, seria possível dizer que os fatos jurídicos ocorrem, criam relações jurídicas (sempre, portanto, eficaciais), e que apenas *as relações permanecem* no mundo jurídico. Os fatos jurídicos ocorreram, e viraram história. Assim, quando se faz um aditivo contratual, não se modifica *o contrato*: o contrato criou uma relação jurídica obrigacional; o aditivo modificou a RJO (e não *o contrato*). O pagamento, por sua vez, irá extinguir a relação, e não o “contrato”, que ocorreu e está no passado: nessa lógica, não se apagam fatos (ou atos), mas apenas efeitos. Os fatos não estão mais no mundo.

Ainda seguindo a linguagem como um indicativo da cultura, a expressão *revogação* muito depõe em favor permanência dos fatos jurídicos: é retirar a *vox*, desfazer a própria

⁶¹⁶ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 76, nota 148.

⁶¹⁷ O exemplo não é dos melhores, pela necessidade de distinguir *matrimônio* e *relação matrimonial*.

declaração, o fato. Seria possível, porém, tratar a questão como simples extinção da relação jurídica.⁶¹⁸ a proposta *cria* “direito potestativo de aceitar do oblato *x* sujeição do polícitante”; a revogação apenas apagaria tal relação jurídica. Mas assim, não haveria mais distinção entre revogação e resolução. Enfim, o que se quer dizer é o seguinte: por vezes, culturalmente, os fatos jurídicos ganham permanência no mundo jurídico. E é assim que são pensados pelos juristas. Não chega a haver nada de “ilógico” neste proceder: afinal, embora no fato jurídico haja muito de *objeto* externo ao sujeito, a incidência é fato do mundo dos pensamentos.⁶¹⁹

Falou-se no assunto quanto à *redução de toda a relação jurídica ao plano da eficácia*, Capítulo Primeiro, *supra*, justamente porque Pontes de Miranda, que vem sendo seguido, fala mesmo em *relação jurídica no plano da existência*. Assim, o contrato seria também *relação*: uma relação tomada como *fato* e que, por isso, é fato jurídico. Mas é também *relação jurídica*, dita “básica ou fundamental”, no plano da existência, em contraposição à relação jurídica intra-eficaz. Assim, quando se fala em *relação jurídica criando efeitos*, em geral é a esta relação jurídica que alude; também quando fala em “modificação do contrato”, ou expressões do gênero.

Não tratamos os fatos jurídicos como *sem permanência* no mundo jurídico, (1) por não termos encontrado na doutrina uma teoria que trate a questão de forma aprofundada, separando rigorosamente *fatos jurídicos* e *relações jurídicas* (os planos da existência e da eficácia); e (2) porque a permanência dos fatos jurídicos, enquanto houver relação jurídica, parece ter um *fundamento cultural*: se os direitos e deveres são realidades ideais, pensadas, devemos seguir a forma como a nossa sociedade os pensa. No presente trabalho, não há espaço para *testar* a possibilidade da outra construção.

Os casos vistos no tópico anterior, referentes ao plano da validade, demonstram a importância de se ter os fatos jurídicos como *permanentes* no mundo jurídico, enquanto persistir a relação jurídica. Por isso mesmo é que é possível a *sanação do próprio negócio jurídico*: o negócio jurídico anulável entra no mundo jurídico, e lá permanece. A sanção é ato da parte (confirmação) ou de seu assistente (assentimento posterior) que atinge o próprio negócio jurídico que, portanto, está no mundo jurídico. Tal construção só é possível quando se concebe o fato jurídico como *existente, enquanto existir a relação jurídica*. Quando se extingue completamente a relação jurídica, extingue-se também o fato jurídico que lhe deu origem. Passa-se à segunda questão.

⁶¹⁸ Seria possível, assim, fazer uma “limpeza” lógica: mas seria priorizar o lógico em detrimento do cultural.

⁶¹⁹ Seguimos a ontognoseologia como superação de *objetivismo* e *subjetivismo*, com Miguel Reale.

Outro problema que surgiu no decorrer das pesquisas foi o da insuficiência na análise dos efeitos: seria mesmo possível reduzir todos os efeitos jurídicos à tripartição “criação, modificação, extinção”? Menezes Cordeiro agregou a *transmissão*, por não considerar caso de *modificação*. Não haveria atos jurídicos simplesmente declaratórios?⁶²⁰ Ou como explicar, por exemplo, a *confirmação*, que acabamos de referir? Diz Menezes Cordeiro: “o negócio anulável que, nos termos do art. 288, seja confirmado, altera-se, por ter sido sanado”.⁶²¹ Em que consiste este sanar? Por mais que a sanção envolva *modificação da relação obrigacional*, atinge também o próprio negócio jurídico, que tem corrigido o defeito invalidante.

Quando se notou a grande pluralidade de fatos jurídicos que atuam na mesma relação jurídica,⁶²² surgiu também certa dificuldade para explicar os efeitos jurídicos de cada um deles, pela simples tripartição (criação, modificação, extinção de direitos e deveres). Por exemplo: se a proposta e a aceitação são dois negócios unilaterais, qual o efeito da aceitação? A proposta *cria* direito potestativo de aceitar; a aceitação *leva à formação do contrato*. E é *o contrato* (negócio jurídico bilateral) que cria a relação jurídica obrigacional. Quais os efeitos da morte, que seria fato jurídico *stricto sensu*, quanto ao testamento? Seria “fazer com que o testamento irradie seus efeitos”?

Outros exemplos poderiam ser encontrados fora do Direito Privado, como no campo dos *fatos jurídicos introdutórios de normas*.⁶²³ José de Oliveira Ascensão, que nota a pluralidade de efeitos jurídicos, cita como as “vicissitudes das situações mais frequentemente referidas”: constituição, modificação, transmissão e extinção. Mas diz ser possível falar como modalidades autônomas em *publicidade, violação, defesa*.⁶²⁴ Ainda que

⁶²⁰ MESSINEO, **Manual de Derecho...**, cit., IV, p. 202: quanto ao reconhecimento de dívida, “há uma modificação da obrigação, do ponto de vista de sua certeza (função declarativa)”.

⁶²¹ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, cit., IV, 2014, p. 78.

⁶²² Por exemplo, o *oferecimento*, a oblação da prestação, seria já fato jurídico (OERTMANN, **Introducción**, cit., p. 178; além do que se escreveu quanto à mora do credor); mas seria distinto do ato-fato jurídico do adimplemento? E qual o seu efeito? E a *recepção* da prestação, também é fato jurídico por si só? E ambos são diferentes do adimplemento? A não-recepção, por sua vez, é que levaria à mora do credor.

⁶²³ VILANOVA, **Causalidade e relação...**, cit., p. 146-147 (“a relação jurídica não é o único ‘efeito’ oriundo do fato jurídico. Há fatos jurídicos cujas normas incidentes os tornam criadores, modificadores ou extintivos de *normas jurídicas*. [...] O processo legislativo, no interior do órgão estatal, é um complexo de fatos jurídicos. [...] A pluralidade de atos de vontade do órgão colegial é fato jurídico, pela qualificação normativa que recebe das normas do processo legislativo”), p. 140 (“As denominadas *regras do processo legislativo* estão dentro da Constituição, como *normas-de-normas*, mas normas jurídicas, inquestionavelmente”) e *passim*; ASCENSÃO, **Direito Civil: Teoria Geral**, cit., vol. 2 (São Paulo: Saraiva, 2010), p. 11: “entre os fatos jurídicos estão os *fatos normativos* – que são aqueles cujo efeito é a constituição ou outra vicissitude de regras jurídicas. Podem ser intencionais, como a lei, ou não intencionais, como o costume”. Vê-se logo a necessidade de uma revisão das chamadas “Fontes do Direito”.

⁶²⁴ ASCENSÃO, *op. cit.*, vol. 3 (São Paulo: Saraiva, 2010), p. 116. SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, cit., p. 87: “constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou na substituição de uma relação

não concordemos com o jurista, gostaríamos de ressaltar, em forma de autocrítica, que há alguma *simplificação excessiva* na ideia de que os efeitos jurídicos podem ser reduzidos à tripartição *criação, modificação, extinção* de relações jurídicas.

2. Casos normalmente apontados.

Analisadas, brevemente, algumas questões teóricas remanescentes, parte-se efetivamente à análise dos casos de modificação da relação jurídica obrigacional. Pode-se iniciar pelos casos de alteração apontados com maior frequência pela doutrina. O presente trabalho acaba exigindo uma série de “idas e vindas”: analisam-se espécies; busca-se o que há nelas de comum, o *genus proximum*, e a *differentia specifica*. Assim, iniciamos por duas espécies de modificação que são apontadas com frequência pela doutrina: o caso de alteração das circunstâncias (2.1) e o caso da transmissão (2.2). Depois passaremos à análise das classificações de Pontes de Miranda e Enneccerus-Lehmann, com os casos relacionados ao não cumprimento (3.1) e às alterações negociais (3.2).

2.1. A “Alteração das Circunstâncias”.

Já se alertou, acima, que não há no presente trabalho o objetivo de analisar exaustivamente cada caso de modificação da relação obrigacional. Assim, não caberá aqui analisar todas as teorias relacionadas à alteração das circunstâncias. No presente tópico, pretende-se apenas *situar* a hipótese dentro do quadro geral das possíveis modificações das relações obrigacionais. Colocamos o tema neste tópico acerca dos “casos normalmente apontados”, o que talvez não seja absolutamente adequado. Pelo menos no Brasil, a maior parte da doutrina parece apontar apenas os casos de transmissão, que serão abordados a seguir.

Um jurista do porte de Menezes Cordeiro, porém, parece apontar *exclusivamente* este caso como de *modificação das Obrigações*. “Parece”, pois é o que indica o seu índice:

jurídica por uma relação nova; ou, diferentemente, na qualificação de uma pessoa, de uma coisa, ou de um outro fato”. Cf. também o rol de efeitos jurídicos em VILANOVA, **Causalidade...**, *cit.*, p. 141.

é o único caso que inseriu dentre as *modificações*.⁶²⁵ É certo, porém, que não se pode analisar uma obra pelo índice: no texto, o autor reconhece outros casos de modificação. Optou por tratar apenas deste caso específico, por entender que nas “modificações negociais”, simplesmente seria aplicável o regime dos negócios jurídicos;⁶²⁶ e que “a relevância da problemática da modificação manifesta-se, sobretudo, quando esta advenha de fatos jurídicos *stricto sensu* exclusiva ou primordialmente modificativos”.⁶²⁷

Não concordamos com a posição, por razões já apontadas: mesmo os casos de inadimplemento costumam ser hipóteses de modificação, e hipóteses das mais importantes. E também há outros fatos jurídicos *stricto sensu* lícitos modificativos, o que Menezes Cordeiro parece reconhecer, mas afirma: “o instituto geral que, por razões históricas, culturais e jurídico-científicas, mais se prende com o tema da modificação das obrigações é o da alteração das circunstâncias. Por isso lhe será consagrado o essencial do presente capítulo”.⁶²⁸

A ideia de alteração das circunstâncias é bastante antiga. Teria raízes greco-romanas, mas ganhou relevância no século XII, com os canonistas, e foi divulgada essencialmente por “Bartolo, com a designação, que perduraria, de *clausula rebus sic stantibus*”.⁶²⁹ A teoria hibernou nos períodos em que prevaleceu a “regra rígida de respeito literal pelos contratos”, como entre os precursores do Código Civil francês,⁶³⁰ daí que esta codificação silenciou a respeito do tema. Depois, a ideia recobrou força, com a teoria da pressuposição (*Voraussetzung*) adotada por Windscheid e, posteriormente, com a conhecida “teoria da base” do negócio jurídico de Oertmann, em 1921.⁶³¹

As diferentes doutrinas não serão aqui abordadas, até porque “hoje em dia, a base do negócio traduz, apenas, um espaço de discussão: ela corresponde, no fundo, ao próprio fenômeno da alteração das circunstâncias, seja qual for a solução para ele encontrada”.⁶³² Assim, pode-se partir da solução legal do Direito brasileiro, que se encontra nos artigos 317 e 478-480 (aqui sob a denominação de “onerosidade excessiva”). Muito de criticável se vê

⁶²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, Parte VII (*modificação*), Cap. XVIII (*alteração das circunstâncias*), depois o cap. XIX já se volta à análise da extinção da relação obrigacional.

⁶²⁶ *Id.*, p. 262: “efetivamente, ao contrato modificativo é aplicável o regime geral dos contratos, nomeadamente no tocante à sua formação”.

⁶²⁷ *Loc. cit.* (p. 262).

⁶²⁸ *Loc. cit.* (p. 262).

⁶²⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, IX, p. 268. Também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 133-134.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 269-270.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 274 e 282; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, p. 134-135; FERREIRA DA SILVA, *Adimplemento e extinção...*, cit., p. 173.

⁶³² *Ibid.*, p. 283.

desde logo: a péssima redação do artigo 317 (diferença “entre o valor da prestação devida [quando de sua constituição] e o do momento de sua execução”); falar-se em “resolução” nos artigos 478-480, quando não é a única solução aí abordada (basta ver os artigos 479 e 480);⁶³³ ainda, a exigência de “extrema vantagem” de uma das partes,⁶³⁴ dentre outras questões.

O que nos interessa é o que pode haver aí de modificação das relações obrigacionais. O caso do direito de resolução e seu exercício já foi abordado, *supra*. Seu surgimento implica modificação; seu exercício é (pelo menos *tendencialmente*) extintivo (art. 478). Mas ainda há (1) a possibilidade de *oferta de modificação*, pelo réu, oferta não totalmente livre, como nos casos comuns de “modificação negocial”, já que aqui há a ameaça da resolução (art. 479);⁶³⁵ (2) nas obrigações unilaterais, havendo onerosidade excessiva, o devedor pode pleitear modificação (art. 480); (3) e sempre que sobrevém grande alteração do valor da prestação, por fator imprevisível, a parte prejudicada pode pedir que o juiz atue para reequilibrar o contrato (art. 317).

O professor Menezes Leitão indica o surgimento de *alternatividade*: de fato, o que se vê é resolução *ou* modificação equitativa.⁶³⁶ Mais adiante será possível dizer algo sobre as “alternativas” que, muitas vezes, aparecem ao credor; neste caso, é ao devedor que são concedidas opções. Discute-se se o direito de resolução tem de ser exercido judicialmente. Em Portugal, Almeida Costa indica que sim, contra Vaz Serra e Menezes Leitão.⁶³⁷ No Brasil, parece-nos que a lei estabelece o exercício judicial: “poderá o devedor *pedir* a resolução do contrato. Os efeitos da sentença...” (art. 478).⁶³⁸ Assim, não basta a declaração para extinguir a relação jurídica: o direito de resolução tem de ser exercido *judicialmente*.⁶³⁹

Quanto à modificação, parece-nos que nada impede o requerimento extrajudicial, mas é difícil deixar de ver *acordo* do credor quanto à modificação “declarada” pelo devedor.

⁶³³ Na Itália a ideia de “onerosidade excessiva” surgiria, inicialmente, para possibilitar a resolução (FERREIRA DA SILVA, *op. cit.*, p. 176).

⁶³⁴ AGUIAR JÚNIOR, **Comentários...**, *cit.*, vol. 6, tomo II, p. 911: “a onerosidade é dificuldade que recai sobre o devedor, pouco importando a situação do credor” (quanto ao art. 478). O autor nota também que o artigo 317 não prevê este requisito para a modificação do contrato.

⁶³⁵ O Código Civil português, art. 437º/2, como o brasileiro, art. 479, são expressivos: “requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação...” (CCP); “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar...” (CCB). Também o Código italiano, art. 1.467, 3.

⁶³⁶ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 143: “natureza alternativa da providência”; também ALMEIDA COSTA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, 7. Ed., 1998, p. 295.

⁶³⁷ *Id.*, II, p. 143; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, 7. Ed., 1998, p. 294-295 e nota 3; 2009, p. 347 e nota 3: o que “se compreende a partir da vantagem de clarificar a situação e da natureza alternativa da providência”.

⁶³⁸ ZULIANI, Ênio. **Resolução do contrato por onerosidade excessiva**. In. LOTUFO; NANINI (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 662.

⁶³⁹ O que não se deve estranhar, posto também ocorrer em outros casos, como na revogação da doação, também direito formativo extintivo (FERREIRA DA SILVA, **Adimplemento e extinção...**, *cit.*, p. 182).

Jorge Cesa Ferreira da Silva entende que “a atuação judicial só se fará necessária quando o credor não concordar com a alteração, resistindo à pretensão”.⁶⁴⁰ Caso se exerça o direito de resolução, o juiz avaliará a questão,⁶⁴¹ abrindo oportunidade ao réu para que ofereça a modificação, evitando a resolução (art. 479).

Assim: (a) em primeiro lugar, há modificação com o surgimento de opções; (b) se o devedor excessivamente onerado requer a modificação, haverá a mediação judicial (arts. 317, 479 e 480), e poderá se consolidar outra modificação da relação obrigacional; (c) caso ele peça a resolução, o juiz ainda abrirá oportunidade à modificação. Discute-se o limite da atuação do juiz, quanto à proposta de modificação do réu.⁶⁴² A natureza do “direito à modificação” é igualmente controversa. Os italianos, quanto ao semelhante art. 1.467 (3) do *Codice*, costumam tratá-lo como direito potestativo,⁶⁴³ e que se exerce por negócio unilateral, o que vimos ser típico desta categoria eficaz.

De qualquer forma, quanto ao presente trabalho, o que importa é, em primeiro lugar, visualizar estas modificações sucessivas e, posteriormente, fixar a natureza deste fato jurídico da “alteração das circunstâncias”. Parece-nos que o caso é de fato jurídico *stricto sensu*, como sugeriu Menezes Cordeiro,⁶⁴⁴ pois no suporte fático só estão previstos *atos*: a alteração das circunstâncias que altera excessivamente o valor de pelo menos uma das prestações. Não se prevê ato humano ou qualquer elemento volitivo. É caso de fato jurídico *stricto sensu* modificativo (pelo menos *imediatamente*, já que *mediatamente*, com o exercício do direito de resolução, pode levar à extinção, mas aí já atuam *outros fatos jurídicos*, com modificações sucessivas⁶⁴⁵ ou a eventual extinção).

Para além disso, só o estudo aprofundado do instituto poderia revelar a série de modificações subsequentes *possíveis*. A modificação causada pelo fato jurídico *stricto sensu*, em si, parece ser a criação de opções: cria-se um direito de resolução, que pode ser exercido judicialmente, bem como o direito de pleitear o reequilíbrio do contrato. Ao final, ou se obterá resolução, ou se consolidará uma nova modificação, para extirpar da relação jurídica

⁶⁴⁰ FERREIRA DA SILVA, **Adimplemento e extinção...**, *cit.*, p. 182-183; está comentando o art. 317, e defende a posição “ainda que nele [no artigo] haja referência ao juízo”. ALMEIDA COSTA, *loc. cit.*, afirma inicialmente que “a resolução ou modificação do contrato tem de ser requerida em juízo”, e pondera: “claro que nada obsta a um novo consenso das partes a respeito do contrato em que se verificou a alteração das circunstâncias”. Adiante, verificar-se-á que, em regra, são admissíveis as modificações consensuais.

⁶⁴¹ AGUIAR JÚNIOR, **Comentários...**, *cit.*, vol. 6, tomo II, p. 925-926.

⁶⁴² ZULIANI, **Resolução do contrato...**, *cit.*, p. 663-664.

⁶⁴³ ROPPO, **Il Contratto**, *cit.*, 2001, p. 1029; 2ª ed., 2011, p. 955-957: “la riduzione a equità è un *diritto potestativo del convenuto in risoluzione*”; MASSIMO BIANCA, **La Responsabilità**, *cit.*, 1994, p. 399. Também FERREIRA DA SILVA, **Adimplemento...**, *cit.*, p. 182.

⁶⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 262.

⁶⁴⁵ Cf. ALMEIDA COSTA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, 7. Ed., 1998, p. 295.

a onerosidade excessiva superveniente. Já se frisou que o presente trabalho não busca analisar exaustivamente cada caso de modificação da relação obrigacional, e parece que estes elementos são suficientes para a inserção desta figura no rol de fatos jurídicos modificativos.

2.2. Os casos de transmissão ou “As modificações subjetivas”.

Os casos de transmissão das obrigações costumam ser analisados, nos *Manuais*, com grande simplicidade. Muitos explicam, didaticamente, que (a) na cessão de crédito, transmite-se um crédito isoladamente; (b) na assunção de dívida, transmite-se o débito, também isoladamente; e (c) na cessão da posição contratual, transmite-se uma posição complexa, com créditos, débitos e outros direitos e deveres (e, por isso mesmo, as codificações italiana e portuguesa restringem a cessão da posição contratual aos contratos bilaterais ou sinalagmáticos – a lei italiana fala em prestações correspectivas⁶⁴⁶).

Esta simplicidade, se se justifica nas obras de cunho didático, está longe de corresponder à realidade. Cada uma das três figuras, *cessão de crédito*, *assunção de dívida*, *cessão da posição contratual*, e ainda uma quarta, a do *pagamento com sub-rogação*, terão de ser aqui trabalhadas: e cada uma delas poderia ser objeto de toda uma dissertação. Diante das finalidades do presente trabalho, a questão não poderá ser abordada de forma tão simples como a referida acima, mas também não será possível pretender resolver todas as polêmicas que cercam as figuras. Assim, será necessário encontrar um “ponto médio”, que se entenda suficiente para a análise das modificações subjetivas das relações jurídicas obrigacionais.

Aliás, corrija-se o título acima: falou-se em “casos de transmissão”. Mas “modificações subjetivas” traduz de forma mais precisa o tema, já que há casos de *ingresso* em polo da relação jurídica, sem transmissão, como na *assunção cumulativa de dívida* (há modificação subjetiva, mas não há transmissão). Já foram mencionados diversos autores que tratam do tema, em geral como o principal caso de modificação das obrigações. Há, porém, um jurista que nos tem servido de referência, que não vê nestes casos *modificação* da relação obrigacional: Menezes Cordeiro.

Já quanto aos efeitos do fato jurídico em geral, o jurista fala em eficácia constitutiva, *transmissiva*, modificativa e extintiva,⁶⁴⁷ ou seja, já distingue a modificação da transmissão. Quando trata das modificações da relação obrigacional, afirma:

⁶⁴⁶ Cf. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., 33. Ed., 1992, p. 546. Veremos se a restrição se justifica, abaixo.

⁶⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., II, 4ª ed., 2014, p. 78.

Uma alteração em qualquer situação obrigacional complexa requer uma modificação objetiva seja na posição do credor, seja na do devedor, seja no vínculo. Não reconhecemos, por isso, como modificações (subjettivas) as transmissões que se limitem a implicar a substituição de sujeitos, sem provocar inovações nas situações jurídicas em si.⁶⁴⁸

No presente trabalho, porém, seguimos a maior parte da doutrina, que vê na mudança dos sujeitos uma modificação subjettiva da RJO. Por isso mesmo, preferimos tratar da *modificação da relação jurídica obrigacional*, e não apenas da *modificação de direitos*, pois quando se foca a relação jurídica, veem-se todos os seus elementos, inclusive os sujeitos. Seguimos o alerta de Savigny, já mencionado, de que só se pode compreender verdadeiramente o que se passa com o direito, quando se observa a relação jurídica integralmente (um juízo acerca do direito só é verdadeiro quando pautado na integralidade da relação jurídica).

Feito este esclarecimento, pode-se passar a uma breve análise dos principais casos de transmissão: cessão de crédito, pagamento com sub-rogação, assunção de dívida e cessão da posição contratual. Destes, note-se que nem todos podem ser reconduzidos às modificações negociais, como no caso da chamada sub-rogação legal. Ainda, na hipótese de assunção cumulativa de dívida, como se adiantou, não há propriamente *modificação do sujeito*, mas ingresso de *outro* sujeito no polo, ao lado do que lá estava. Estas questões serão brevemente esclarecidas no trato de cada figura.

Começando, então, pela cessão de créditos, a primeira coisa a esclarecer é que esta denominação diz respeito mais aos *efeitos* do que ao *fato jurídico modificativo*. Rigorosamente, o que se vê na lei é um conjunto de disposições que se unifica pelo efeito da sucessão singular no crédito. Assim, além da cessão onerosa, que se pode relacionar ao contrato de compra e venda, e da cessão gratuita, relacionada à doação, ainda pode ocorrer a cessão de créditos futuros, a cessão de créditos em garantia, a dação de crédito em cumprimento, etc.⁶⁴⁹ Trabucchi aponta como principais *causas* da cessão: *venditionis causa*, *donandi causa* e *solvendi causa*.⁶⁵⁰

Como se vê, “o regime da cessão de créditos não constitui um tipo negocial autônomo, mas antes uma disciplina de efeitos jurídicos”.⁶⁵¹ O negócio jurídico de base pode “consistir numa compra e venda (art. 874º), numa doação (art. 940º), numa sociedade (cfr. art. 984º, c)), num contrato de *Factoring*, numa dação em cumprimento (art. 837º) ou *pro*

⁶⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, p. 259.

⁶⁴⁹ Cf. a crítica de MENEZES LEITÃO, Luís. *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 585-586, pelo fato de a regulamentação tomar por base apenas compra e venda ou doação (onerosa – gratuita).

⁶⁵⁰ TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 539.

⁶⁵¹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 16.

solvendo (cfr. art. 840, nº 2) ou num ato de constituição de garantia”.⁶⁵² Assim, haveria um negócio jurídico causal,⁶⁵³ que de imediato geraria o *efeito* da cessão do crédito (ou com o implemento da condição, etc.). Porém, talvez a solução mais adequada no Direito português não seja a mais adequada no Direito brasileiro.

Na Idade Média, como até hoje, a doutrina se espelhou no caso da transmissão da propriedade para determinar o regime da cessão de créditos.⁶⁵⁴ Assim, se o Direito brasileiro tem sistema intermediário, entre o francês e o alemão, quanto à separação dos planos obrigacional e real, também aqui parece cabível dar certa separação entre o negócio causal e a cessão. Assim, seguiremos Pontes de Miranda para separar de forma mais nítida *dois negócios jurídicos*, e não apenas o negócio jurídico de base e o *efeito* “cessão”.⁶⁵⁵ Assim, a transmissão não se dá *por compra e venda, doação* ou outro negócio obrigacional: a cessão é acordo de transmissão que se faz *por causa* onerosa ou gratuita.

O negócio-base é *prius* lógico, ainda que ocorra ao mesmo tempo e até na mesma declaração. No Direito brasileiro seria mais difícil falar em “compra e venda” como negócio de base nos casos de cessão onerosa, pois este contrato é definido pela obrigação de “transferir o domínio de certa coisa” (art. 481). Já a definição legal do contrato de doação é compatível com a tese sustentada por Menezes Leitão, perante o Direito português (art. 538, CCB/02: “transfere do seu patrimônio bens ou vantagens”). De qualquer forma, quem sustentar que não são *diretamente* aplicáveis as disposições sobre o contrato de compra e

⁶⁵² MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 17.

⁶⁵³ MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., p. 291, pp. 277-278 e *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 20; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A Cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 42, 2005, p. 133-145; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, p. 220.

⁶⁵⁴ Por exemplo: MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, cit., p. 44; p. 47: “não admitirem a *traditio*, negócio necessário para a transmissão dos bens”; depois, já na época dos Comentadores, p. 56: “à semelhança dos glosadores, os comentadores consideraram a cessão como uma substituição da *traditio*”. Comparações deste teor foram frequentes em todas as épocas, e são feitas ainda hoje. Aliás, há também a tese da *propriedade do crédito* (com a qual não concordamos), em que não haveria propriamente “comparação de regimes”.

⁶⁵⁵ PONTES DE MIRANDA (*Tratado*, XXIII, § 2822, 1, p. 268) equipara a *cessão de crédito* ao *acordo de transmissão*: ou seja, está mais perto do “adimplemento” do que do negócio de base. Este autor considera, aliás, negócio abstrato (p. 269), mas sua defesa da abstração do acordo de transmissão (na propriedade imobiliária) é rejeitada pela maior parte da doutrina brasileira, pelo menos desde a defesa da separação relativa de planos por COUTO E SILVA, em *A obrigação como processo*, já referida. Mas note-se que PONTES DE MIRANDA entendia que “negócio jurídico abstrato, – quando se insere referência à causa, faz-se condicionado à validade do negócio jurídico básico. Se nenhuma alusão se fez ao negócio jurídico básico, o equilíbrio patrimonial só se obtém segundo as regras jurídicas do enriquecimento injustificado. No direito brasileiro, o cedente responde pela existência do crédito, se onerosa a cessão. Isto é, em boa técnica, se houve referência à causa, portanto, ao negócio jurídico básico” (*ibid.*, p. 303). De qualquer forma, sustentamos aqui a distinção de *dois negócios*, o negócio obrigacional e a cessão/acordo de transmissão, não apenas de negócio jurídico básico e *efeito*.

venda, provavelmente as aplicará analogicamente a um contrato atípico de “cessão onerosa”, em conjunto com as regras sobre a cessão de créditos.⁶⁵⁶

Pontes de Miranda fala em *cessão legal* e *cessão judicial de créditos*,⁶⁵⁷ mas remete ao artigo 1.076 do Código de 1916, sobre cessão legal, que não foi repetido no Código vigente. Diz Renan Lotufo: “é de anotar que dois dispositivos constantes do Código de 1916, os artigos 1.068 e 1.076, foram suprimidos na codificação atual”.⁶⁵⁸ São justamente os dois artigos que, inseridos no *Título III – Da Cessão de Crédito*, faziam alusão à cessão legal. Aliás, os casos que Beviláqua citava quanto à tal “cessão legal”, eram os de sub-rogação legal, ou os de “cessão dos acessórios, em consequência da cessão da dívida principal”.⁶⁵⁹ No segundo caso, parece-nos que há verdadeiro equívoco: todo o fato jurídico envolve fato e norma, de modo que a cessão dos acessórios, prevista em lei, não deixa de ser efeito do *negócio jurídico*.⁶⁶⁰

Quanto aos casos de sub-rogação legal, separamos no presente trabalho da *cessão de créditos* (abaixo, porém, se fará referência a um caso tratado em lei como *sub-rogação convencional*, que Pontes de Miranda considerou de cessão). Assim, vamos seguir Menezes Leitão para restringir os casos de cessão de crédito àqueles em que há *transmissão negocial* de créditos.⁶⁶¹ Com isso, podemos inserir todos os casos de cessão de créditos dentre as modificações negociais. Note-se, porém, que não rejeitamos a existência de casos de transmissão legal de créditos que, apenas, não chamaremos de “cessão de créditos”, pois *cessão* indica ato voluntário de disposição.⁶⁶²

O negócio jurídico bilateral de cessão se faz apenas entre *cedente e cessionário*, sem necessidade de aceitação por parte do devedor, e transfere por si só o crédito. A notificação do devedor é necessária apenas para que “produza efeitos” em relação ao devedor,⁶⁶³ quer dizer: caso o devedor efetue o pagamento ao credor originário,

⁶⁵⁶ Aqui, portanto, falou-se em “cessão” para designar o próprio negócio jurídico causal. O tema da cessão de crédito já seria difícil sem as dificuldades terminológicas. Cf. a nota acima quanto à cessão onerosa.

⁶⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 343 e 351.

⁶⁵⁸ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Vol. 2: Obrigações – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, comentando o *Título II – Da transmissão das Obrigações*.

⁶⁵⁹ BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, cit., 1924, IV, p. 231.

⁶⁶⁰ PONTES DE MIRANDA fez a mesma crítica (*op. cit.*, XXIII, p. 346): “A cessão dos direitos acessórios, em consequência da cessão da dívida principal (Código Civil, art. 1.066), não é cessão legal; tem a natureza da cessão do crédito principal (sem razão, radicalmente, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil comentado*, IV, 229)”.

⁶⁶¹ MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., pp. 285 e 289-291.

⁶⁶² LÓBO, *Obrigações*, cit., p. 159, também reconhece a cessão legal de créditos. PONTES DE MIRANDA criticou mesmo aquela explicação de Beviláqua, referida no corpo do texto (citamos na nota acima), e explicitou os casos em que entendeu haver verdadeira sucessão “legal” (no sentido de *não negocial*) no crédito (*op. cit.*, XXIII, p. 346-347).

⁶⁶³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 29-31.

desconhecendo a cessão, libera-se, pois não pode ser prejudicado pelo negócio feito pelo seu credor.⁶⁶⁴ Assim, a “transferência e outros efeitos ocorrem à conclusão da cessão, porém dependem do conhecimento pelo devedor os efeitos que, se os tivesse antes, lhe seriam lesivos (ineficácia relativa)”.⁶⁶⁵ É o que se extrai do art. 290, CCB/02.

Quanto aos efeitos da cessão, pode-se exemplificar com a *cessão onerosa*: será necessário distinguir dois negócios jurídicos, ainda que ocorram ao mesmo tempo e aparentemente em ato único. Há negócio obrigacional (*prius*) em que se convencionou a troca do crédito por um preço (“compra e venda”), e mais a cessão propriamente dita (*posterius*), que é negócio pelo qual *se transfere o crédito*. Neste caso, haverá a *criação de outra obrigação* por parte do negócio causal/ obrigacional; mas o negócio de cessão propriamente dito (= acordo de transmissão) apenas *modifica a relação obrigacional originária*, transferindo o crédito. Na lição de Pontes de Miranda:

Do contrato de cessão de crédito, que é acordo de transmissão com eficácia imediata, não exsurtem direitos e obrigações para o cedente e o cessionário, salvo os que resultam do art. 1.073 do Código Civil e de ter de entregar ao cessionário os documentos do crédito cedido e indicações necessárias ao exercício do direito, pretensões e ações.⁶⁶⁶

Quais são, então, os efeitos *da cessão de crédito/acordo de transmissão*? Trata-se de modificação subjetiva da relação jurídica obrigacional. O credor era um, passa a ser outro. Mas não é apenas o crédito que se transmite: transmitem-se também seus “acessórios” (CC/02, art. 287) e “exceções”, ou “posição de excetuado” (art. 294). Daí que Menezes Leitão critica a distinção que frequentemente se faz entre cessão de crédito, assunção de dívida e cessão da posição contratual: “não se pode mais sustentar uma contraposição absoluta entre a cessão isolada do crédito e a cessão da posição contratual em globo”.⁶⁶⁷ Ora, na cessão de créditos não se transmite *apenas* um direito de crédito, mas também seus acessórios, e o devedor mantém suas exceções, de forma que o cessionário se coloca em posição de excetuado.

Assim, tanto na cessão de um crédito quanto na de uma posição contratual são transmitidas outras categorias eficaciais, além do crédito.⁶⁶⁸ Note-se que “exceções” está aí

⁶⁶⁴ Para visão resumida das várias funções desta notificação nas diferentes legislações: MENEZES LEITÃO, **Cessão de Créditos**, cit., p. 279-280.

⁶⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 291.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, XXIII, p. 291.

⁶⁶⁷ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 584.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 314: “com o crédito ocorre simultaneamente a transmissão para o cessionário de pelo menos uma parte da posição contratual, ainda que outra parte se mantenha na esfera do cedente”. E na p. 584: com o crédito, também se transmitem “outros elementos que o acompanham como as garantias e outros acessórios, e os direitos potestativos a ele respeitantes, sendo também as exceções oponíveis ao cessionário”.

em sentido amplo, e não apenas naquele trabalhado no tópico 1.1 deste Capítulo Terceiro, *supra*. Exceções está aí “por ‘objeções e exceções’”,⁶⁶⁹ ou seja, são as defesas em geral. É o que se vê nas diversas obras que tratam do tema, como em Menezes Leitão: “exceções que impedissem o nascimento do crédito (v.g., invalidade do negócio constitutivo), produzissem sua extinção (v.g., resolução do contrato, cumprimento, prescrição, compensação ou outra causa de extinção), ou paralisassem o seu exercício (prazo da prestação, exceção de não cumprimento do contrato, direito de retenção)”,⁶⁷⁰ ou em Paulo Lôbo, que já diz “objeções e exceções”, mas fala em “exceção de evicção ou do vício redibitório” e “exceção de invalidade”.⁶⁷¹

Mas isso também não significa que não haja distinção entre os negócios: “a diferença entre a cessão de créditos e a cessão da posição contratual aparece mais como uma diferença de grau relativamente ao conteúdo da posição contratual transmitida, que ocorre em ambos os casos, do que propriamente uma diferença de objeto”.⁶⁷² Isso será retomado quanto à cessão da posição contratual. Em conclusão, nota-se que a cessão de créditos pode ser considerada situação de *modificação negocial* da relação obrigacional, promovida por negócio *entre o credor e um terceiro*, sem que seja necessária a concordância do devedor.

Outra forma de transmissão do crédito é a do *pagamento com sub-rogação*, para utilizar a linguagem do Código Civil brasileiro (art. 346 e ss.). Sobre este caso, cabe ressaltar um aspecto importante para o presente trabalho: envolve situação de modificação por ato-fato jurídico (= adimplemento por terceiro). Já se discorreu sobre a natureza jurídica do adimplemento.⁶⁷³ Portanto, *nem sempre a transmissão de situações jurídicas se dá por negócio jurídico* e, assim, não é possível inserir, pura e simplesmente, as *transmissões* no grupo das modificações negociais. Mas também é possível a sub-rogação “convencional” (art. 347). Sobre esta, a codificação brasileira só tratou da que envolve ato do credor, ou da que decorre de empréstimo efetuado ao devedor; não tratou da sub-rogação pela vontade do devedor.⁶⁷⁴ Isso será visto adiante.

⁶⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 296.

⁶⁷⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, II, p. 27.

⁶⁷¹ LÔBO, *Obrigações*, *cit.*, p. 158.

⁶⁷² MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, *cit.*, p. 584-585.

⁶⁷³ Cf. Capítulo Segundo, tópico 4.2, *supra*. É certo que aqui reaparecerão as diferenças doutrinárias sobre a natureza do pagamento, pelo que MENEZES CORDEIRO fala em fato jurídico *stricto sensu* (*Tratado*, IX, p. 216), e MENEZES LEITÃO fala em ato jurídico não negocial (*Direito das Obrigações*, II, p. 36): “enquanto a cessão tem por base um negócio jurídico (cfr. Art. 578º), a sub-rogação resulta de um ato não negocial, que é o cumprimento, sendo a medida deste que determina a medida da sub-rogação”.

⁶⁷⁴ Sobre os casos, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, II, p. 37-43. O Código Civil português regulou também a sub-rogação por ato do devedor (art. 590º), para além do caso do empréstimo (art. 591º), o

A natureza da sub-rogação, e se ela varia nos casos em que se agrega manifestação das partes, é questão controversa.⁶⁷⁵ Aqui misturam-se duas questões: uma delas diz respeito aos efeitos, pois o pagamento em geral tem efeito extintivo, pelo que alguns autores quiseram ver extinção também nas hipóteses de sub-rogação; a outra diz respeito à espécie de fato jurídico modificativo, que na chamada “sub-rogação legal”, claramente se relaciona à natureza do adimplemento, mas gera dúvida no caso da convencional.⁶⁷⁶ Diz Vieira Gomes que talvez seja até majoritária na doutrina a opinião de que a “sub-rogação voluntária não é contratual ou negocial”.⁶⁷⁷

A primeira discussão envolve a teoria das modificações, pois diz respeito à identidade do crédito: afinal, houve transmissão, ou a criação de outro direito? Muitos defenderam a segunda opção, que denota artificialismo.⁶⁷⁸ Concordamos, assim, com a posição de Menezes Leitão e de Menezes Cordeiro,⁶⁷⁹ de que o caso é de transmissão. Cabe analisar a natureza do fato jurídico que tem por efeito a *transmissão* na sub-rogação negocial (veremos que nem sempre há *convenção*).

Mas afinal, na sub-rogação negocial é um negócio jurídico que gera a sub-rogação, ou é o ato-fato jurídico do adimplemento? “Bem pode suceder que o credor ou o devedor ao operar a declaração de sub-rogação excluam algumas das garantias”.⁶⁸⁰ Segundo Pontes de Miranda, a sub-rogação negocial pode se dar por negócio jurídico *bilateral* ou *unilateral*. Caso haja negócio jurídico bilateral entre o credor e um terceiro, defende-se que há

que leva à divisão entre sub-rogação voluntária pelo devedor *direta ou indireta* (MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, IX, p. 227). Cf. a admissão por PONTES DE MIRANDA na nota 684, *infra*.

⁶⁷⁵ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, II, p. 47-50; MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, IX, p. 231-233. Discutiu-se mesmo se o pagamento por terceiro é *verdadeiro pagamento*, como já se referiu no tópico sobre a natureza jurídica do pagamento.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, II, p. 47: “A solução tradicional é a de que ela corresponde sempre a uma situação de transmissão legal do crédito, em virtude de um fato jurídico que é o cumprimento. Isto porque, mesmo nos casos em que a lei exige uma declaração do devedor ou do credor, essa declaração não é fonte da sub-rogação, mas antes uma circunstância que leva a lei a considera-la justificada”.

⁶⁷⁷ VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. **Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária**. In. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Org. Professores Doutores Menezes Cordeiro, Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes. Coimbra: Almedina, vol. I, 2002, p. 129.

⁶⁷⁸ Cf. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, p. 49.

⁶⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, IX, p. 232. A questão posta por Betti, referida na p. 231 – “como pode transmitir-se algo que já não existe” –, nos parece completamente falsa. Em todo o caso de transmissão há perda por um e aquisição por outro. Ora, a *perda* é a *extinção* referente a um sujeito. Conclui Menezes Cordeiro: “na verdade, deve-se contestar o pressuposto de que arranca toda esta controvérsia: o de que o cumprimento extingue a obrigação. O cumprimento extingue a obrigação quando feito pelo devedor” (p. 232). Aliás, o cumprimento de obrigações duradouras também não extingue a relação (*ibid.*, p. 60). Cf. também MASSIMO BIANCA, **L’Obbligazione**, *cit.*, p. 356-359.

⁶⁸⁰ VIEIRA GOMES, **Do pagamento com sub-rogação**, *cit.*, p. 131-132. Porém, “de acordo com a doutrina majoritária, a sub-rogação não é nunca um negócio jurídico, não se exigindo, pois, ao credor capacidade negocial para efetuar a sub-rogação” (p. 164).

verdadeira cessão de crédito, o que retomaremos.⁶⁸¹ Quanto ao negócio jurídico bilateral entre o devedor e o terceiro, o adimplemento *continua sendo ato-fato jurídico*;⁶⁸² mas “a sub-rogação pessoal exsurge do negócio jurídico bilateral”.⁶⁸³

E ainda poderia haver sub-rogação por negócio unilateral do devedor (logo, a lei não deveria falar em “convenção”, como fez no *caput* do art. 347), com “declaração unilateral receptícia, feita ao credor, ou quem o represente”, que preestabelece a sub-rogação.⁶⁸⁴ Pontes de Miranda parece ver aí o ato-fato do adimplemento como implemento de condição suspensiva: “quando o adimplemento se dá, já o devedor se vinculou suspensivamente; com o adimplemento, a declaração unilateral de vontade produz a eficácia sub-rogativa”.⁶⁸⁵ Assim, seguimos o jurista para considerar que, embora o adimplemento siga sendo ato-fato jurídico, nos casos de sub-rogação negocial a transmissão é efeito de um *negócio jurídico*.

Portanto, “a sub-rogação pessoal pode resultar da lei, de negócio jurídico unilateral e de negócio jurídico bilateral”.⁶⁸⁶ A sub-rogação dita “legal”, na verdade, é efeito de ato-fato jurídico (= adimplemento), e nos demais casos a transmissão se dá como efeito do negócio jurídico unilateral ou bilateral. Normalmente, a doutrina indica como casos de sub-rogação pessoal *negocial*: (1) sub-rogação por ato do credor; (2) sub-rogação por ato do devedor; (3) sub-rogação por empréstimo ao devedor.⁶⁸⁷ O CC/02 (art. 347), como já o CC/16 (art. 986), trata apenas de dois casos: sub-rogação por ato do credor e por empréstimo ao devedor.

Parece com razão, porém, Pontes de Miranda, ao considerar cessão de créditos aquele ato do credor, além de acrescentar a sub-rogação por ato do devedor: se o devedor pode determinar a sub-rogação com um terceiro, em caso de empréstimo, sem qualquer participação do credor, não haveria razão para restringir aos casos de empréstimo, ou para

⁶⁸¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIV, §2.961, 1, p. 291: “não há sub-rogação pessoal, há transmissão pelo fato da cessão”; § 2.959, 2, p. 287: “Quanto à sub-rogação de origem negocial, de antemão observamos que a espécie do art. 986, I, do Código Civil foi mal concebida. Aí, há cessão negocial de créditos, e não adimplemento com sub-rogação. Aliás, o art. 987 de certo modo o corrige: ‘Na hipótese do artigo antecedente, n. I, vigorará o disposto quanto à cessão de créditos (arts. 1.065 a 1.078)’”.

⁶⁸² MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), *cit.*, p. 126-127; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIV, p. 291: “na sub-rogação convencional, o credor não tem de manifestar vontade. O adimplemento é ato-fato jurídico. Tudo se passa entre o devedor e o terceiro”; e a sub-rogação pessoal é efeito do negócio jurídico feito entre o devedor e o terceiro, como se vê na passagem referida na nota abaixo.

⁶⁸³ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIV, p. 291 (§ 2.961, 1).

⁶⁸⁴ *Ibid.*, XXIV, p. 291 (§ 2.962, 1).

⁶⁸⁵ *Loc. cit.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*, XXIV, p. 286 (§ 2.959, 1).

⁶⁸⁷ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 37 e ss.

impedir o ato unilateral do devedor,⁶⁸⁸ aceito expressamente no Código Civil português, art. 590.⁶⁸⁹ Basta verificar se “o devedor e o terceiro acordaram em que a contraprestação seria o débito que ele solve, ou o que ele dá para que o devedor solva. A sub-rogação pessoal exsurge do negócio jurídico bilateral”.⁶⁹⁰

Não se vê razão para rejeitar a hipótese. Assim, a sub-rogação *legal* tem como “fonte” o ato-fato jurídico do pagamento, e a *voluntária* pode se dar por negócio jurídico bilateral, entre devedor e terceiro, ou por negócio unilateral do devedor. A convenção entre o credor e o terceiro seria verdadeira *cessão de crédito*, e o CC/02 já determina a aplicação as regras da cessão (art. 348). E não vemos razão para rejeitar a sub-rogação por negócio bilateral com o devedor, para além do caso do empréstimo.

Cabe ver como fica a questão sob a ótica das *modificações das obrigações*. Em caso de acordo com um terceiro, ou de negócio jurídico unilateral, o devedor já fica vinculado ao terceiro.⁶⁹¹ Não parece haver modificação da relação jurídica obrigacional, pois nada se insere (ainda) na relação entre credor e devedor. Quanto ao negócio unilateral, lê-se no trecho referido acima: vincula-se “em relação a quem faça a prestação e solva a dívida”, portanto, há outro vínculo, diferente do que tem com o credor. Apenas com o pagamento é que se dará a *modificação subjetiva* da relação jurídica. Na sub-rogação legal, há *transmissão por ato-fato jurídico*; na negocial, *por negócio jurídico*.⁶⁹²

Para futura classificação das modificações, quanto à *conduta das partes*: a sub-rogação legal se dá *sem qualquer conduta do credor ou do devedor*, e a *negocial ou voluntária se dá por conduta do devedor*. Nos casos de ato do credor, haveria cessão: ele recebe o dinheiro e, voluntariamente, transmite o crédito (art. 347, I, “lhe transfere”, e art. 348, CC/02). Como em diversas vezes se alertou, não há aqui a pretensão de esgotar o estudo das figuras, e parece que já se disse o suficiente para a análise das modificações da relação obrigacional. Passa-se, assim, à assunção de dívida.

⁶⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIV, § 2.962, 2, p. 292: “Se devedor e terceiro podem acordar, sem qualquer ato do credor, em que esse adimpla e se sub-rogue ao credor, com mais forte razão pode o devedor declarar que o terceiro, que solver, se sub-rogará ao credor”.

⁶⁸⁹ O Código Civil italiano tem mais semelhança com o brasileiro: dividem-se nos arts. 1201-1203 os casos de “sub-rogação por vontade do credor”, “por vontade do devedor” e “sub-rogação legal”. Mas, quanto à vontade do devedor, fala-se apenas no mútuo. Cf. MASSIMO BIANCA, *L’Obbligazione*, *cit.*, p. 349-350.

⁶⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIV, §2.961, 1. Cf. também o n. 2: o credor só recebe o pagamento, praticando ato-fato jurídico. O acordo se dá entre o devedor e o terceiro: afinal, no Direito brasileiro a regra é a de que o terceiro pode pagar. Claro que, se o caso era de prestação pessoal, não caberá o pagamento por terceiro, nem a sub-rogação.

⁶⁹¹ Para o efeito do negócio unilateral: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXXI, §3.615, 5.

⁶⁹² Como se adiantou, entendemos que o adimplemento, no caso, continuará sendo ato-fato jurídico: o ato-fato desencadeará os efeitos do negócio jurídico.

Assunção de dívida é a “transmissão singular de uma dívida através de negócio jurídico celebrado com terceiro”.⁶⁹³ Pode-se distinguir a assunção *interna* da *externa*, conforme seja, respectivamente: feita por acordo entre o antigo e o novo devedor, depois ratificado pelo credor; feita por acordo entre o novo devedor e o credor, sem necessidade de consentimento do antigo devedor.⁶⁹⁴ Pontes de Miranda prefere falar em *assunção unifigurativa* ou *bifigurativa*.⁶⁹⁵ A distinção nos interessa porque na *interna/ bifigurativa* há participação do credor e do devedor e, na *externa/ unifigurativa*, apenas do credor.

Outra divisão importante é a que se faz entre *assunção liberatória* e *assunção cumulativa*: só no primeiro caso há verdadeira *transmissão* da dívida. Vê-se que o tema, ora trabalhado, é mais precisamente descrito como “modificações subjetivas” do que como “casos de transmissão”. Já foi possível notar que nem todos os casos são de *transmissão*, e que nem todos são de *modificação negocial*. Há em todos eles modificação *subjetiva*, ou seja, modificação atinente aos sujeitos da relação jurídica. Na assunção cumulativa, que se dá sempre que o credor não exonerar expressamente o devedor, o novo devedor apenas ingressa (*Schuldbeitritt*,⁶⁹⁶ inserir-se) no polo passivo, *ao lado* do devedor originário.⁶⁹⁷

Há debate quanto à configuração dogmática da assunção de dívida. Nos limitaremos a indicar a posição assumida, que é a seguinte: (1) na assunção *externa* ou *unifigurativa* não há grandes problemas – “a relação jurídica é entre terceiro e credor, de jeito que não mais se precisa de qualquer ato para que a substituição do devedor se dê”;⁶⁹⁸ (2) na assunção *interna* ou *bifigurativa*, entende-se que há *negócio bilateral* entre devedor e terceiro, seguido de ato do credor que diz respeito apenas ao plano da eficácia. Portanto, o ato do credor não faz trilateral o negócio.

⁶⁹³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 51.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 53 e p. 55: “o consentimento do devedor é assim irrelevante”. Já se mencionou que, na remissão, faz-se necessário o assentimento do devedor. Mas isso não se dá quanto ao pagamento por terceiro, nem quanto à assunção de dívida. A razão é compreensível. Na remissão, impede-se que o credor “dispense” o pagamento da dívida, unilateralmente, deixando sem tutela o interesse do devedor em pagar. Mas impedir o pagamento, ou a assunção da dívida, por um terceiro, pode levar a que o credor nunca receba, quando quer receber: seria priorizar o interesse do devedor em detrimento do interesse do credor. Um devedor insolvente poderia impedir o pagamento por terceiro, sem que ele própria solva ou possa ser executado, prejudicando flagrantemente o credor.

⁶⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 375 e seguintes.

⁶⁹⁶ Na expressão de W. WESTERKAMP, segundo PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 259. É para este tipo de situação que SANTORO-PASSARELLI (*Dottrine...*, cit., p. 76 e ss.) fala em “multiplicação e concentração de relações jurídicas”: multiplicação quando há ingresso, e concentração no oposto (“subentrando un solo soggetto al posto di piú”).

⁶⁹⁷ NEY FERREIRA, José Carlos. *Da assunção de dívidas*. Lourenço Marques, 1973, p. 69: “Na *assunção cumulativa* o terceiro assume a dívida e ingressa na obrigação colocando-se junto ao devedor originário, como novo sujeito da relação debitória”, enquanto “a assunção em sentido próprio é *liberatória*”. Cfr. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, pp. 56 e 57, nota 107 (com discordância pontual).

⁶⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 375.

Também se discute a situação da assunção interna *antes* da manifestação do credor.⁶⁹⁹ Viu-se que o professor Menezes Leitão prefere a expressão “assunção interna”; mas também se esclareceu que este jurista vê, no caso, proposta *do devedor e do terceiro ao credor*. Seguimos, porém, a tese de Pontes de Miranda, de que há negócio jurídico bilateral entre o devedor e o terceiro, sendo o assentimento do credor ato unilateral que diz respeito ao plano da eficácia.⁷⁰⁰ Assim, parece-nos melhor mesmo a expressão “bifigurativa”, pois o negócio bilateral de assunção deixa de ser “interno” (em sua essência, existência, estão apenas atos do devedor e do assumente, falar-se “interna” é ver também a participação do credor no negócio).

Resta analisar a figura, resumidamente, do ponto de vista da modificação da RJO: (1) Em todos os casos de assunção de dívida, há negócio jurídico bilateral; (2) ou o negócio se dá entre o credor e o assumente, com eficácia imediata; (3) ou se dá entre devedor e assumente, ficando sua eficácia (= a transmissão da dívida) dependendo do assentimento do credor. Note-se que na assunção “interna” ou “bifigurativa” o ato do devedor tem toda a relevância. Para classificação que tenha por critério a conduta das partes, pode haver apenas ato do credor, ou do credor e do devedor (em tal classificação não interessa que o ato do credor diga respeito apenas ao plano da eficácia, mas tão só que sua conduta seja essencial para a modificação). (4) Na assunção *cumulativa* de dívida, há modificação *subjativa*, mas que não corresponde a qualquer transmissão. Como, no caso, não há necessidade de assentimento do credor (nota 699), pode ocorrer entre assumente e devedor (“a assunção cumulativa pode ser entre o credor e o assuntor ou assumente, ou entre esse e o devedor”⁷⁰¹). (5) Na *assunção de adimplemento* não há qualquer modificação da relação obrigacional, mas apenas *criação* de relação jurídica entre devedor e terceiro. Parece-nos que esta análise já dá subsídios suficientes para o objetivo do presente trabalho.

⁶⁹⁹ O assumente fica desde logo obrigado, mas falta dizer se *perante o devedor, ou perante o próprio credor*. A questão diz respeito à diferença entre *assunção de cumprimento* e *de adimplemento* (*Erfüllungsübernahme*). Cf. MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 54 e PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 261-262. Na assunção cumulativa, pode-se ver uma estipulação em favor de terceiro (= o credor), de forma que o assumente se obriga diretamente perante o credor (*id.*, § 2.820, 3 e 4, p. 259-262); na assunção de adimplemento, vincula-se apenas perante o devedor originário. Quanto à assunção *em geral*, a proposta de MENEZES LEITÃO (que parece majoritária em Portugal), seria a de ver apenas *proposta contratual* feita em conjunto, pelo devedor e o assumente, ao credor: mas antes da aceitação haveria assunção de cumprimento (*op. cit.*, II, p. 54, p. 61 e p. 74). Em Portugal, mesmo a assunção cumulativa exige assentimento do credor (art. 595, 1, “a”); MENEZES LEITÃO, *id.*, p. 83; Pontes de Miranda defende o contrário no Brasil: “não é de mister o consentimento ou ratificação pelo credor”, *loc. cit.*, p. 260).

⁷⁰⁰ Também é a opinião de LÔBO, **Obrigações**, *cit.*, p. 165.

⁷⁰¹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 260.

Por fim, quanto à cessão da posição contratual, já se esclareceu que a diferença para a cessão de créditos ou assunção de dívidas é *de grau*, pois em ambas há posições ativas e passivas que acompanham o crédito ou a dívida. Também não é o caso de “soma” entre cessão de crédito e assunção de dívida, embora seja possível a realização das duas, cumulativamente, quanto à mesma posição contratual: “esse tipo de transmissão quebraria as ligações que existem entre as diversas situações integrantes da posição contratual, as quais pode haver interesse em conservar”.⁷⁰²

A teoria unitária é majoritária na doutrina, e também aqui será seguida.⁷⁰³ Podemos citar, com Pontes de Miranda, apenas os principais fatores contrários à tese de que a cessão da posição contratual seria soma de cessão e assunção: (1) o negócio jurídico é único (“o negócio jurídico de transmissão é *um só*, por ser global e por ser o que os figurantes *querem*”) ⁷⁰⁴; (2) há categorias eficaciais que ficam de fora na simples soma das outras figuras, e que se transmitem na *cessão da posição contratual*; ⁷⁰⁵ (3) principalmente, caso houvesse mais de um negócio jurídico, a ineficácia de um não teria como consequência a do outro: de forma que poderia ocorrer a transmissão do crédito sem a dívida, ou da dívida sem o crédito, o que afronta a vontade das partes.

O apelo às ficções e a desconsideração da vontade das partes leva a problemas. Pontes de Miranda viu na *interdependência* a principal questão a considerar:

Na transferência da posição subjetiva no negócio jurídico, a transmissão das dívidas e outras situações passivas somente se dá *se* os créditos e as outras situações ativas se transferem. A *interdependência* é, aí, característica. Esse é o ponto mais relevante da doutrina da transferência da posição subjetiva nos negócios jurídicos.⁷⁰⁶

Assim, o que se transmite é a “posição contratual globalmente considerada, a qual, como se compreende, tem um alcance mais vasto do que o conjunto de situações jurídicas que a compõe, em virtude de permitir a conservação de todas as conexões e dependências entre elas”.⁷⁰⁷ Já se adiantou não ser verdadeira a tese de que na cessão de crédito, como na assunção de dívida, transmitem-se apenas direitos ou deveres isoladamente: outras situações jurídicas acompanham o crédito ou a dívida. Mas apenas na cessão da posição contratual é

⁷⁰² MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 76.

⁷⁰³ *Ibid.*, II, p. 98-99; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 254.

⁷⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, § 2.872, 2, c, p. 406.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, XXIII, §§ 2871, 1, p. 401; e § 2872, 2, p. 406.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, XXIII, § 2873, 1, p. 407. Este autor falava mesmo em um “princípio de interdependência interna” (§ 2.876, 1, p. 415).

⁷⁰⁷ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, p. 76 e p. 100.

que se pode realmente falar, quanto ao cessionário, no “ingresso deste como parte contratual”.⁷⁰⁸

As codificações de Portugal (art. 424º) e Itália (art. 1.406), que trazem a figura, a restringem aos casos de prestações recíprocas. Isso se deve ao fato de apenas neles os direitos e deveres *prestacionais* aparecerem nos dois polos da relação, de modo que a maior parte da doutrina ainda parece concordar com a restrição.⁷⁰⁹ Porém, mesmo reconhecendo que nos casos de cessão de crédito e assunção de dívida já se transmitem outras situações jurídicas, tanto Menezes Leitão quanto Menezes Cordeiro têm sustentado que a restrição é indevida,⁷¹⁰ seguindo Mota Pinto, na clássica obra sobre o tema.⁷¹¹

Assim, embora na transmissão de crédito ou dívida também se transfiram deveres acessórios e exceções, e não apenas deveres prestacionais, ainda pode haver interesse na cessão da posição contratual. Pontes de Miranda também se opunha à restrição, dizendo que nos contratos sinalagmáticos apenas tinha maior relevância a mudança de toda a posição no negócio complexo:⁷¹² não tinha relevância *apenas* aí. O art. 1.406 do Código Civil italiano, além de restringir aos contratos sinalagmáticos (“*con prestazioni corrispettive*”⁷¹³), impõe que as prestações ainda não tenham sido realizadas (“*se queste non sono state ancora eseguite*”). Pontes de Miranda e Menezes Leitão também se opõem a tal restrição.⁷¹⁴

A cessão da posição contratual, justamente porque alcança tanto direitos quanto deveres, exige a participação dos *três envolvidos*: as duas partes são credoras e devedoras, pelo que têm interesse na pessoa que figura no outro polo (sobretudo na solvência desta pessoa); e o “cessionário” também tem de aceitar o ingresso na posição, já que irá assumir deveres. Assim, Menezes Leitão e Menezes Cordeiro entendem que o caso é de contrato

⁷⁰⁸ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 100. O *Codice* italiano indica mesmo uma “substituição” de pessoas, no art. 1.406 (“*sostituire a se un terzo*”). Simplificadamente, poder-se-ia dizer que há substituição de partes na relação jurídica complexa, enquanto na cessão de crédito cede-se um direito, que se transmite junto de categorias eficaciais acessórios. Em geral, passa-se a ideia de que a cessão da posição contratual atinge o *próprio negócio jurídico*, e não apenas a *relação jurídica*, para retomar a autocrítica que fizemos acima, no tópico 1 deste Capítulo Terceiro. Fala-se em “cessão do contrato”, “da posição contratual”, ou, no caso de Pontes de Miranda, em “transferência da posição subjetiva no negócio jurídico”.

⁷⁰⁹ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, p. 83: “corresponde igualmente à posição da maioria da doutrina, onde se incluem os nomes de Galvão Telles, Vaz Serra, Antunes Varela, Almeida Costa...”.

⁷¹⁰ *Ibid.*, II, p. 84; MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, IX, p. 249.

⁷¹¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão da posição contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 437-445.

⁷¹² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 403.

⁷¹³ Cf. TRABUCCHI, **Istituzioni**, *cit.*, p. 546, já referido na nota 646, *supra*.

⁷¹⁴ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, p. 85: “sendo igualmente admissível a sua celebração nos contratos unilaterais ou nos contratos bilaterais já executados por uma das partes”; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, §2.872, 1, p. 405: “o que é necessário para que ocorra a figura que aqui nos interessa é que não se restrinja o *acordo de transmissão* [= a cessão da posição contratual] à substituição da figura do credor, ou do devedor. Não de ainda existir elementos ativos e passivos, que possam ser atingidos pelo acordo de transmissão”.

trilateral.⁷¹⁵ Já Pontes de Miranda entende que a manifestação de uma das três partes não diz respeito ao plano da existência, mas apenas ao plano da eficácia.

Assim, poderia ocorrer negócio jurídico bilateral de cessão da posição contratual, seguido de ato jurídico unilateral de assentimento, que diz respeito ao plano da eficácia (algo semelhante ao que se passa com a assunção *interna* ou *bifigurativa* de dívida). “O figurante que fica na relação jurídica pode não tomar parte no negócio jurídico, porque o seu consentimento só é indispensável para a *eficácia translativa*”.⁷¹⁶ Assim, o autor constrói a terceira manifestação como simples consentimento, que pode ser anterior ou posterior ao negócio:

Assim, se se quer a transferência, concerta-se o negócio jurídico entre o figurante do negócio jurídico em vista (figurante *sainte*) e a pessoa que se quer pôr no lugar dele (figurante *entrante*); o figurante, que fica, do negócio jurídico objeto (figurante *permanecente*), consente, prévia, simultânea ou posteriormente, para que se dê a *transferência*.⁷¹⁷

Quando se entende que o caso é de negócio jurídico trilateral, na falta do consentimento da terceira parte, nada se fez, pois falta elemento essencial.⁷¹⁸ Para Pontes de Miranda, o negócio jurídico bilateral já é suficiente, e gera a vinculação: o consentimento da terceira pessoa apenas é fator de eficácia. “O consentimento concomitante é que faz a ilusão das três figuras do negócio jurídico”.⁷¹⁹ Seguimos, a princípio, a opinião de Pontes de Miranda, sobretudo pela possibilidade de que aquele consentimento seja anterior, concomitante ou posterior. Mas a questão acaba não tendo tanta relevância diante do objetivo fixado para a presente pesquisa.

Para a classificação quanto à participação das partes, sempre será necessária a participação conjunta do credor e do devedor, e pouco importa que a manifestação de um deles não diga respeito ao plano da existência. Mas a tomada de posição pode ser útil para a explicação das modificações negociais, onde será possível diferenciar as alterações perpetradas por negócios unilaterais e bilaterais. Como se vê, a figura se insere: *a*) dentre as modificações negociais; *b*) dentre as alterações subjetivas ou casos de transmissão; *c*) dentre

⁷¹⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 82; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, p. 248, nota 562.

⁷¹⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, § 2.873, 1, p. 407.

⁷¹⁷ *Loc. cit.*

⁷¹⁸ *Ibid.*, XXIII, p. 411: “O consentimento não é, conforme dissemos, elemento constitutivo; apenas se exige para a eficácia translativa. Tem-se de entender que os dois figurantes ficam vinculados, salvo se consideraram condição resolutiva a denegação do consentimento pelo figurante *permanecente*”, “mas aí se trataria de determinação inexa ao negócio jurídico entre o figurante que queria sair e o figurante que queria entrar”.

⁷¹⁹ *Ibid.*, XXIII, p. 416.

as alterações que decorrem de atitude conjunta do credor e do devedor, ainda que haja apenas negócio jurídico bilateral sem algum deles.

3. Alteração segundo o fato jurídico modificativo.

Como se esclareceu acima, aqui serão analisadas as classificações de Pontes de Miranda e Enneccerus-Lehmann. O tópico trata da “alteração segundo o fato jurídico modificativo”, pois este parece ter sido o critério eleito pelos juristas referidos para organizar as alterações da relação obrigacional. Depois desta avaliação, já será possível passar à proposição de outros critérios para sistematizar os casos, passando, em seguida, às considerações finais. Assim, partimos da proposta de Pontes de Miranda, aparentemente mais extensa: (1) alterações negociais; (2) alterações por dolo e culpa; (3) caso fortuito e força maior; (4) impossibilidade do adimplemento; (5) mora, do devedor e do credor; por fim, separadamente, (6) casos de transmissão.

Parece-nos que, além das alterações negociais (*a*), e dos casos de “transmissão” (*b*) – muitos deles, mas não todos, negociais: note-se a diferença dos critérios aqui –, seria possível apontar mais dois ou três casos muito importantes de modificação: (*c*) modificações relacionadas ao ilícito relativo (inadimplemento definitivo; mora *stricto sensu*; casos de impossibilidade com culpa, sendo que a impossibilidade sem culpa costuma ser caso de extinção; outros casos de ilícito relativo); (*d*) modificações relacionadas aos direitos potestativos e às exceções (incluindo o direito de escolha, a exceção de contrato não cumprido, a prescrição, etc.); (*e*) a alteração das circunstâncias.

Nesta segunda divisão colocamos grupos de “casos conhecidos” de modificação, sem dividi-los de forma muito criteriosa. Se falta critério na divisão, ela parece útil para ilustrar casos de modificação que já parecem ter ficado de fora da classificação de Pontes de Miranda. O autor optou, expressamente, por deixar de fora de seu rol de alterações os casos de exceções e direitos potestativos: explica, quanto à sua classificação, que os traços comuns “são a alteração à eficácia da relação jurídica existente, no tocante ao crédito, à pretensão e à ação. Não se inclui a prescrição porque é só exceção que nasce contra a eficácia da pretensão”.⁷²⁰

⁷²⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, tomo XXIII, p. 63.

Mas em outro local, o próprio autor afirma que “o conteúdo da relação jurídica pode ser modificado”: “sua extensão pode aumentar, como [...] se nasce pretensão nova, ou nova ação; ou diminuir, como se nasce exceção, ou *quiesce* pretensão ou ação”.⁷²¹ Já tratamos das exceções e dos direitos potestativos, e optamos por considera-los verdadeiros casos de modificação: tanto a *modificação* pelo nascimento, no plano da eficácia, de um direito potestativo, ou de uma exceção, quanto pelo exercício de um ou oposição da outra, que também são fatos juridicamente relevantes, como se explicitou.⁷²²

Assim, teremos de incluir estas situações dentre as modificações da relação jurídica obrigacional: *a*) se ocorre o transcurso do tempo (fato) *mais* a inação (conduta humana), nasce a exceção peremptória de prescrição (há ato-fato jurídico criando, no plano da eficácia, exceção) – cria-se algo novo, mas algo negativo (“contradireito”, disseram alguns), e algo que só se presta à redução; *b*) se as partes criaram por contrato obrigação alternativa, haverá direito de escolha de uma delas, seja por determinação expressa das partes, seja por regra legal dispositiva (art. 252, CCB/02) – nos dois casos, efeito *do contrato*. Se nasce com a relação obrigacional, não se pode falar em modificação. Mas o exercício, a declaração de escolha, é fato jurídico modificativo.

Logo se vê que é difícil classificar tais figuras. A exceção de prescrição nasce de ato-fato jurídico, mas o mesmo não vale para a exceção de contrato não cumprido. Os direitos formativos podem ter diversas “fontes”. O efeito das exceções é sempre *encobrir eficácia*, de forma temporária (dilatória) ou definitiva (peremptória); os potestativos podem *criar, modificar ou extinguir* relações jurídicas (respectivamente: direito de aceitar a proposta contratual; direito de escolha; direito de resolução). Uma característica desses direitos é o serem *autorizações específicas para invasão unilateral da esfera jurídica alheia*. Tentaremos incluir essas figuras no item 5.4, *infra*.

Mas além do caso das exceções e direitos potestativos, a classificação de Pontes de Miranda traz outros problemas. O autor tem visão bastante peculiar acerca da mora, como se demonstrará no próximo tópico: seria sinônimo de inadimplemento *lato sensu*. Por isso mesmo, sua classificação não menciona o inadimplemento definitivo, mas apenas “dolo e culpa”, impossibilidade e mora. O inadimplemento definitivo se insere na mora, como “mora não emendável”. E sua visão também tem a peculiaridade de não admitir a alusão à culpa como critério de imputação da mora ou do inadimplemento em geral (por isso há tópico separado para as “alterações por dolo e culpa”). Será necessário tratar do assunto em tópico

⁷²¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, V, p. 319-320.

⁷²² Tudo no Capítulo Terceiro, item 1.1, *supra*.

específico, como já se havia adiantado (Capítulo Segundo, sobre as Obrigações em geral, 4.1. *Adimplemento e inadimplemento*).

3.1. Casos relacionados ao não cumprimento. Mora, impossibilidade, culpa e ilicitude. A classificação de Pontes de Miranda.

Como na impossibilidade não culposa o efeito é extintivo, seria possível unificar os casos de modificação relacionados ao não cumprimento em torno de uma figura: o *ilícito relativo*. Seria possível falar em “modificações por ilícito relativo”, ou seja, modificações causadas por um fato jurídico que contém, no suporte fático, a violação de um direito relativo (direito de crédito ou outros direitos que se inserem na relação obrigacional). O grande impeditivo para tal classificação, que muito facilitaria o presente trabalho, é o caso da *mora do credor*, situação que em geral não é vista como ilícita.

Para sistematizar as hipóteses de modificação, também será necessário resolver o problema concernente à tese de que não se deveria falar em *culpa* como critério de imputação da responsabilidade contratual. Segundo Pontes de Miranda, a culpa só entraria no suporte fático ao lado da impossibilidade da prestação, e não em caso de mora ou inadimplemento definitivo. É justamente por isso que o jurista divide os casos de modificação em “alterações por dolo e culpa”, “alterações por mora”, etc. Ainda mais: não se vê na classificação do jurista brasileiro o inadimplemento definitivo, justamente porque, como se adiantou, os casos entram no conceito fornecido de mora *lato sensu* (nas alterações por *mora* entraria a “mora não emendável”).

Assim, faz-se necessário analisar melhor estas questões. Este tópico teve de ser criado justamente pelas dificuldades que surgiram ao analisar as modificações na obra de Pontes de Miranda: o pouco que se disse sobre o inadimplemento, no Capítulo Segundo, mostrou-se insuficiente. Além disso, parece que diversas modificações na organização deste autor serão necessárias. Devidamente analisada, sua sistemática aponta três grupos de casos: 1. Alterações negociais; 2. Alterações relacionadas ao não cumprimento (dolo e culpa; caso fortuito e força maior; impossibilidade; mora do devedor e mora do credor); 3. Transmissão das Obrigações, em outro capítulo. Neste tópico buscaremos desenvolver este *segundo grupo* de modificações, que se relaciona com o não cumprimento.

Ressaltou-se, enfim, que a visão de Pontes de Miranda acerca da mora e do inadimplemento é bastante peculiar, pelo menos se comparada à maior parte da doutrina atual. Por outro lado, não há dúvida de que este autor se apoia em grandes juristas, que

viveram desde a Idade Média até a doutrina alemã dos sécs. XIX e XX. As duas grandes questões a referir quanto ao seu pensamento são: (a) seu conceito de mora *lato sensu*, que alcança também o inadimplemento definitivo, que se poderia dizer “mora não emendável”; (b) sobretudo, sua defesa da *não alusão à culpa* quanto à mora propriamente dita ou quanto ao inadimplemento definitivo.

Iniciemos pelo conceito amplo de mora como “inadimplemento”, “mora *lato sensu*”, que teria coerência no Direito brasileiro. Pode-se partir da etimologia de *mora*, que não viria de *demora* como se poderia supor, mas de *memor*, *memora*: “Mora vem de *memor*, lembrar, recordar, tal como ‘memória’. Originariamente, assistir pensando”.⁷²³ Em outro local: “Quem falha quanto ao adimplir há de ser lembrado pela tribo e lembrar-se. Mora vem de *memor*. A memória está em causa. O termo, a condição e a interpelação lembram”.⁷²⁴ A mora como memória, estaria ligada à ideia de interpelação (*quem interpela, lembra*), e talvez também à *pendência*, à permanência de um vínculo que já deveria ter sido extinto. A dívida fica na memória até que seja solvida.⁷²⁵

Para notar a importância disso, basta pensar na obrigação pura, que é a regra geral.⁷²⁶ Se alguém faz um empréstimo, sem fixar prazo para a devolução, há exigibilidade (pretensão, e por isso mesmo corre o prazo prescricional) desde logo. Mas jamais seria possível dizer que o devedor “está em mora”, desde logo, ainda mais quando se considera que a mora envolve ato ilícito.⁷²⁷ Será necessária a *interpelação*, a exigência efetiva da

⁷²³ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, tomo XXIII, 1958, p. 117 (§ 2.798).

⁷²⁴ *Ibid.*, XXVI, § 3.102, 4.

⁷²⁵ *Ibid.*, XXIII, p. 117, depois do “assistir pensando”, citado acima: “Se o que devia não adimpliu, de modo que o que tinha direito não recebeu, e esse exigiu e não se lhe prestou, ou aquele foi adimplir e viu recusada a prestação, ficam a meditar, a recordar, pelo tempo fora”. Mas o atraso é essencial: “O que não adimpliu ou o que recusou se põe em retardo, se atrasa, e esse escorrer de tempo, essa demora, em que se pode prestar e não se presta, ou em se poder receber e não se recebe, é o tempo da mora; por abreviação, a mora”. Depois: “Não há mora sem demora” (*loc. cit.*). Todavia – e aqui já não citamos Pontes de Miranda, embora estejamos em coerência com sua visão – não parece correto *definir a mora* pela demora. No Direito, a mora é o *descumprimento, no tempo, lugar e forma devidos* (CCB/02, art. 394): quem cumpre em outro lugar, ou de maneira indevida, *não cumpre*; e haverá o *tempo da mora*, até que cumpra *como devido*, ou até que o credor perca o interesse na prestação.

⁷²⁶ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 161: “a regra geral é a de as obrigações não terem prazo certo estipulado, sendo, portanto, obrigações puras”.

⁷²⁷ Daí serem evidentes os absurdos do artigo 189 do Código Civil vigente. A pretensão, nas obrigações puras, existe desde logo, e nada tem com a violação do direito (*aliter*, quanto à ação material). A seguir-se a letra da lei: a) em caso de obrigação pura, caso o credor demande o pagamento depois de quarenta anos, só então, com a recusa, começaria a correr o prazo prescricional, pois só aí nasceria a pretensão; b) no exemplo anterior, como se exigiu o pagamento sem ter o *poder de exigir*, representado pela pretensão? E ainda há o erro da parte final, de se dizer que a pretensão “se extingue pela prescrição”: as exceções nunca tiveram efeito extintivo, o que é mais claro nas exceções dilatórias, mas também vale para as peremptórias; falar-se em extinção é equivaler exceção e direito potestativo extintivo; a extinção da pretensão, sobretudo nos créditos, costuma ser também extinção do direito – pois a regra é: extinta a pretensão, e não podendo nascer nenhuma outra, de forma que o direito está “exaurido”, extingue-se o próprio direito. Assim, em caso de prescrição da única pretensão creditícia (o que é comum), o próprio direito de crédito se teria por extinto, e o efeito seria idêntico ao da

dívida. Assim, etimologicamente, a mora estaria ligada à ideia de *interpelação*: quem interpela, lembra. E mesmo quando há dia certo para o pagamento, não se abre mão da interpelação, culturalmente, como se vê na afirmação de que “o dia interpela pelo homem” (*dies interpellat pro homine*).

Mas Pontes de Miranda ainda vai muito além. Como a mora diz respeito a todo o caso de descumprimento no *tempo, lugar e forma* ou *modo* devidos (art. 394), o autor fala em mora *lato sensu* como um sinônimo de descumprimento, ou inexecução, que alcança mesmo os casos do chamado inadimplemento definitivo (em que não há mais interesse do credor na prestação). Parece não estar sozinho, pois é possível ler algo muito semelhante na obra de Alberto Trabucchi.⁷²⁸ A amplitude do artigo 394 permitiria a alusão à mora neste sentido mais amplo, que envolve mesmo o inadimplemento definitivo, em que também não há prestação no tempo, lugar e forma devidos.

Seria possível falar em *mora emendável* e *mora não emendável* (ou não purgável), bem como na “impurgabilidade originária ou superveniente da mora”.⁷²⁹ A construção destoa, visivelmente, do que usualmente se vê na doutrina.⁷³⁰ Caso se olhe apenas para a estrutura da codificação civil brasileira, porém, Pontes de Miranda parece ter razão, não apenas pela definição legal de mora,⁷³¹ mas pela divisão do Título IV (Do Inadimplemento das Obrigações): vê-se nos três primeiros capítulos (I) Disposições Gerais; (II) Da Mora; (III) Das Perdas e Danos – nenhuma alusão ao inadimplemento absoluto (*cf.* art. 394 e art. 395, *parágrafo único*).

Assim, o interesse do credor teria mais a ver com a *purgabilidade* ou *não purgabilidade*, do que com a distinção entre a mora e “outra coisa”, que seria o inadimplemento definitivo. É mesmo de se evitar uma distinção rígida entre inadimplemento

decadência. Não se poderia admitir a retenção do pagamento, pois nem haveria pagamento: pagamento é cumprimento de dever/ satisfação de direito.

⁷²⁸ TRABUCCHI, *Istituzioni*, *cit.*, p. 516: “tanto nel caso che successivamente adempia, quanto nel caso di definitivo inadempimento, c’è un ritardo, una mora. Nell’uso pratico è talora incerto e spesso anche superfluo distinguere la mora temporanea dal vero inadempimento, e il termine di mora, nella sua più lata accezione, significa appunto violazione dell’obbligo di adempiere tempestivamente”.

⁷²⁹ *Id.*, tomo 26, § 3.102, 4. *Cf.* D. 45.1.91, §3º.

⁷³⁰ A professora Judith Martins-Costa, ao descrever a “estrutura normativa do modelo jurídico do inadimplemento das obrigações”, cita o artigo 394 como “descrição, em sentido amplo, do inadimplemento imputável”. Se bem que nos comentários ao referido artigo fale em “inadimplemento relativo” (*Comentários*, *cit.*, vol. 5, tomo II, p. 70-71 e p. 222).

⁷³¹ Não se pode equivaler, parece-nos, “mora” e “cumprimento retardado”. Mora não é “cumprimento retardado”, mas o *não cumprimento* no tempo, no lugar ou no modo devidos. Assim não concordamos com MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, *cit.*, IX, p. 120 (“há cumprimento retardado quando, no momento da prestação, esta não seja efetuada”), ou com SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, *cit.*, p. 318 (a mora “é o cumprimento imperfeito da obrigação”). Pode ocorrer a tal “impurgabilidade superveniente”.

e mora, pois há um “caráter transformista” da mora.⁷³² E é verdade que o art. 394 traz um conceito bem amplo da figura. De qualquer forma, evitaremos falar em “mora *lato sensu*”, fazendo a distinção corrente entre mora e inadimplemento definitivo: como diz Pontes de Miranda, “só se fala de mora, se o adimplemento ainda pode ser feito depois de se ter deixado de adimplir”,⁷³³ esta mora em sentido estrito (*stricto sensu*).

Há ainda uma última questão a ressaltar. Ainda segundo o mesmo autor, no Direito brasileiro a *mora* alcançaria até os casos de *violação positiva* ou de *cumprimento imperfeito*, pela alusão ao *modo do prestar* – “‘Modo’, no artigo 1.056, está em sentido larguíssimo”.⁷³⁴ Assim, os casos de cumprimento imperfeito entrariam na ideia ampla de *mora* do Direito brasileiro. Quando se disser apenas *mora*, no presente trabalho, deve-se entender *inadimplemento relativo*, em que ainda há interesse (objetivo) do credor. Quando aludirmos à *mora lato sensu*, o faremos expressamente. Parece-nos que o art. 394 se refere à mora em sentido amplo, alcançando qualquer caso de não cumprimento no tempo, lugar ou modo devidos.

Para os fins do presente trabalho, o principal é ressaltar que em todos esses casos há *ilicitude*, violação do direito de crédito, ou mesmo de outros direitos e deveres que se inserem na relação jurídica obrigacional, sejam deveres acessórios, sejam deveres laterais de conduta. E em todos eles parece haver modificação da relação jurídica obrigacional. Quanto à solução dos casos de violação de deveres laterais através das regras da mora, note-se que já era a solução encontrada por Staub, perante a lacuna do BGB, em 1902.⁷³⁵

Passa-se então à segunda peculiaridade do pensamento de Pontes de Miranda, de enorme importância no presente trabalho: o fato de defender que a culpa não é o critério de imputação da mora ou do inadimplemento definitivo. Chama a atenção, desde logo, a não alusão à culpa, mas à imputabilidade, no Código Civil brasileiro (art. 396, trazido do anagramático art. 963, do CC/16), e também no Português (art. 804/2 e antes, na *subseção* II, mas alude à culpa em outros locais; *cf.* também o Código português de 1867, art. 705, que

⁷³² O “caráter transformista da mora” foi assinalado por ARAKEN DE ASSIS, que tomamos de MARTINS-COSTA, *op. cit.*, vol. 5, tomo II, p. 226.

⁷³³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, *cit.*, tomo XXVI, § 3.102, 4.

⁷³⁴ *Ibid.*, XXVI, § 3.103, 2, p. 15. O autor está mesmo a explicar que “na 2ª parte do art. 1.056 e na 2ª parte do art. 955, em termos exemplificativos, alude-se ao adimplemento não satisfatório, ou ruim. A não satisfação pode provir de ser antes ou depois do tempo fixado, ou fora do lugar que fora indicado, ou em quantidade inferior à que se prometera...”.

⁷³⁵ LARENZ ensina que, quando da elaboração do BGB, acreditava-se que o inadimplemento, a mora e a impossibilidade alcançavam todas as “violações” obrigacionais: “portanto, existe uma lacuna legal que muito logo, no ano de 1902, foi reconhecida por STAUB, o qual mostrou também o caminho para cobrir este vazio: a saber, a aplicação analógica dos preceitos sobre a mora” (*Derecho de Obligaciones*, *cit.*, I, p. 366). No Brasil não seria necessária sequer a analogia.

evita a alusão à culpa⁷³⁶). Nas duas codificações, a impressão que se tem é que o uso da expressão “culpa” foi verdadeiramente *evitado*.

Pode-se iniciar a abordagem da questão na Idade Média: “os glosadores não falaram de culpa, ao definirem mora (*e. g.*, ACÚRSIO e ODOFREDO). Depois – desde o século XVII – foi que se preocuparam com ela. CUIÁCIO chegou a defini-la como culpa”.⁷³⁷ A polêmica focou texto de Papiniano (D. 22.1.9, §1), que falava de *inculcata mora*: mas notou Kniep que “culpa” tinha dois sentidos nos textos romanos.⁷³⁸ Assim, já quanto ao Direito clássico concluiu Pontes de Miranda que o que se exigia “era que fosse imputável ao devedor a falta, isto é, que ele *soubesse* ser devedor”. “O *moram facit* significa que o devedor causou a mora, *sine iusta causa*”.⁷³⁹

Seria possível, então, dizer que num momento histórico de subjetivação dos institutos jurídicos, também a mora foi subjetivada. Mas a discussão científica que nos interessa é posterior: “A questão vem do direito comum. Mas a discussão científica surgiu depois. O que nos importa é saber se há, na vida, casos de mora sem culpa, e se o Código Civil, art. 963, é compatível com a teoria da culpa pressuposto necessário”.⁷⁴⁰ Esse artigo tem suas origens no § 285 do BGB que, segundo Pontes de Miranda, é fruto da seguinte evolução teórica:

O art. 963 foi redigido para que o direito brasileiro tomasse posição: ou *a*) exigir o elemento da culpa, ou *b*) não o exigir. Adotou-se a segunda atitude, que é a do *princípio da imputabilidade*, ou da *causação* (Veranlassungsprinzip), em vez do *princípio da culpa* (Verschuldensprinzip), atendendo-se, com toda a razão, a que pode ocorrer mora sem culpa. Essa opinião se firmou com P. OERTMANN (*Recht des Schuldverhältnisse*, 135); F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, § 137; FRITZ JUNGHER, *Haften aus schuldlosem Handeln*, 16; ERNST MEUMANN, *Der Verzug des Schuldners*, 20 s.; GOTTLIEB AUG. MEUMANN, *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*, 94 e 96; E. HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, Festgabe für Ludwig Enneccerus, 7 s. e 154 s., cuja exposição histórica, 15-134, e cujo exame sistemático, 144 e s., pôs fora de discussão séria o assunto, e fez repelir-se o que escreveram os recalcitrantes; O.

⁷³⁶ Mantida a linguagem da época: Art. 705º - “O contrahente, que falta ao cumprimento do contracto, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contrahente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contrahente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído”.

⁷³⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 122 (§ 2.800, 2). Cf. também na p. 119 as definições de mora de Bartolomeu de Saliceto, Hugo Donellus, Arumaeus, G. Saporta, Cujácio e Wehrn – apenas os três últimos aludem a dolo e culpa.

⁷³⁸ *Ibid.*, XXIII, p. 123. No mesmo local: “As passagens das fontes do direito romano em que se apoiavam os sustentadores da teoria subjetiva da mora nada provam. Às vezes confundem ilicitude e culpa, outras vezes deixam de distinguir regras jurídicas sobre impossibilidade”. Note-se que muito depois ainda ORLANDO GOMES falou em “culpa” para a mora fazendo confusão entre ilicitude e culpa: “tomada a palavra *culpa* no sentido de violação de um dever jurídico, não pode haver dúvida quanto ao caráter culposo de todo *inadimplemento voluntário*” (**Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 150). O direito brasileiro será visto mais abaixo. No sentido de Orlando Gomes, também Ribeiro de Faria faz uma aproximação entre a violação de um direito e a culpa: não poderia haver culpa na mora do credor por não haver violação de direito.

⁷³⁹ *Ibid.*, XXIII, p. 124-125.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, XXIII, p. 126.

VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 134; sobre o antigo direito alemão, KARL VON AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, 410 s., 412 s., e II, 436 s., 442 s.; H. MITTEIS, *Rechtsfolgen des Leistungs beim Kaufvertrag nach niederländischen Quellen des Mittelalters*, 30 s..⁷⁴¹

Essa evolução científica que se deu sobretudo na Alemanha, e que teve as origens apontadas, tinha coerência com a cultura luso-brasileira, ainda segundo Pontes de Miranda. O autor cita as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 53, § 3, de onde retira “três proposições em que se vê que, para a mora, não se cogitou de culpa”⁷⁴² (senão nos casos de impossibilidade: veremos que esta é a sua tese, de que só se deve aludir à culpa nos casos de impossibilidade). Daí que se lê, no local referido das Ordenações: “salvo quando no dito caso fortuito interviesse culpa sua” – assim, culpa na impossibilitação. Ainda quanto ao Direito luso-brasileiro:

No Assento n. 191, de 5 de julho de 1710, que se sói invocar, a mora inculpável era a alegação, que o Conselho do Rei desprezou, e corrigiu, no julgado, para “mora imputável”, finura que muito depõe em prol dos signatários do assunto. De mora imputável é que também se fala no Assento n. 208, de 18 de janeiro de 1718, e evita-se a referência a culpa. Passa-se o mesmo a propósito dos casos que deram ensejo aos Assentos n. 241, de 10 de junho de 1747, e n. 244, de 29 de julho de 1747. O que se opõe à mora é a *iusta causa* para se não adimplir. *Non dicitur debitor constitutus in mora quando aliquam iustam causam habet non solvendi*. Nunca os velhos juristas portugueses ligaram a mora à culpa.⁷⁴³

Refere ainda Coelho da Rocha que fala de mora sem aludir à culpa.⁷⁴⁴ Enfim, como se vê, Pontes de Miranda entende que não se deve aludir à culpa quanto à mora (*lato sensu*), mas apenas à *imputabilidade*, que é excluída quando há caso fortuito ou força maior. Poder-se-ia resumir: apenas a *impossibilidade objetiva* exclui a mora, pois exclui o dever de prestar. Assim, (1) a impossibilidade *ou ocorre antes* do momento em que há obrigação de prestar, *ou ocorre no tempo da mora*; (2) havendo impossibilidade anterior, a mora fica pré-excluída, e cabe discutir a culpa na impossibilitação, para verificar se há responsabilidade, ou se o dever de prestar se extinguiu (e jamais se poderia pensar em mora); (3) havendo impossibilidade no tempo da mora, há responsabilidade sem importar se há dolo ou culpa. Se há mora, é porque não houve impossibilidade.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 126. Cita na p. 125, como juristas que “abstraem de qualquer elemento subjetivo”: SCHÖMANN; ESMARCH; PUCHTA; KNIEP; R. RYCK e COELHO DA ROCHA.

⁷⁴² *Ibid.*, XXIII, p. 126-127. Cf. <www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p847.htm>. Consulta em julho de 2014.

⁷⁴³ *Ibid.*, XXIII, p. 127.

⁷⁴⁴ COELHO DA ROCHA, **Instituições...**, *cit.*, I, 1907, p. 86. Nota Pontes de Miranda, no local citado, que o jurista lusitano se aproxima do regime suíço, pois trata de dolo ou culpa quanto aos lucros cessantes.

⁷⁴⁵ Veja-se a lição de MENEZES LEITÃO (**Direito das Obrigações**, II, p. 241): “De acordo com o disposto no art. 804º, nº 2, a mora do devedor consiste na situação em que a prestação, embora ainda possível, não foi realizada no tempo devido, por fato imputável ao devedor. Exige-se para que ocorra mora que a prestação ainda seja possível, senão teríamos antes uma situação de impossibilidade definitiva de cumprimento (arts. 790º ou 801º) ou de incumprimento definitivo (art. 798º) e que a não realização da prestação seja imputável ao devedor,

Vista portanto a tese defendida por Pontes de Miranda compreende-se sua divisão dos casos de alteração das relações obrigacionais sem quebra da identidade. Como o autor considera “mora *lato sensu*” todo o caso de “não cumprimento no tempo, lugar e forma devidos” (CCB/02, art. 394), onde se lê “mora”, deve-se incluir também o inadimplemento definitivo (uma “mora não emendável”). E note-se a colocação de “dolo ou culpa” separados da mora – são as divisões: (1) alterações negociais; (2) alterações por dolo e culpa; (3) alterações por força maior e caso fortuito; (4) alterações por impossibilidade; (5) mora do devedor; (6) mora do credor; (7) mudança dos sujeitos.

Em grande medida devido à influência de Pontes de Miranda, a doutrina brasileira está um pouco turva quanto à questão da imputação da mora *stricto sensu* e do inadimplemento, sobretudo os autores mais recentes. Assim, pode-se iniciar pela doutrina portuguesa, que tem sustentado de forma absolutamente majoritária: (1) que nos casos de inadimplemento e mora *stricto sensu* do devedor há presunção de culpa (logo, aponta-se a culpa como critério de imputação de responsabilidade negocial); (2) que a culpa não é critério de imputação da mora do credor; (3) que não há ilicitude na mora do credor, pois não há verdadeiro “dever de receber”, mas apenas ônus.

Em (1) há quase que unanimidade, enquanto em (2) e (3) aumentam as discordâncias, mas tais posições se mantêm claramente majoritárias. Assim, pode-se citar Menezes Leitão, Almeida Costa, Galvão Telles, Antunes Varela, Ribeiro de Faria, Calvão da Silva e Menezes Cordeiro, como juristas que utilizam a culpa como critério de imputação do inadimplemento ou da *mora debitoris*.⁷⁴⁶ Quanto à mora do credor, sustentam que não se cogita de culpa, e defendem não haver ilicitude – no sentido oposto, quanto à ilicitude e a culpa na *mora creditoris*, Menezes Cordeiro.⁷⁴⁷ João Calvão da Silva fala mesmo na

caso contrário a hipótese é antes de impossibilidade temporária (art. 792º)”. Parece visão compatível com a de Pontes de Miranda, que defende que essa impossibilidade deve ser *objetiva*, e não *subjetiva*, e por isso mesmo não se deve falar em culpa.

⁷⁴⁶ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, II, p. 260, mas nas pp. 241-246, quanto à mora do devedor, evita a alusão à culpa, e por vezes parece ter visão próxima à de Pontes de Miranda; ALMEIDA COSTA, **Direito das Obrigações**, *cit.*, p. 1037 e 1048; GALVÃO TELLES, **Direito das Obrigações**, 7. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 332, 345 *et seq.* (o nexa de imputação “chama-se culpa”, p. 346); VARELA, **Das Obrigações em geral**, *cit.*, II (7. Ed., 1999), p. 94 e 96; RIBEIRO DE FÁRIA, Jorge L. A. **Direito das Obrigações. Apontamentos das lições proferidas na Universidade Católica – Porto**. Vol. 2, 1988, p. 478 e 479 (não se exige culpa na mora do credor, mas sim na do devedor); CALVÃO DA SILVA, João. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: [s. e.], 1987, p. 118: exige culpa para a mora do devedor, e não para a do credor; MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, *cit.*, IX, p. 122.

⁷⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, IX, p. 127 e 130, sobre a ilicitude. Mas o autor também fala de culpa (p. 132). Na p. 129, traz dúvida: “para além disso, quando o credor tenha procedido ilicitamente, entendemos que deve indenizar por quaisquer outros danos causados ao devedor, incluindo os morais”. Ao que parece, está se referindo aos casos em que há *dever de receber*, e assim a distinção seria: violar dever de receber x violar dever lateral de conduta.

“inexistência, em princípio, de um dever de cooperar do credor e de um direito de cumprir do devedor”.⁷⁴⁸ O credor não teria dever de receber, nem mesmo dever de colaborar, mas apenas ônus.⁷⁴⁹

A mora do credor (como a *debitoris*) fica excluída em caso de impossibilidade objetiva: aqui é que se toca um dos principais pontos a salientar. O professor Menezes Leitão, usa o exemplo de Larenz do montanhista que contrata um guia: caso a escalada não se possa realizar devido ao mau tempo, o caso é de impossibilidade da prestação; caso a não realização se deva “ao fato de o credor adoecer e não poder realizar a escalada, a situação já será de mora do credor”.⁷⁵⁰ Também neste sentido Ribeiro de Faria e outros, por ele referidos.⁷⁵¹ Como se vê, a distinção se baseia na diferença entre a impossibilidade objetiva e subjetiva. Passando já ao Direito brasileiro, veja-se a explicação de Orlando Gomes da divisão entre impossibilidade objetiva e subjetiva, em geral:

A primeira existe igualmente para todos, enquanto a outra diz respeito pessoalmente ao devedor. Quem deixa de cumprir obrigação de fazer porque está acamado, encontra-se subjetivamente impossibilitado de satisfazer a prestação. Mas se nem ele nem outra pessoa qualquer poderia satisfazê-la, nas circunstâncias presentes a impossibilidade é objetiva. A *impossibilidade subjetiva* não produz sempre o efeito liberatório, mas em alguns casos é assimilada à *impossibilidade objetiva*.⁷⁵²

Note-se bem: Orlando Gomes, no trecho citado, está tratando da impossibilidade em geral, e não do caso específico da mora do credor, como os juristas portugueses citados acima. Assim, os juristas portugueses só falam de culpa quanto ao inadimplemento ou a mora do devedor; e só mencionam excludentes objetivas quanto à mora do credor, mantendo a coerência. Orlando Gomes, no trecho citado, fica muito próximo da visão exposta de Pontes de Miranda, mas depois fala em culpa quanto ao inadimplemento e a *mora debitoris*.⁷⁵³ a impossibilidade objetiva excluiria o dever de prestar, e a subjetiva seria “não culpa”, que impede a imputação de responsabilidade sem extinguir o dever.⁷⁵⁴

Já que adentramos no Direito brasileiro, pode-se mencionar outro *Manual* clássico, o de Caio Mário da Silva Pereira. De início, o autor parece expor a matéria de forma

⁷⁴⁸ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção...*, cit., p. 116.

⁷⁴⁹ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, cit., II, p. 479, nota 1; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, p. 254, nota 508, demonstrando que a tese é majoritária.

⁷⁵⁰ MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, II, p. 253, nota 505.

⁷⁵¹ RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, II, p. 481, nota 1: o credor não evita a constituição em mora “com base num acidente que teve ao dirigir-se ao domicílio do devedor, numa doença...”.

⁷⁵² ORLANDO GOMES, *Obrigações*, cit., p. 156. Cf. BETTI, *Teoria Generale...*, cit., I, p. 111-12 e 131.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 150.

⁷⁵⁴ O CC/02 apenas exclui a responsabilidade por caso fortuito/força maior, no art. 393 (cp. Art. 396).

compatível com o pensamento de Pontes de Miranda;⁷⁵⁵ depois, porém, utiliza a culpa como critério de imputação da mora do devedor: “A *culpa do devedor é outro elemento essencial*. O nosso Anteprojeto menciona a *inexecução culposa* como elemento integrante de sua etiologia (art. 189)”.⁷⁵⁶ Note-se que, na redação do Código Civil de 2002, optou-se por manter a redação do Código de 1916, sem a alusão à culpa proposta no Anteprojeto do jurista citado (parece que houve *escolha*, e não *simples repetição*).

Por todo o exposto, parece-nos que a visão de Pontes de Miranda tem os seguintes critérios: 1) é necessário distinguir a mora dos casos de impossibilidade, porque a impossibilidade que extingue o dever de prestar ocorre antes da mora; 2) assim, se há impossibilidade, a mora fica pré-excluída; 3) o que exclui a mora, ou o inadimplemento definitivo, são os casos de impossibilidade objetiva⁷⁵⁷ e, justamente por isso, não se deve aludir à subjetividade da culpa; 4) de culpa só se fala quando ocorreu a impossibilidade, para distinguir impossibilidade culposa e não culposa; 5) responsabilidade haverá nos casos de inadimplemento ou mora, que não dependem de culpa, ou também nos casos de impossibilitação culposa, mas incidem normas diferentes, com diferente suporte fático.

Parece-nos que a ideia central é a de tratar do inadimplemento e da mora de forma *objetiva*, desconsiderando casos de impossibilidade subjetiva, bem como de tratar de maneira igualitária a mora do devedor e a do credor (os portugueses só excluem a mora do credor com impossibilidade objetiva, enquanto para a *mora debitoris* basta a ausência de culpa, a impossibilitação subjetiva). Deve-se olhar mais ao evento, em si, que à pessoa do devedor. Seja como for, a visão do jurista só se justifica se for possível identificar algum caso em que *há imputabilidade* (= não há caso fortuito nem força maior), mas *não há culpa*: assim ela terá importância prática. Pontes de Miranda mesmo disse que “o que importa é saber se há, na vida, casos de mora sem culpa”.⁷⁵⁸ E procurou apontar alguns.

Seriam casos de mora sem culpa: “todos os devedores ao devedor faliram, a fazenda de onde lhe viria o dinheiro para pagar as notas promissórias incendiou-se ou foi

⁷⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. Ed. Vol. II: Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 196.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 197.

⁷⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 129: “Para que haja mora é preciso que possa ser imputada, isto é, que possa a qualquer pessoa ser possível a prestação tempestiva; portanto que não tenha havido impossibilidade objetiva. Se houve impossibilidade objetiva, mas causada por culpa, há responsabilidade, sem se precisar do fato da mora”. Aliás, confira-se o *Codice* italiano, art. 1.218, em tradução livre: “O devedor que não realiza exatamente a prestação devida é obrigado ao ressarcimento do dano, caso não prove que o inadimplemento ou retardo foi determinado por impossibilidade da prestação, decorrente de causa a ele não imputável”. Veja o trecho citado de BETTI, *infra*, nota 768, em que também defende que a imputação só se exclui com a impossibilidade objetiva.

⁷⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 126.

inundada”.⁷⁵⁹ Parece possível ver como *prova da ausência de culpa* que todos os seus devedores deixem, por coincidência, de lhe pagar, no mesmo período; mas não parece, de fato, ser caso que exclua a constituição em mora. Defende ainda que a insolvência do devedor “não pré-exclui a mora, nem a poderia, razoavelmente, pré-excluir. Não cabe pesquisar se houve ou não culpa, nem tem qualquer cabimento reputar-se a insolvência sempre caso de culpa (e. g., H. RATJEN, *De Mora secundum iuris romani principia*, 9)”.⁷⁶⁰ Esclarece ainda que, por vezes, o devedor *não pode* adimplir, mas ainda assim há mora: donde se vê que a impossibilidade subjetiva não se presta à exclusão da mora.⁷⁶¹

Mesmo juristas que costumam seguir a doutrina de Pontes de Miranda, como a professora Judith Martins-Costa, não parecem adotar, simplesmente, a sua tese, dizendo: “a culpa não integra o conceito de mora, antes constituindo um importante (o mais importante) dos critérios que informam *o nexo de imputação de responsabilidade*”.⁷⁶² Assim, a jurista sugere um duplo critério de imputação: imputação subjetiva (com culpa), e objetiva (que não requer culpa).⁷⁶³ Tal visão não corresponde à de Pontes de Miranda, que não apenas não identifica a culpa como principal critério de imputação, mas entende mesmo que *a mora nada tem com culpa e não-culpa*.⁷⁶⁴

Sem dúvida, não tem cabimento a afirmação de que “não há mora sem culpa”, pois nos casos de *assunção expressa de responsabilidade pelo caso fortuito*, a infirmação é evidente; como também nos casos de *mora ex re*. E a assunção expressa de responsabilidade pelo caso fortuito, mencionada por Martins-Costa, já era evidente nas Ordenações Filipinas, e está expressa no CCB/02.⁷⁶⁵ Outra coisa é dizer, como Pontes de Miranda, que *a mora não tem qualquer relação com a culpa*, pois tal elemento subjetivo não está no suporte fático do ato ilícito relativo. Parece, de fato, que o legislador evitou falar em culpa, e que tal evitação não é de todo supérflua. Para verificar se este jurista tem ou não razão, seria necessária uma pesquisa longa e específica sobre o tema.

⁷⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 129.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, XXIII, p. 129.

⁷⁶¹ *Ibid.*, XXIII, p. 130.

⁷⁶² MARTINS-COSTA, *Comentários*, cit., vol. 5, tomo II, p. 232.

⁷⁶³ *Ibid.*, vol. 5, tomo II, p. 88.

⁷⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXVI, § 3.102, 3: “só a respeito de impossibilitação se aludir a culpa e não-culpa. A mora nada tem com isso”. Quanto à mora do credor, tomo XXIII, § 2.811, 6: “mora do credor nada tem com culpa” (p. 210).

⁷⁶⁵ CCB/02, art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. E quanto às Ordenações, no trecho citado na nota 742, *supra*: “ou entre as partes foi acordado, que o que recebeu a coisa emprestada, ficasse obrigado aos casos fortuitos” (L. IV, tit. 53, § 3). O fato de poder haver responsabilidade contratual sem culpa, nestes casos, também é admitido pelos juristas portugueses citados acima, embora fixem a regra geral da culpa.

Mas, para dar seguimento ao trabalho, cabe assumir uma posição: de um lado, doutrina claramente majoritária; de outro, Pontes de Miranda. Ficaremos no meio termo, até porque o cerne da questão é bastante sutil. Não se fará alusão à culpa, até por não haver razão para isso; falaremos, apenas, em imputabilidade, que se exclui por caso fortuito ou força maior (arts. 393 e 396). Já não é essencial para o presente trabalho dizer quais os eventos concretos que se encaixam neste conceito, e que podem realmente afastar a mora. É-nos suficiente a alusão à mora (que supõe imputabilidade), ao inadimplemento (que igualmente a supõe) e à impossibilidade superveniente (com ou sem culpa).

Utilizaremos, portanto, a terminologia do Código, falando em *imputação e não imputação*. Note-se, porém, que o próprio Código vigente, art. 392 (art. 1.057 do CC/16) faz alusão a “dolo e culpa” para distinguir a responsabilidade no caso dos contratos benéficos (no código anterior: “contratos unilaterais”). Pontes de Miranda explica que a situação é diversa:⁷⁶⁶ diria respeito às violações positivas, não ao inadimplemento. Mesmo a impossibilidade culposa entraria aí, de modo que o devedor só responderia, nos contratos benéficos, se impossibilitasse dolosamente a prestação.

Não iremos aprofundar a questão. Tivemos de abordá-la para compreender a sistematização de Pontes de Miranda, que separou os casos de *mora*, de *impossibilidade*, e de *dolo ou culpa*. Assim, vê-se que quando fala de mora, refere-se também ao inadimplemento definitivo, e quando trata de “modificações por dolo ou culpa”, refere-se às “violações positivas”. Era necessário, então, compreender essas distinções feitas pelo jurista, que tem nos servido de referência, para ver se é o caso de segui-lo. Preferimos, porém, unificar os casos pela ideia de ilícito relativo. Mas antes de passar às conclusões, cabe apenas dizer algo mais a respeito da mora do credor.

A mora do credor tem especial importância, sobretudo, porque sua licitude ou ilicitude é motivo de dúvida ponderosa. Será necessário examinar de forma um pouco mais aprofundada a questão: “pois que um deve e outro tem direito, a infração do dever não iguala

⁷⁶⁶ Defende o jurista que o art. 1.057 se refere à “responsabilidade pelo ato lesivo à prestação”, que não se confundiria com a “responsabilidade pelo inadimplemento” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXVI, § 3.102, 3). CLÓVIS BEVILÁQUA demonstra que o texto do projeto primitivo apenas indicava que a “responsabilidade do devedor” fosse apreciada mais benevolmente quando se tratasse de liberalidade, seguindo o § 521 do BGB (*Código Civil*, *cit.*, 1924, vol. IV, p. 214-215). Este autor ainda definia “culpa” como “toda a violação de um dever jurídico”, que levaria o nome “dolo” quando houvesse intenção. MARTINS-COSTA também não seguiu, no ponto, a tese de Pontes de Miranda, quanto ao atual art. 392: “o que está suposto no art. 392 é que, como regra geral, a imputabilidade do dever de responder pelo inadimplemento está acompanhada pela inculpação” (*Comentários*, *cit.*, vol. V, tomo I, p. 186). Já LÔBO parece segui-lo (*Obrigações*, *cit.*, p. 234): “a culpa referida no art. 302 [*sic*: art. 392, o art. 302 não fala de culpa] do Código Civil não é relativa ao inadimplemento, nem é elemento de mora”.

a falta do credor, que é a de colaboração para que o devedor adimpla a sua obrigação”.⁷⁶⁷ Ora, se o credor tem *direito* de receber, e o devedor *deve* adimplir, parece não haver ilicitude no “não receber”: soa como um não exercício do direito que, afinal, é em regra disponível.

Porém, com o fortalecimento dos *deveres laterais de conduta*, dentre eles o de *cooperação*, tão frísado por Betti,⁷⁶⁸ e com a constatação de que a violação de tais deveres também é *ilícita*, surge a dúvida. Por mais que o devedor tenha apenas *dever* de pagar, e não direito, não se pode negar que ele costuma ter interesse em pagar, liberando-se da dívida. Pode ser questão de honra: tanto que, mesmo em caso de remissão, o sistema jurídico brasileiro exige a aceitação do devedor (art. 385, CCB/02). Antes de tudo, deve-se cuidar da natureza da “oferta” do pagamento, e de sua “aceitação”: ambas expressões que devem ser – e a partir daqui serão – evitadas.

Seguimos a terminologia de Pontes de Miranda, para falar em *oblação* e *recepção*. *Oblatio* aqui é “apresentação”, que não se confunde com “oferta”, posto não ter natureza negocial; a recepção, igualmente, não se confunde com a “aceitação”. Oferta e aceitação são negócios jurídicos unilaterais; a natureza da oblação e da recepção, como a do adimplemento, é a de ato-fato jurídico. “Na oblação não há declaração de vontade, nem comunicação de vontade; há ato-fato jurídico. Tampouco é receptício”.⁷⁶⁹

No latim, *accipiens* (credor), *accipere* (receber) e *acceptare* (aceitar) têm o mesmo étimo, mas logo ganharam significações distintas.⁷⁷⁰ Tais palavras têm inegável

⁷⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, tomo XXIII, p. 201 (§ 2.810, 1), em que ainda esclarece: “ou, melhor, a sua dívida; porque o devedor cuja dívida é desmunida de obrigação, pode querer solver e por ser sem pretensão o crédito não deixa de incorrer em mora o credor que não coopera para o adimplemento”. Contra: MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, IX, p. 128 e nota 270: “se o credor recusar a prestação antes do momento em que ela deva ser efetivada, não há mora” – seguimos Pontes de Miranda. Claro que se o devedor faz a prestação antes do *dies*, mas sem qualquer aviso, e era de se avisar, e se encontra o devedor em momento inoportuno, não haverá mora do credor pela recusa, coisa que o jurista brasileiro reconhece – **Tratado**, tomo XXIII, p. 207: “não pode ser posto em mora sem que esteja prevenido para receber e contraprestar”. Aí não faltaria colaboração do credor, mas do devedor. Ou seja: a mora do credor não exige pretensão e, portanto, *obrigação* do devedor (como a mora do devedor requer a exigibilidade pelo credor). Imagine que depois da prescrição o devedor ainda queira pagar: o credor não pode impedi-lo, pois isso afetaria a sua honra. Aliás, aí já se vê fator que indica diferente natureza na mora do devedor e na do credor.

⁷⁶⁸ BETTI, **Teoria Generale**..., *cit.*, I, 1953, p. 63: “o credor tem, primeiramente [...] um dever de colaborar no adimplemento da prestação”. O autor chega a falar em falta de cooperação mesmo na mora do devedor, como critério de imputação (p. 111), mas o critério subjetivo de imputação que está buscando parece dizer respeito à impossibilitação. Quanto à visão de BETTI, e o ilustrativo art. 1.218 do Código italiano, note-se a proximidade com a tese de PONTES DE MIRANDA: “dopo aver dimostrato l’insufficienza del criterio della diligenza, resta, dunque, ferma la conclusione che la imputabilità dell’inadempimento (e quindi anche la corrispondente responsabilità) è strettamente collegata al fatto oggettivo dell’inadempimento (che è il momento oggettivo del torto ‘contrattuale’) ed è esclusa solo da una sopravvenuta impossibilità oggettiva di adempiere, che dipenda da causa non imputabile all’obbligato” – sem o grifo no original (*ibid.*, p. 131).

⁷⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 204.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, XXIII, p. 118-119, em que também se lê: “Não se aceita pagamento, recebe-se. Ou se recebe ou não se recebe, porque pagamento é ato-fato jurídico”. “Receber” foi a palavra usada por BARTOLOMEU DE

proximidade, mas na técnica jurídica o sentido é diverso, e o mesmo vale para a “oblação”: diz-se “oblato” o destinatário da oferta contratual, mas só se utilizará aqui “oblação” e “*oblatio*” para esta *apresentação* da prestação. A diferença entre o *aceitar* e o *receber* já aparecia no Direito Romano: em D. 46.3.30 e 46.3.72, respectivamente com Ulpiano e Marcelo, lê-se “*nollet accipere*” e “*accipere recusavit*”/ “*accipiendo moram fecit*” (para a posição correlata usou-se “*offerret*” na L. 30). Já, por exemplo, em D. 45.1.73, § 2º, Paulo diz: “*qui pecuniam oblatam accipere noluit*”.⁷⁷¹

Assim, no presente trabalho se usa “oferta” e “aceitação” apenas para negócios jurídicos. No presente tópico, têm interesse dois casos de *ato-fato jurídico*: a apresentação/oblação da prestação, pelo devedor, e a recepção (ou a recusa indevida e, assim, a mora) do credor. Nas palavras de Pontes de Miranda:

Preliminarmente, tem-se de eliminar toda doutrina que veja no ato do devedor, na *oblação*, dita, erradamente, pelo menos na terminologia científica de hoje, oferta, qualquer declaração de vontade, ou simples manifestação de vontade. O que há na *oblatio* é mero ato, que entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico, que é o pagamento. Prestar não é negociar; é adimplir. Se pagar não é negócio jurídico, como o poderia ser o *ir pagar*?⁷⁷²

Assim, temos de analisar o *tempo de antelação*: “os atos do credor necessários ao adimplemento, sem serem a simples recepção, são, como os atos preparatórios do devedor, *antelativos*”.⁷⁷³ O devedor, portanto, precisa fazer um início de adimplemento, que se possa considerar oblação. Em muitos casos, bastará a oblação verbal ou, dependendo do conteúdo do negócio, até mesmo algum gesto ou sinal. Como se o credor declarou que não vai receber a prestação, ou se a prestação é para se ir buscar⁷⁷⁴ (quesível, *Holschuld*, *quéritable*, “de colocação”⁷⁷⁵). Realizado o ato-fato da oblação, pode ocorrer uma não-recepção “ilegítima”,

SALICETO na definição de mora: “*Mora est debiti solvendi vel crediti recipiendi a iure improbata et punita dilatio*”, e por ARUMAEUS.

⁷⁷¹ Assim, vê-se a terminologia ora adotada já nos escritos de Paulo: oblação – recepção. E “já na época republicana regia o princípio, que domina desde então toda a história do direito romano, de que o pagamento, ou seja, a realização da prestação devida, liberava em todo o caso o devedor. [...] tão pronto como o credor recebeu o que lhe era devido, a obrigação se extinguia *ipso iure*” (JÖRS-KUNKEL. **Derecho Privado Romano**. Trad. L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937, p. 279). Nos casos de extinção formal (= negocial) já não se dizia *receber*, mas *aceitar*, o que é perfeitamente compatível com o que sustentamos: “o devedor pergunta: ‘*quod ego tibi promisi, habesne acceptum?*’; e o credor responde: *habeo*” (KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 292-293).

⁷⁷² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 202. Antes, na p. 133: “assim, o ‘*offerret pecuniam*’ da L. 30, D., *de solutionibus et liberationibus*, 46, 3, pesaria pouco” – logo acima: “porque há muitos casos de expressões impróprias nas fontes romanas”, mas aqui ainda diz mais – “ainda se de MARCELO, no mesmo livro 46, 3, a L. 72, onde se emprega ‘*obtulerit*’, e de CÉVOLA a L. 102, onde ‘*oblatam*’ e ‘*dislulit*’ ressaltam”.

⁷⁷³ *Ibid.*, XXIII, p. 203.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, XXIII, p. 204-205; e p. 176 a expressão usada.

⁷⁷⁵ MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, II, p. 170.

violadora do *dever de cooperação*. Afinal, há ou não há ilicitude nessa não-recepção, na mora do credor?

Seguiremos Menezes Cordeiro para dar resposta positiva.⁷⁷⁶ Concordamos com Pontes de Miranda: “O devedor deve a prestação. Tem, pois, dever de prestar. O credor não tem, de regra, dever de receber”.⁷⁷⁷ Note-se, de regra, pois é possível que seja acordado o dever de receber ou mesmo o dever de retirar, o que já aparecia na polêmica sobre a retirada das pedras do terreno, no Direito Romano (D. 19.1.9).⁷⁷⁸ Concluimos da seguinte forma: em regra não há dever de receber, embora possa haver (aí há violação de obrigação, simplesmente⁷⁷⁹); sempre há *dever de colaboração*, que se extrai da boa-fé objetiva (art. 422, CCB/02), violado nos casos de mora do credor.

Menezes Cordeiro cita quatro teorias: a de que haveria total liberdade do credor; a de que o credor teria um encargo de aceitar o cumprimento, para evitar as consequências negativas da mora; a de que o credor tem dever de colaborar; e a de que o credor teria de respeitar o direito subjetivo do devedor ao cumprimento.⁷⁸⁰ Nos posicionamos, portanto, com a terceira tese, sendo que a segunda parece ser a majoritária. Há aqui discordância em relação ao pensamento de Pontes de Miranda, que em geral vem sendo seguido, mas não se pode ignorar que os deveres laterais de conduta receberam maior atenção depois dos principais escritos deste jurista.

Hoje, não parece aceitável a visão de que o credor que *recusa indevidamente a cooperação devida*, atua lícitamente (visão que Calvão da Silva, citado acima, sustenta expressamente).⁷⁸¹ Menezes Cordeiro vê, no caso, ilicitude, por duas razões: (1) porque a boa-fé impõe uma colaboração intersubjetiva incompatível com a conduta do credor, que nega sem justa causa a colaboração devida; (2) porque “todas as sanções implícitas nos efeitos da *mora creditoris* traduzem, inequivocamente, um desvalor jurídico que recai sobre

⁷⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, **Tratado**, IX, p. 130-131.

⁷⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, tomo XXIII, p. 205 (§ 2.811, 1). Dizendo que “a mora do credor não é infração de dever”, Pontes de Miranda cita SENTENIS; WARSCHAUER; STROHL; L. ROSENBERG (p. 212). Sobre o não ingresso de culpa no suporte fático da mora do credor, definitivo seria texto de JOSEF KOHLER de 1879, que prevaleceu no BGB, no mesmo sentido de HIRSCH; SCHÖMANN; J. A. FRITZ; SENTENIS; A. BRINZ; KUHLENBECK e outros (p. 211-212).

⁷⁷⁸ Sobre o tema, PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 208-209 e 228-229.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, XXIII, p. 237: “Quando há o dever de receber ou o dever de retirar, o devedor tem pretensão e ação para que o credor receba ou retire. A obrigação é de fazer”. Seria possível, inclusive, mandar terceiro retirar às custas do “devedor” (credor que, no caso, *deve*).

⁷⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, IX, p. 130-131.

⁷⁸¹ Cf. nota 748, *supra* (Calvão da Silva, p. 116). Também Ribeiro de Faria, citado no mesmo local (II, p. 478): “mas o credor o que não está é vinculado à colaboração (à ‘Mitwirkung’). Nos exemplos que dá, no mesmo local, “não comer a refeição encomendada”, “não usar o lugar que comprou no cinema”, etc., a colaboração não é necessária, pois o devedor se libera deixando o lugar ou a comida à disposição. Apenas quando a colaboração é necessária, e o credor viola o dever de colaborar, é que pode haver mora do credor.

o comportamento do credor em mora”.⁷⁸² Nem sempre a colaboração do credor é necessária: mas quando houver mora do credor, é porque *havia dever de colaborar*, e a colaboração foi indevidamente recusada.

Não concordamos, porém, com a defesa de Menezes Cordeiro de que a culpa seria, no caso, o critério de imputação.⁷⁸³ Rigorosamente, desde o Capítulo Primeiro, *supra*, que temos seguido linha diferente desta, do jurista português, quanto aos pressupostos da responsabilidade negocial ou extranegocial.⁷⁸⁴ Procuramos separar os juízos de licitude ou ilicitude e a culpa civil, entendida como *imprudência, negligência, imperícia*, ou mesmo *dolo*, como a maior parte dos juristas. Quanto à mora do credor, portanto, adota-se posição minoritária quanto à *ilicitude*, mas segue-se a maioria contra a *culpa*.⁷⁸⁵

No mesmo sentido, parece possível citar a professora Judith Martins-Costa, que diz: “ocorre a mora do credor quando este não cumpre com o dever de cooperação que lhe concerne”; mas “de há muito estão ultrapassadas as concepções que requeriam a culpa no suporte fático para caracterizar a mora do credor”.⁷⁸⁶ Cabe reconhecer, porém, que a posição assumida pode estar condicionada por uma facilidade. A tese de que na mora do credor há ilícito relativo permite que se crie o grupo das *modificações por ilícito relativo* (= fatos jurídicos com violação de direito relativo no suporte fático). Caso contrário, apenas a *mora creditoris* ficaria de fora. Parece-nos, porém, que é muito difícil sustentar, nos dias de hoje, que a violação do dever de colaborar não envolva ilicitude.

Até aqui, acabamos mantendo o foco nas *espécies de fato jurídico* que geram o efeito modificativo, por ser o critério classificatório utilizado por Pontes de Miranda e Enneccerus-Lehmann. Das *sete* divisões de Pontes de Miranda, nada menos do que *cinco* entram no grupo das *alterações relacionadas ao ilícito relativo*: ao lado deste grupo, há o das *modificações negociais* e os *casos de transmissão*; quanto aos alemães, trazem também três grupos: *modificação convencional, contravenção ao direito de crédito e reclamação*

⁷⁸² MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 130-131.

⁷⁸³ *Ibid.*, IX, p. 132: “a mora do credor implica uma atuação axiologicamente negativa: daqui deve, como sabemos, ser extraída a ideia de culpa, a qual se presume”. Parece-nos que a *ilicitude* já traz um desvalor jurídico, e pode haver fato jurídico ilícito sem culpa, como sói ocorrer nos casos de responsabilidade objetiva, e julgamos tê-lo demonstrado no Capítulo Primeiro, *supra*. O fato ilícito sem culpa, como no caso da garrafa de bebida que explode e fere o consumidor (há violação do direito à integridade física, que não podia ter sido violado), não deixa de ser reprovado. Mas a técnica jurídica evoluiu no sentido de não aludir à culpa. Nossa postura talvez fosse criticável por priorizar uma “ciência jurídica” em detrimento de uma noção cultural: mas fato é que a culpa não está no suporte fático e não poderá ser discutida no caso concreto. A ciência jurídica é eminentemente prática.

⁷⁸⁴ Cf. Capítulo Primeiro, tópico 2.3.2, p. 44 e seguintes.

⁷⁸⁵ Cf. nota 746, *supra*, retirando-se, evidentemente, o professor Menezes Cordeiro.

⁷⁸⁶ MARTINS-COSTA, *Comentários*, vol. 5, tomo II, p. 239-240.

judicial. Parece mais adequado falar em ilícito relativo do que “contravenção ao direito de crédito” (basta pensar nos casos de violação de dever lateral de conduta).

Com isso, pode-se passar a uma análise *das modificações efetuadas* por estes fatos ilícitos. Em que consiste cada modificação por ilícito relativo? Qual o efeito modificativo da mora, ou do inadimplemento definitivo? É o que se passa a analisar: modifica-se o objeto da obrigação, surge direito de resolução, etc. Assim, passa-se a uma breve análise do *efeito modificativo* dos ilícitos relativos. Depois, ainda quanto à alteração “segundo o fato jurídico modificativo”, passaremos às modificações negociais, pois estes são os dois principais grupos de fatos jurídicos modificativos: os negócios jurídicos e os ilícitos relativos.

3.1.1. *O efeito modificativo dos ilícitos relativos.*

Passa-se então à análise dos efeitos jurídicos da mora (*stricto sensu*), do inadimplemento definitivo, da impossibilidade culposa, do adimplemento imperfeito ou de outras violações positivas, enfim, dos ilícitos relativos em geral. Foi possível identificar dois grandes grupos de fatos jurídicos *modificativos*: os negócios jurídicos, como nos casos de transmissão (modificações subjetivas), nas modificações bilaterais do objeto, etc.; e os ilícitos relativos, aqueles fatos jurídicos que trazem, na composição do suporte fático, a violação de algum direito relativo. Já tratamos deste segundo grupo, em geral, e agora passamos ao estudo das modificações que eles realizam.

A análise feita no presente tópico será bastante sucinta. Procuramos nos ater ao que é essencial para uma sistematização dos casos de modificação da relação jurídica obrigacional, sem adentrar nos detalhes. Um estudo, ainda que perfunctório, dos efeitos modificativos, é fundamental para a análise dos casos de alteração das obrigações, pois pode fornecer novos critérios classificatórios. Além disso, não se pode tratar das modificações das obrigações sem avaliar *o que são* tais modificações, em que consistem: não basta apontar fatos jurídicos modificativos, é necessário descrever as alterações por eles efetuadas, ainda que em linhas gerais.

Embora a doutrina não venha colocando estas situações em tópico dedicado às *alterações das relações obrigacionais* (com exceções, como Pontes de Miranda e Enneccerus-Lehmann), inúmeros autores têm reconhecido que o inadimplemento leva a uma modificação sem quebra da identidade da RJO. Por exemplo, quanto à mora, diz Menezes Cordeiro: “necessário é que a obrigação subsista, não obstante o percalço; nessa altura, mantém-se o dever de prestar, de tal forma que, quando sobrevenha o cumprimento, este

surja retardado”.⁷⁸⁷ No Brasil, diz Paulo Lôbo, quanto à situação do devedor moroso: “continua obrigado a cumprir sua prestação, se esta continua sendo valiosa ao credor, acrescida da reparação pelos danos causados com o atraso, dos juros moratórios e dos honorários de advogado”.⁷⁸⁸

De um modo geral, nos casos de mora *stricto sensu*, inadimplemento definitivo, impossibilidade culposa, e também nas violações positivas, surgem algumas *opções* para o credor (que teve seu crédito violado): exigir a prestação *in natura*; exigir a indenização pelo equivalente; nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, pleitear a resolução (arts. 389; 395, *parágrafo único*; 475), ou a rescisão. Ao lado de tais opções, aparecem sempre as “perdas e danos”, a indenização dos danos causados pelo inadimplemento, pois a reparação deve ser integral.

Costuma haver opção única, ou duas, ou três: no não cumprimento de um contrato bilateral, o credor pode escolher (a) a execução específica, (b) a indenização pelo equivalente, (c) a resolução, sendo que à opção se agregam as perdas e danos (no caso b haverá *indenização global*, que envolve o valor da prestação, ou seja, um “equivalente pecuniário” da prestação, e mais as perdas e danos). Mas podem surgir apenas as opções a ou b (se não há sinalagma), ou também apenas b (em caso de impossibilidade). Em casos de deterioração, ou outros de impossibilitação parcial, podem surgir outras opções, como a exigência do abatimento do preço (art. 235-236).⁷⁸⁹

Assim, pode-se falar, simplificadamente, em modificação *objetiva* da relação obrigacional, pelo aumento do objeto, devido ao acréscimo das perdas e danos, ou dos juros de mora. Seria possível falar na alteração da prestação, também, quando a *pretensão à prestação* se torna *pretensão às perdas e danos*. Mas a verdade é que, muitas vezes, a primeira modificação que ocorre na relação jurídica obrigacional é o próprio surgimento de “opções”: cabe ver qual o significado jurídico deste acontecimento. Ainda antes, esclareça-se que os casos de inadimplemento se ligam à *pretensão*, não ao crédito.⁷⁹⁰

Não há dúvida de que não ocorre “multiplicação de pretensões”. Não há três pretensões, mas três alternativas: não há a e b e c, mas a ou b ou c. E a escolha, por exemplo,

⁷⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, *cit.*, p. 119.

⁷⁸⁸ LÔBO, *Obrigações*, *cit.*, p. 237. Antes, na p. 232: “a pretensão à reparação das perdas e danos e demais consequências pelo inadimplemento de obrigação negocial (ilícito relativo) é a mesma da obrigação de prestar; não há duas pretensões, uma para a prestação devida e outra para a substituição desta”.

⁷⁸⁹ Além da deterioração, poderia haver *aumento* na coisa vendida (MESSINEO, *Manual de Derecho...*, *cit.*, IV, p. 201). *Cf.* o art. 500 do CC/02.

⁷⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXVI, § 3.102, 2, p. 6: “à pretensão é que se prende a responsabilidade do devedor por perdas e danos”.

de *b*, não extingue *a* e *c*, justamente porque não havia três pretensões. A escolha leva à *concentração*, o que é típico das chamadas *obrigações alternativas*. Assim, seria possível dizer que o não cumprimento da obrigação, no tempo, lugar e forma devidos, leva à transformação da obrigação em *obrigação alternativa*? Parece-nos que não.

A doutrina evita usar tal expressão: fala-se que o credor tem “opções”, e que pode “eleger” a resolução, ou a indenização global. Excepcionalmente, fala-se em alternativas.⁷⁹¹ Nada impede que as obrigações alternativas envolvam *três opções* (basta que sejam duas ou mais⁷⁹²), e nada impede que a alternatividade tenha fonte legal.⁷⁹³ Enneccerus-Lehmann rejeitam expressamente que, no caso, haja obrigações alternativas: “não há obrigação alternativa nos casos em que, em virtude de lei, se estabelecem à eleição do credor vários direitos ou pretensões para seu exercício, caso de concorrência eletiva, como, por exemplo, pretensão de indenização e resolução”.⁷⁹⁴

Uma razão de ordem prática talvez fosse a não aplicação do § 262 do BGB, que determina que, “na dúvida”, o direito de escolha cabe ao devedor. No caso ora estudado, a escolha é, em regra, do credor.⁷⁹⁵ Mas ainda há algo mais, de grande importância, que é muito bem explicado na seguinte passagem de Pontes de Miranda:

Quádrupla Alternativa. Se o credor tem de escolher entre *a*) a resolução do negócio jurídico (= resolução dos efeitos do negócio jurídico), *b*) a exigência da indenização dos danos pelo inadimplemento, ou *c*) o reter a contraprestação até que o devedor preste, ou *d*) alegar ou admitir impossibilitação da prestação, há *situação de suspensão* ou *de ínterim* [...]. Com a manifestação de vontade no sentido da resolução, está feita a escolha. Se, porém, o credor exerce a pretensão à prestação, ou à indenização, sem manifestar que quer a resolução, ainda lhe persiste o direito de resolução. Porque esse subsiste enquanto o devedor não adimple.⁷⁹⁶

Note-se: o direito de resolução não se extingue com a escolha da execução específica, ou do equivalente em pecúnia; extingue-se apenas com o adimplemento efetivo. Esta posição de Pontes de Miranda vem sendo sustentada pela doutrina mais recente.⁷⁹⁷

⁷⁹¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXV, sobretudo no § 3.086, 2, p. 306 (“quádrupla alternativa”), mas também no § 3.087, 3 (“alternatividade, nas resoluções legais e nas resoluções negociais”), pp. 310-311: “as leis por vezes concebem a alternância: ‘resolução ou perdas e danos’; deterioração: ‘se foi culpado o devedor, o credor tem a alternativa *mais* a pretensão à indenização das perdas e danos (art. 867)’”, etc.

⁷⁹² MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, I, p. 131: “duas ou mais”; MASSIMO BIANCA, **L’obbligazione**, *cit.*, p. 123-124; ENNECCERUS-LEHMANN, **Derecho de Obligaciones** (tomo 2), vol. I, *cit.*, p. 101; LÔBO, **Obrigações**, *cit.*, p. 122.

⁷⁹³ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXII, § 2.702, 1: fontes – negócio jurídico e lei.

⁷⁹⁴ ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, tomo 2, vol. I, p. 101, nota 1.

⁷⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXV, § 3.086, 2, p. 306: “a escolha pertence, inteiramente, ao credor, que só há de consultar o próprio interesse”.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, XXV, § 3.086, 2, p. 306.

⁷⁹⁷ LÔBO, **Contratos**, *cit.*, p. 200: “se a parte credora exercer a alternativa da execução forçada à prestação com indenização, não perde o direito à resolução, enquanto perdurar o inadimplemento”; PELUSO, Cezar

Assim, na pretensão à prestação *ou* às perdas e danos, poderia haver alternatividade: mas não entre ela e o direito de resolução. Fato é que existe uma possibilidade de *eleição* quanto à prestação, o sucedâneo em pecúnia ou a resolução (que “tem a vantagem de dar ensejo ao credor de reaver o que prestou”⁷⁹⁸).

Quanto à pretensão à prestação *ou* às perdas e danos, parece haver mesmo uma única pretensão, que veremos se é alternativa. Pontes de Miranda explica a razão para entender que há uma única pretensão: “a renúncia à pretensão ao adimplemento em natura abrange o adimplemento mediante indenização; o prazo prescricional é o mesmo”.⁷⁹⁹ Assim, não é viável construir a manutenção da pretensão original, com o surgimento de *outra* pretensão às perdas e danos, ou com *outra* pretensão à indenização pelo equivalente. E continua:

Quem culposamente impossibilitou a prestação deixa de adimplir. O crédito do credor *persiste* o mesmo (bem assim, o direito de garantia, se há); há apenas mudança do conteúdo [*nós diríamos: do objeto da RJO*]. A pretensão à indenização, às perdas e danos, é, aí, a mesma, posto que varie, para o que é possível prestar-se a prestação primária. É de repelir-se a concepção que vê em tais circunstâncias duas pretensões, uma, à prestação prometida, e outra, ao sucedâneo. Não há: a) Pretensão ao objeto prometido. b) Pretensão a perdas e danos. Mas sim: Pretensão ao objeto prometido (ou a perdas e danos). É certo que a indenização das perdas e danos resulta de ilícito relativo, mas o ilícito relativo não é criador de outro dever, nem de outro crédito. Aí, a grande diferença em relação ao ilícito absoluto.⁸⁰⁰

Nota-se que Pontes de Miranda não colocou em pé de igualdade as “opções”: “pretensão ao objeto prometido (ou a perdas e danos)”, e não “prestação ao objeto prometido ou a perdas e danos”, como ocorreria em caso de alternatividade. Ver no caso pretensão *alternativa* leva a um problema incontornável: fosse o caso, o devedor não poderia *sequer* realizar a prestação prometida, enquanto não houvesse a escolha por parte do credor (nas obrigações alternativas, o objeto é *indeterminado* até o momento da escolha).

Criamos tese que, a princípio, julgamos sem qualquer base doutrinária, mas depois encontramos apoio em grandes juristas: trata-se da ideia de que há, no caso, obrigação com *facultas alternativa* do credor.⁸⁰¹ A doutrina, em geral, só chama de “obrigação com *facultas*

(org.). **Código Civil Comentado**, 4. Ed., p. 534, comentários ao art. 475, por Nelson Rosenvald: “caso a tutela específica se afigure inútil pelo fato de o réu não atender à condenação ou surgir o inadimplemento absoluto de forma superveniente, poderá o credor recorrer ao pedido subsidiário resolutório”; LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, cit., I, p. 330.

⁷⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXV, § 3.086, 2, p. 306.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, XXVI, § 3.103, 1, p. 12.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, XXVI, § 3.103, 1, p. 12. Em outras palavras: o ilícito absoluto costuma ser *fonte* de obrigações, enquanto o ilícito relativo costuma levar à *modificação*.

⁸⁰¹ Os casos de inadimplemento imputável poderiam ser analisados sob a ótica do *interesse objetivo do credor*: caso se mantenha, há mora, sendo possível a purga da mora, ou a exigência da prestação específica com perdas

alternativa” aquela que tem faculdade do devedor: “só uma prestação se deve e a só uma se é obrigado, apenas o devedor pode liberar-se mediante outra prestação, sem precisar do assentimento do credor”.⁸⁰² Mas Regelsberger desenvolveu a tese de que pode haver *facultas alternativa* do credor, sendo seguido por muitos: desde então “se assentou a existência de *facultas alternativa* do credor”.⁸⁰³

Assim, vê-se já em Enneccerus-Lehmann que “também pode se dar uma *facultas alternativa* a favor do credor”: passa a ser possível, no lugar da prestação “que se deve de modo exclusivo, exigir outra”.⁸⁰⁴ Em Larenz já não há prioridade para a faculdade alternativa do devedor, falando-se igualmente em “faculdade de substituição” de um ou de outro. Explica o autor que na do credor só se deve “*uma* prestação, mas o credor tem direito de exigir outra em seu lugar”.⁸⁰⁵ Larenz procura configurar a situação como exercício de direito formativo modificativo (“a declaração tem significação juridicamente configuradora. E desde que o credor não faça uso de sua faculdade, o devedor pode realizar o cumprimento mediante a prestação a que unicamente está obrigado”⁸⁰⁶).

Assim, sendo o caso de construir a situação como de faculdade alternativa do credor: o devedor continuaria obrigado a apenas uma prestação, determinada, que pode realizar; mas o credor teria a *facultas* de exigir prestação distinta, substituindo o objeto (único) da obrigação. Por isso mesmo, o devedor pode realizar a prestação mesmo sem a “escolha” do credor. Em geral, a prestação já estará modificada, pelo acréscimo das perdas e danos, e sua realização será purgação ou emenda da mora. Será possível discutir se há ou não interesse (objetivo) do credor na prestação.

e danos (modificou-se o objeto, que aumentou); caso tal interesse desapareça, só seria possível a indenização global. Porém, atualmente se tem conferido, cada vez mais, verdadeira faculdade alternativa ao credor, sobretudo no âmbito judicial: cf. o art. 84, § 1º do CDC (WATANABE in GRINOVER *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 862), ou então o art. 461, § 1º do CPC (também aplicável à entrega de coisa, art. 461-A, § 3º). Mesmo no plano do direito material, tome-se o exemplo do art. 235 do CC/02: “deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”; ou o art. 236 para a deterioração culposa. Os casos entram nos exemplos dados por PONTES DE MIRANDA, abaixo (cf. nota 807), de *facultas alternativa* do credor.

⁸⁰² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXII, § 2.707, 1; MENEZES LEITÃO, **Obrigações**, I, *cit.*, p. 135; LÔBO, **Obrigações**, p. 126-127.

⁸⁰³ *Ibid.*, XXII, § 2.707, 3.

⁸⁰⁴ ENNECCERUS-LEHMANN, **Tratado**..., *cit.*, 2, 1, p. 116; o autor cita dentre os exemplos (*loc. cit.*, nota 6) o § 249 do BGB (“poderá o credor exigir, em vez do restabelecimento, a importância em dinheiro necessária para isso” – trad. de Souza Diniz, *cit.*, p. 57), além do § 843/3 e outros ligados às perdas e danos.

⁸⁰⁵ LARENZ, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, I, p. 171-172.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 173. E continua: “Assim, pois, não necessita, como na obrigação alternativa, esperar a declaração do credor quando a este corresponde a eleição, já que a prestação devida não está relativamente indeterminada, mas determinada desde o princípio. A declaração do credor é unicamente necessária quando queira produzir uma modificação da relação obrigatória”. Cita os mesmos dispositivos que Enneccerus.

Pontes de Miranda cita como exemplos de faculdade alternativa do credor: quem é obrigado a reparar fato ilícito, e deve restabelecer o estado anterior ou indenizar (como disseram os alemães referidos); em caso de deterioração sem culpa, o credor pode resolver a obrigação ou aceitar a coisa, abatido o valor que se perdeu (parece-nos que, neste caso, apenas surge direito potestativo de resolução, além da modificação objetiva); também no caso da deterioração com culpa, pode exigir o equivalente, ou aceitar “a coisa no estado em que se acha, com indenização, num e noutro caso, das perdas e danos”; nas obrigações de fazer, pode mandar que terceiro preste à custa do devedor, ou pedir indenização por perdas e danos; cita-se também, expressamente, o caso da mora ou do inadimplemento definitivo, art. 956 e *parágrafo único* do CC/16.⁸⁰⁷

Assim, seria possível construir como uma primeira modificação, decorrente da não realização da prestação devida, a criação de *facultas alternativa* para o credor e, por vezes, também a criação de direito de resolução. Entre a pretensão com faculdade alternativa e o direito de resolução não há alternatividade, embora a opção pela resolução leve a um apagamento de eficácia. Enquanto não ocorre o adimplemento, dá-se uma alteração do objeto da relação, que se aumenta das perdas e danos. Não cabe ir além. A dogmática acerca da não realização da prestação talvez exija toda uma reformulação, como bem se viu na reforma alemã do Direito das Obrigações.

Resumidamente, pode-se dizer: com o inadimplemento, podem surgir *opções* ao credor, ou pode ocorrer que apareça uma única solução, como na impossibilidade total culposa em contrato não sinalagmático. Neste último caso, altera-se o objeto da RJO, que deixa de ser *a prestação devida* (direito ao fazer do devedor) para ser uma indenização

⁸⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXII, § 2.707, 3, nas alíneas. O mais complexo é o último caso (“i”), justamente por ser possível a discussão sobre a manutenção do interesse do credor. O jurista entende que, caso a prestação *se torne inútil*, haverá a faculdade alternativa, ainda sendo possível aceitá-la com perdas e danos. Caso seja útil, cabe emenda da mora. Em geral, com a inutilidade a doutrina vê *prestação única* da indenização global, já que não há mora, mas inadimplemento absoluto. Porém, não parece haver razão para impedir o credor de recebê-la, se há interesse subjetivo e não objetivo. Outra coisa é o que dizem o art. 461 do CPC e o art. 84 do CDC, referidos na nota 801, *supra*, que parecem dar ao credor livre escolha entre a prestação *in natura* com perdas e danos ou a indenização global. Como ficaria a possibilidade de purgação pelo devedor? A maior parte dos processualistas parece reconhecer livre opção para o credor, mas contra tal visão se colocam MARINONI-ARENHART (**Execução**. 2. Ed. rev. e atualizada, São Paulo: RT, 2008, p. 180): “A conversão da tutela específica da obrigação inadimplida em tutela pecuniária não é fruto de um ‘direito livre’ ou o simples exercício de uma opção. É certo que o art. 461, §1º, do CPC, admite que o autor opte livremente, no caso de tutela de reparação do dano, pelo equivalente monetário. Mas isto somente é possível no caso de tutela ressarcitória, isto é, de tutela de reparação do dano; não na hipótese de tutela do adimplemento da obrigação contratual. A obrigação inadimplida, caso pudesse ser convertida livremente em dinheiro, daria ao credor o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria flagrantemente o sistema das obrigações e o princípio da autonomia de vontade, tornando legítima a novação unilateral da prestação contratada”. Pense-se na possibilidade de purgação da mora, pelo devedor. A conversão somente pode ocorrer “quando o devedor não cumprir a sentença ou quando a tutela específica for faticamente impossível” (*loc. cit.*). Este não é o lugar para aprofundar o tema.

global, do equivalente mais perdas e danos. As opções podem envolver *facultas alternativa* do credor, ou direito de resolução, além da prestação *in natura*, que se mantém como objeto da RJO. Mais abaixo será retomada a situação da mora.

Portanto, pode ocorrer que a pretensão principal (= a obrigação principal) ganhe faculdade alternativa, ao mesmo tempo em que começa a se agregar das perdas e danos. Cabe salientar também a possibilidade de *modificações sucessivas*, relacionadas ao inadimplemento: surge o direito de resolução; declara-se a resolução, por ato jurídico unilateral que gera outra modificação ou extinção; exige-se a própria prestação, etc. Vê-se logo que a ideia de *obrigação como processo*, e aquele *fortalecimento da identidade* da relação obrigacional, pela identificação de uma *finalidade*, leva a uma série de consequências na análise das alterações da relação obrigacional. Principalmente: fala-se *menos* em extinção, e *mais* em modificação, com o fortalecimento da identidade.

Para dar outro exemplo disso, dentro do tema ora trabalhado, pode-se ler na obra de Menezes Cordeiro: “perante o moderno Direito das obrigações, não é possível vir afirmar que a resolução destrói retroativamente o contrato, suprimindo todas as obrigações dele derivadas. O vínculo obrigacional é uma realidade complexa”.⁸⁰⁸ Cabe contextualizar o problema. Em Portugal, muitos sustentam a impossibilidade de tutela do interesse positivo em caso de resolução, justamente porque a obrigação e o contrato seriam apagados retroativamente.⁸⁰⁹ Tal seria “uma (infeliz) singularidade nacional”,⁸¹⁰ de Portugal, certamente influenciada pela equiparação entre o regime da resolução e o da invalidade (Código Civil português, arts. 433º e 289º).

Note-se que o problema talvez resulte apenas da ideia de que *interesse positivo* e *negativo* são categorias aptas a abarcar todos os danos. Dizia Karl Larenz que diversas obrigações de indenização, como as referentes aos danos “derivados da mora, ou de uma das denominadas ‘infrações contratuais positivas’ não têm por objeto *nem os danos por incumprimento nem os derivados da confiança*”. Assim: “não se dirigem nem à indenização de um ‘interesse positivo’ nem ‘negativo’, mas à indenização do dano originado precisamente ‘através’ do ato ilícito ou da violação de um dever de diligência contratual”.⁸¹¹

⁸⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IX, p. 163.

⁸⁰⁹ Para síntese da discussão: MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II, cit., p. 274-278, demonstrando que muitos dos juristas mais atuais sustentam a indenizabilidade do interesse positivo, mas descontado o valor da contraprestação recebida ou não realizada; MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 137-140, e o excelente excuro nas pp. 155-164. No Brasil, parece-nos que a maioria defende a escolha entre *três equivalentes*, sempre acrescidos de *perdas e danos*, sendo os equivalentes: a *prestação*, o *equivalente pecuniário*, ou a *contraprestação* em caso de resolução.

⁸¹⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 162.

⁸¹¹ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, cit., I, p. 196.

Assim, aqueles “equivalentes” que referimos (prestação, equivalente pecuniário e contraprestação no caso da resolução), é que diriam respeito ao interesse positivo: as *perdas e danos*, que sempre se agregam, não dizem respeito aos interesses (positivo ou negativo) – seria incorreto tratar essas perdas e danos como “interesses”. Tal indenização diz respeito aos danos causados pelas partes depois de formada a relação obrigacional, e nada tem com aquilo que as partes esperavam no momento da contratação. Portanto, não dizem respeito ao interesse positivo, pois não têm relação com o valor da prestação esperada, nem com o interesse negativo.

Mas ainda resta um problema, abordado pelos lusitanos: como explicar, então, que a resolução seja acompanhada das perdas e danos, já que o direito de crédito e o débito são apagados, *ex tunc*? No Direito brasileiro, o art. 475 é expresso quanto ao cabimento das perdas e danos. Trata-se de equivalente ao art. 1.092, *parágrafo único*, segunda parte, do CC/16. Sobre este, Pontes de Miranda traz lição importantíssima:

No sistema jurídico brasileiro, a resolução por inadimplemento não é apenas apagadora de eficácia. O art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, pôs claro que o figurante lesado pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato “com perdas e danos”. Não é assim no direito austríaco (§ 921), no alemão (§ 325), no escandinavo e noutros. No Código Civil francês, art. 1.184, alínea 2^a, há resolução “avec dommages et intérêts”. No Código Civil argentino (art. 1.203), que somente tem o pacto comissório, e não a cláusula legal, não se fala das perdas e danos. Nem no Código Civil suíço, art. 83. O art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil brasileiro veio do Projeto revisto, art. 1.242. *De lege ferenda*, é a melhor solução técnica. O direito de resolução ou de rescisão fundado no artigo 1.092, parágrafo único, do Código Civil, é *legal*, e não *negocial*.⁸¹²

Portanto, em situação de não realização da prestação, caso se exerça o direito de resolução, surge a pretensão à restituição da prestação recebida, acrescida das perdas e danos.⁸¹³ Talvez aí seja possível considerar que há verdadeira *extinção* do nexo principal *crédito-débito* (“obrigação principal”), sem quebra da identidade da relação obrigacional

⁸¹² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXV, § 3.086, 2, p. 307. Nem comentaremos a péssima redação do Código Civil vigente: “cláusula resolutiva tácita”, que cláusula não é. Apenas há previsão de efeito jurídico (= criação do direito de resolução), relacionado ao fato do inadimplemento nos contratos bilaterais, previsto pela norma (melhor apenas “da resolução por inadimplemento”). A redação talvez seja melhor que a do Código Civil de 1.916, que tratava do tema quanto às *condições*. Resquício disso parece ser o art. 474 ainda falar em se operar “de pleno direito”, expressão mais adequada à *condição* resolutiva, porque o *direito de resolução* depende do exercício pelo seu titular. O art. 474 apenas determina o *exercício judicial* do direito potestativo de resolução, quando não houver cláusula expressa. Sobre isso, cf. MENEZES LEITÃO, **Obrigações**, II, *cit.*, p. 105, nota 228.

⁸¹³ MENEZES LEITÃO fala na instituição de uma “relação de liquidação, através da qual se restituem as prestações já efetuadas” (*op. cit.*, p. 106). MENEZES CORDEIRO ensina que, com a resolução se mantém “uma relação entre os contraentes”, que é composta: “pelos deveres acessórios (de segurança, de lealdade e de informação) que ao caso caibam” e “por um dever de indenizar que compense o credor fiel pelas vantagens que lhe atribuiria o pontual cumprimento do contrato e, ainda, que suprima todos os demais danos” (**Tratado**, IX, *cit.*, p. 139).

complexa. Pontes de Miranda considera a solução do Direito brasileiro, mantida no atual art. 475, a melhor solução técnica, como vimos.

Nos casos de mora, o objeto da relação obrigacional aumenta progressivamente, até que se encerre o *tempo da mora*. O encerramento se dá por duas formas: pela purgação, ou seja, pelo adimplemento da *prestação modificada* (o objeto da obrigação aumentado pelos juros de mora, ou pelo valor das perdas e danos); ou então pelo desaparecimento do interesse do credor, com a consequente transformação em inadimplemento definitivo. Aliás, neste caso é difícil distinguir *modificação do objeto* ou *do conteúdo*: pois o juro é um direito acessório, que se junta ao principal, mas não se confunde com ele. Talvez seja melhor mesmo falar em *alteração do conteúdo* da relação complexa, pelo surgimento de direito *novo*⁸¹⁴ (apenas parece haver alteração do objeto, “da prestação”, quando se procede à soma, que é mais contábil que jurídica⁸¹⁵).

Assim, como o conteúdo da obrigação vai se modificando progressivamente durante o tempo da mora, o credor passa a *poder exigir* (= pretensão) a *prestação modificada*; e o devedor só pode se liberar com o adimplemento desta prestação aumentada, purgando a mora (CC/02, art. 401, I). Nem parece necessário ressaltar que é possível que as partes alterem tais regras por acordo: o credor pode aceitar menos do que o devido, ou outra prestação, enfim, há ampla liberdade das partes na elaboração de negócios jurídicos bilaterais, muitas vezes modificando a relação obrigacional. É de se notar também que a constituição em mora, que dá início às modificações, em geral se dá mesmo pelo *termo*: a própria interpelação, em geral, fixa um *dies*, e acaba apenas servindo como ato inicial para a constituição em mora.⁸¹⁶

No tratamento destas questões específicas, nota-se a insuficiência com que a doutrina tem abordado toda a temática. Seja como for, como o presente trabalho é uma dissertação de mestrado, não podemos pretender resolver questões que não são abordadas mesmo em obras mais detalhadas e aprofundadas. Buscamos, no presente tópico, dar algum desenvolvimento às diversas modificações que podem se relacionar ao não cumprimento das

⁸¹⁴ Temos usado “conteúdo” da relação obrigacional complexa para nos referir aos direitos e deveres que a compõem. Objeto é a prestação prometida. Neste caso, surge direito novo, mas acessório, e que é exigível junto com a prestação (cf. PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIV, p. 21-23, § 2.888, 2 e 3).

⁸¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIV, §2.888, 3, p. 22: “os créditos de juros vão-se acumulando, somam-se, cobram-se em todo; mas cada crédito de juros tem a sua existência à parte, o seu prazo de preclusão (raro) ou de prescrição. [...] Há o crédito principal e os créditos de juros. Soma, se ocorre, é apenas de ordem contabilística; não se fundem os créditos”.

⁸¹⁶ LÔBO parece ter notado este fato, quando diz: “A interpelação é judicial ou extrajudicial, tendo o duplo efeito de *fixar o vencimento* [grifamos] e assegurar a exigibilidade da prestação” (**Obrigações**, *cit.*, p. 237).

obrigações. Já foi grande a dificuldade para encontrar, na doutrina, soluções para os problemas que foram surgindo, e não poderemos ir além disso.

Por fim, cabe fazer breve referência a duas questões: (1) há outros ilícitos relativos, que não se relacionam exatamente ao não cumprimento; (2) há outros “efeitos”, atribuídos aos casos de não cumprimento, que não são propriamente *efeitos jurídicos*. Deixamos de mencionar aqui outros ilícitos relativos que se ligam à *não realização da prestação*, como o ato-fato ilícito relativo, ou o fato *stricto sensu* ilícito relativo.⁸¹⁷ Quanto aos que não se ligam ao descumprimento, já foi referido em outros locais o caso dos direitos expectativos que surgem, por exemplo, em caso de negócio condicional. Nos casos de inexecução de condição inicial, já se cria relação jurídica com direito expectativo e o dever correspondente: e tal direito pode ser violado.

Assim, caso uma das partes procure forçar o implemento da condição, ou evitar a ocorrência da condição-fato, estará violando o direito expectativo, e se submeterá aos efeitos jurídicos de tal ilícito relativo. É o que se extrai do art. 120 do CC/02: a condição se tem por implida (*impleta*) ou não implida (*expleta*), no sentido oposto da malícia da parte. Porém, essa relação jurídica, que ainda não tem direito de crédito e deveres prestacionais, não parece qualificável como relação *obrigacional*. Assim, trata-se de modificação de relação jurídica (ou extinção, em caso de condição resolutiva), mas não de modificação de relação jurídica obrigacional. Por vezes, a questão diz respeito à *formação* da RJO e, por isso mesmo, já foi dito algo sobre o tema quanto às “modificações na formação dos contratos”.

Quanto à questão (2). Muitas vezes a doutrina aponta como “efeitos” da mora ou do inadimplemento a *inversão dos riscos*.⁸¹⁸ Trata-se, realmente, de efeito modificativo? E em que consiste tal modificação? O problema será abordado muito brevemente. Viu-se que efeitos jurídicos são a *criação*, a *modificação*, ou a *extinção* de direitos e deveres, embora tenhamos feito autocrítica quanto à insuficiência de tal tripartição. Assim, a criação do dever de reparar (ou modificação da pretensão principal) é efeito jurídico. Mas a inversão dos riscos (CC/02, arts. 399-400) não parece se encaixar na ideia de efeito jurídico, como se espera demonstrar.

⁸¹⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXII, § 2.719, 2: “estando em mora o devedor, a falta de chuva destruiu ou deteriorou a safra”, quanto ao fato ilícito *stricto sensu* positivo ou negativo, citado na nota 480, *supra*; e tomo XXVI, § 3.104, 2: “Os fatos *stricto sensu* ilícitos e os atos-fatos ilícitos podem ser relativos. A responsabilidade pela perda ou pelo dano causado por força maior ou caso fortuito é pelo fato *stricto sensu* ilícito. Quem responde por ofensa à boa fé ou pela gestão de negócios alheios, contra a vontade presumível do dono, praticou ato-fato ilícito relativo”.

⁸¹⁸ MENEZES LEITÃO, **Obrigações**, II, *cit.*, p. 246, como consequências da mora do devedor: “a) obrigação de indenizar os danos causados ao credor; b) inversão do risco pela perda ou deterioração da coisa devida”. Obrigação de indenizar é efeito jurídico, mas como fica a “inversão do risco”?

Resumidamente, pode-se dizer: 1. Já se viu que, por vezes, fatos jurídicos entram no suporte fático de outros fatos jurídicos; 2. Não há dúvida de que a mora é fato jurídico (ilícito relativo); 3. Além de produzir seus efeitos próprios, este ilícito relativo entra no suporte fático de outra norma, para aumentar a responsabilidade do moroso; 4. Há a norma: *se há mora mais caso fortuito/ então há responsabilidade, dever de reparar os danos do casus*. Como se vê, a mora é *suporte fático parcial* de outra norma (= é elemento do suporte fático de outra norma), mas não é *suficiente* para a incidência desta outra norma. Será necessária a mora *mais* a impossibilitação, para que haja dever de reparar.

Acontece que o *suporte fático parcial* já tem relevância no mundo real: o devedor em mora *sente* que sua responsabilidade aumentou. A *capacidade* também costuma ser suporte fático parcial de diversas outras normas.⁸¹⁹ e igualmente, o sujeito que se torna plenamente capaz *sente* que pode praticar atos jurídicos que não podia (mas é diferente *praticá-los efetivamente*). Rigorosamente, a simples vigência das normas jurídicas já deve alterar o comportamento das pessoas, mesmo que sem chegar a criar deveres. De qualquer forma, parece-nos que a ideia de *suporte fático parcial* deveria receber maior atenção da doutrina, mas é tema que não pode ser desenvolvido aqui.

3.2. Alterações negociais ou convencionais.

Antes de tudo, é certo que são coisas diferentes a alteração *convencional* e a alteração *negocial* (mais ampla), já que convenção pressupõe bilateralidade. Pontes de Miranda insere em sua classificação as *modificações negociais*, enquanto Enneccerus-Lehmann preferem *modificações convencionais*.⁸²⁰ Podem ocorrer modificações por negócio unilateral, ou mesmo por ato jurídico *stricto sensu* unilateral: assim, a expressão mais ampla seria “modificações por ato jurídico”.⁸²¹ A alteração unilateral, porém, é excepcional, enquanto as convenções modificativas são, em regra, possíveis: se as partes podem concordar em criar a relação, podem concordar em modificá-la.

⁸¹⁹ A *capacidade* só pode ser vista como efeito jurídico se há *direito a ser reconhecido como capaz*, que pode ser declarado, etc.; como a *personalidade* e o *direito a ser reconhecido como pessoa*. Normalmente, a capacidade é elemento do suporte fático de negócio jurídico, que diz respeito ao plano da validade.

⁸²⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 65 e ss.; ENNECCERUS-LEHMANN, **Tratado**, *cit.*, tomo 2, vol. 1, p. 218 e ss.

⁸²¹ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 164-165: *reclamativos*, como a interpelação para constituir em mora ou para exercício do direito de escolha; *comunicativos*, como a comunicação de escolha na obrigação alternativa; *enunciativos*, etc. A maior parte deles costuma ser referido como negócio jurídico unilateral, mas cabe ver se as pessoas têm neles alguma liberdade para escolha de categorias eficaciais.

Abordaremos brevemente os casos de modificação por ato unilateral, para logo passar aos *contratos modificativos* (= modificações convencionais) e seu regime. Pontes de Miranda explica que as alterações podem ser feitas através de negócios bi- ou plurilaterais, mas também por “manifestação unilateral de vontade do devedor ou do credor, se oriundo de direito formativo legal ou negocialmente criado (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, III, 118)”.⁸²² Já tratamos dos direitos formativos e das exceções, e seu exercício, que se dá por atos jurídicos unilaterais.

Mas há outros casos: podem ocorrer propostas *internas* à relação, que criam o direito potestativo de aceitar. Também haverá negócio unilateral, inserido na relação jurídica entre as mesmas partes (e que visa modifica-la), sem a antecedência de um direito formativo/potestativo. Também é possível a concessão de benefícios que não exijam aceitação (ou, sendo ela exigida, há alteração pelos efeitos da proposta). Seja como for, é evidente que, em regra, uma parte não pode alterar *unilateralmente* a relação jurídica, senão nestes casos excepcionais em que faz uma proposta, cria benefício, ou exerce direito potestativo. O direito formativo modificativo, como se explicou acima, é justamente a *concessão de um poder para modificar unilateralmente a relação*.

Passemos então às modificações convencionais que, em regra, são permitidas no Direito Privado. É certo que são possíveis as mais diversas modificações: é possível criar novos direitos e deveres na relação (alteração de conteúdo), alterar o tempo ou o lugar do pagamento, como também a forma de pagamento, ou ainda aumentar ou reduzir as prestações (alterações do objeto da relação).⁸²³ Também é possível alterar os sujeitos da relação obrigacional, como se vê nos casos de *transmissão* que, porém, foram analisados em tópico específico.⁸²⁴ “Não se vislumbra nenhuma razão decisiva que impeça que uma relação obrigatória existente possa ser modificada, sem prejuízo de sua identidade, em algum ponto acessório, ou inclusive em um ponto capital, mediante contrato”.⁸²⁵

Pode-se iniciar o tema no direito romano: sabe-se que não eram admitidas as modificações dos sujeitos, mas não seria possível a modificação convencional do objeto da relação obrigacional? Ensinam Enneccerus-Lehmann que “segundo o direito romano, a modificação por contrato de uma relação obrigatória já existente não era possível senão em

⁸²² PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 67; também antes, p. 61.

⁸²³ Cf. *Ibid.*, XXIII, p. 61.

⁸²⁴ GOMES, *Introdução...*, cit. (8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986), p. 294: “a categoria dos *negócios modificativos* constitui-se dos atos destinados a regular preexistente relação jurídica, alterando-a no objeto, no conteúdo ou nos sujeitos”.

⁸²⁵ ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado*, cit., 2, 1, p. 219.

medida muito limitada”.⁸²⁶ Tanto Pontes de Miranda quanto Enneccerus-Lehmann são da mesma opinião: modificar a relação obrigacional “só era possível, em direito romano, sem lhe atingir a identidade, se a alteração concernia à extinção de obrigações secundárias, ou parcial, da relação jurídica”.⁸²⁷

O que se admitia era a “diminuição” (= *detractio*) da relação jurídica, que pudesse se encaixar de alguma forma na ideia de extinção, como “extinção parcial”. Mais abaixo será possível realizar uma classificação preliminar da modificação da relação obrigacional, em que a extinção parcial é vista como modificação *lato sensu*, mas não modificação em sentido estrito. É possível, porém, encontrar *verdadeiras modificações* admitidas no direito romano, que não consistem em extinção parcial. Mas não é o caso de discordar dos juristas referidos acima, porque estes casos de modificação eram associados pelos romanos, por imprecisão, à extinção.

Podemos citar dois exemplos: o das obrigações alternativas e o do *pactum de non petendo* temporário. Em D. 18.5.4, Paulo admitia o acordo para retirar a alternatividade de uma obrigação, tornando seu objeto determinado. Ora, na operação que se chama “concentração”, não há qualquer extinção, mas simplesmente modificação: o objeto deixa de ser “*a* ou *b*”, para ser, por exemplo, “*a*”. Só haveria, aí, extinção de “*b*”, se a obrigação se dirigisse a duas prestações (*a* e *b*). Assim, admite-se modificação que em nada reduz a relação obrigacional, mas por equívoco na concepção de alternatividade.

Disse Paulo: “caso se tenha contratado a compra, por exemplo, de uma toga, ou de um prato [*lancis*], e tenha pactuado o vendedor, que não subsista a compra de uma dessas coisas, opino que se resolve a obrigação [*resolvi obligationem*] somente a respeito desta coisa”.⁸²⁸ Como se vê, o jurista romano enxergou, no caso, extinção parcial da relação obrigacional. Assim, pode-se dizer aqui o mesmo que se disse quanto à transmissão da RJO: culturalmente, os romanos não chegaram a pensar uma *transmissão* lá, como não chegaram a pensar uma *modificação* verdadeira aqui, e isso é o que interessa.

⁸²⁶ ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado*, cit., 2, 1, p. 218.

⁸²⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 65. ENNECCERUS-LEHMANN, *loc. cit.*: “só podia modificar a relação sem prejuízo de sua identidade desde que a modificação pudesse se encaixar no conceito de extinção, isto é, quando se tratasse da extinção das obrigações secundárias ou de uma extinção parcial da relação obrigatória”.

⁸²⁸ No original em latim: “*Si emptio contracta sit, togae puta aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emptio maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine duntaxat*”. Tradução com o auxílio da edição bilíngue (latim-castelhano) de Ildefonso L. García del Corral, de 1889. Quanto à passagem, dizem ENNECCERUS-LEHMANN: “Deste ponto de vista (sem exatidão, em rigor) se incluía também o contrato pelo qual se colocava, no lugar de uma prestação alternativamente devida, só uma das prestações devidas” (*op. cit.*, 2, 1, p. 219, nota 2).

Quanto ao segundo exemplo de modificação “não extintiva” admitida entre os romanos, falou-se no *pactum de non petendo*. Hoje seria possível dizer que este pacto apenas *suspende a ação* (material), sem atingir o direito, ou mesmo a pretensão.⁸²⁹ Mas no imanentismo dos romanos, o *pactum de non petendo* definitivo era um equivalente da remissão: uma “remissão não formal”, segundo Max Kaser.⁸³⁰ No direito clássico, este *pactum* era “o contrato sem formalidades pelo qual o credor renunciava permanente ou transitoriamente ao exercício de seu direito; vê-se, pois, que a remissão simples e o aprazamento apareciam no direito romano como uma instituição única”.⁸³¹

Como se vê, os romanos também admitiam o *pactum* em que se concedia um prazo, o que, nos dias de hoje, poderia ser considerado verdadeiro caso de modificação negocial das relações obrigacionais. “Do *pactum de non petendo* se derivava para o devedor uma exceção (*exceptio pacti conventi*) de caráter dilatório (*exceptio dilatoria*), quando o credor só havia pactuado o aprazamento”.⁸³² Mas como se vê, embora hoje vejamos aí verdadeira modificação, os romanos também associavam este pacto à extinção, vendo-o como uma forma de remissão “temporária” (?).

⁸²⁹ MELLO, **Teoria...** Eficácia (vol. 3), p. 184-185: “No exemplo aqui figurado, em face do *pacto de non petendo*, embora Áulio possa cobrar (exigir) o cumprimento da obrigação a partir do dia 10 de julho, César terá até o dia 15 para efetuar o pagamento sem que aquele (Áulio) possa, durante esse lapso temporal, tomar outra providência qualquer para *impor-lhe* o pagamento. Por quê? Porque nesse meio tempo só existe a *pretensão* (= *exigibilidade* do direito), sem impositividade. A *impositividade* do direito está na *ação*”.

⁸³⁰ KASER, **Direito Privado Romano**, *cit.*, p. 297; também JÖRS-KUNKEL, **Derecho Privado Romano**, *cit.*, p. 283.

⁸³¹ JÖRS-KUNKEL, *loc. cit.* Note-se que, duas notas acima, não concordamos com estes autores: no aprazamento, suspende-se a *pretensão*; no pacto de não pedir, suspende-se a *ação*. É de todo interesse distinguir direito, pretensão e ação: entre os romanos, seria o mesmo *perdoar uma dívida* ou dizer “declaro que não vou cobrá-la judicialmente”. Ora, no primeiro caso, há verdadeira extinção do direito e, por isso mesmo, o pagamento indevido permite o ressarcimento: *aliter*, no segundo caso.

⁸³² JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 283. GAIO demonstrava o funcionamento de tal exceção; citaremos o exemplo em que aparece também a réplica, em GAIO, **Institutas**, IV, 126: “Sucede, por vezes, que uma exceção que, à primeira vista, parecia justa, seja injustamente prejudicial para o autor; quando tal sucede, é necessário recorrer a outro acrescento <na fórmula>, desta vez para proteger os direitos do autor. A esta nova cláusula chama-se ‘réplica’, porque por meio dela se ‘replica’ [note-se: *re-encobre*, a ideia de encobrimento, pois *plica* é a dobra, a cobertura que oculta, como em *ex-plicare*, retirar a *plica*], e se anula o efeito da exceção. Se, por exemplo, eu combinar contigo que não reclamarei <em tribunal> o dinheiro que me estás a dever, e depois fizermos uma combinação de sentido oposto, ou seja, que terei o direito de reclamá-lo, e se eu te puser uma ação <para esse efeito>, tu podes recorrer a uma exceção no sentido de só seres condenado <a pagar-me> SE NÃO TIVESSE SIDO COMBINADO QUE EU NÃO RECLAMARIA <EM TRIBUNAL> ESSE DINHEIRO; ora, esta exceção ‘por pacto estabelecido’ é-me prejudicial, porquanto a <primeira> combinação permanece verdadeira, ainda que posteriormente tivéssemos feito uma combinação de sentido contrário; atendendo, porém, a que seria injusto eu perder o processo em virtude desta exceção, é-me concedido o direito de réplica com alegação da combinação posterior, nestes termos: A MENOS QUE POSTERIORMENTE NÃO TENHA SIDO COMBINADO QUE EU TERIA O DIREITO DE RECLAMAR O DINHEIRO EM CAUSA” (trad. de J. A. Segurado e Campos, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 465-466). Cabe lembrar que nos *bonae fidei iudicia* era “dispensável a inserção da *exceptio*”, e foi na época clássica que se admitiu a execução dos pactos adjetos *posteriores* ao contrato nestes juízos (KASER, **Direito privado...**, *cit.*, p. 297 e p. 201).

Assim, o direito romano *admitiu verdadeiras modificações negociais das obrigações*, que hoje não se poderiam considerar “extinções parciais”. Porém, elas foram admitidas justamente porque os juristas romanos viam estas hipóteses, na época, como casos de extinção parcial. Diante disso, parece-nos ainda correto dizer que os romanos só admitiram modificações negociais de forma muito limitada, quando elas extinguíam parcialmente/diminuíam a obrigação.

Além disso, não era qualquer *diminuição* que se admitia: a redução do preço, por exemplo, só foi possível como novação, e mesmo assim foi ideia que se impôs com grande dificuldade.⁸³³ Quanto à questão do preço, como elemento essencial, muitos sustentaram que este era o critério limitativo de modificações: caso a “modificação” afetasse elementos essenciais, haveria na verdade novação. Tal critério gerou injustiças e foi superado, como se verá a seguir.

Foi no Direito Comum que as modificações negociais foram aceitas com maior amplitude: “a evolução, no direito comum e no contemporâneo, consistiu em se procurar saber qual a linha além da qual a alteração fere a identidade da relação jurídica pessoal”.⁸³⁴ Não se vislumbrou “nenhuma razão decisiva que impeça que uma relação obrigatória existente possa ser modificada, sem prejuízo de sua identidade, em algum ponto acessório, ou inclusive em um ponto capital, mediante contrato”.⁸³⁵

Esta foi a ideia que chegou ao direito contemporâneo. No BGB, o antigo § 305, atual § 311 (depois da reforma), alude ao contrato modificativo, embora de forma muito superficial: “para a constituição de uma obrigação por negócio jurídico, assim como para a *mudança do conteúdo de uma obrigação*, é necessário um contrato entre os interessados...”.⁸³⁶ Em geral, as leis e a doutrina não regulam os contratos modificativos,

⁸³³ PAPINIANO em D. 18.1.72, pr.: “*Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio sursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*”. Traduziu PONTES DE MIRANDA (**Tratado**, XXIII, p. 66): “Paulo observa: se, estando inteiro, se convém, de novo, em aumentar ou diminuir o preço, considera-se que se afastou o primeiro contrato e nova compra intercedeu”. E disse: “não foi fácil implantar-se essa opinião, ainda entre os juristas romanos; porém o direito romano não foi adiante na construção teórica”. Exatamente como ENNECCERUS-LEHMANN, **Tratado**, 2, I, p. 219 (“inclusive entre os próprios juristas romanos, só chegou a se impor gradualmente”) e nota 3: “a isto adere Paulo (superando a Papiniano): L. 72, pr. *in fine*”.

⁸³⁴ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 66.

⁸³⁵ ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, 2, I, p. 219. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 67: “no direito comum e no direito contemporâneo abstraiu-se das chamadas essencialidade e inessencialidade dos pontos do conteúdo. A alteração do preço, que PAPINIANO tinha como dissolvente do contrato anterior, deixou de estar à linha divisória”.

⁸³⁶ Citamos a tradução de Souza Diniz, Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 64, referente ao § 305. Como se alertou no texto, o dispositivo sofreu diversas modificações com a Reforma Alemã do Direito das Obrigações: inseriu-se toda uma nova seção, de forma que a regra passou ao § 311.

apesar do uso frequente dos “aditivos contratuais”. Passamos, assim, a uma brevíssima análise do regime de tais contratos.

De início, saliente-se que, como verdadeiros contratos, submetem-se ao regime dos negócios jurídicos bilaterais em geral, como os que *criam* obrigações (“fontes”). Portanto, cabe referir apenas as peculiaridades dos contratos que visam à modificação das relações obrigacionais. Quanto a eles, há duas questões principais: (1) a da identidade e da interpretação – até que ponto é possível *modificar* negocialmente uma relação obrigacional, sem atingir a sua identidade, pois a partir de um certo momento haverá *extinção* e *criação de outra* relação jurídica; (2) a da forma – quais os casos em que o contrato de alteração deve seguir a forma do contrato que criou a relação. Ainda serão abordadas superficialmente outras questões.

Quanto à *identidade*, ensina Larenz que não há critério rígido, cabendo ao juiz a avaliação de cada caso concreto.⁸³⁷ Especificamente quanto às modificações negociais, disseram Enneccerus-Lehmann que, se há modificação ou extinção, “não se há de julgar, pois, esquematicamente, pela natureza jurídica da cláusula modificada, mas conforme a vontade das partes e a significação econômica da modificação”.⁸³⁸ E, no mesmo sentido, ensina Pontes de Miranda:

Se há apenas *contrato de alteração da dívida* (Schuldabänderungsvertrag), ou se a relação jurídica, que havia, se extinguiu, e outra se estabeleceu, é questão que somente se pode decidir pelo exame da vontade manifestada dos figurantes e a significação econômico-jurídica da alteração (P. Klein, *Verträgliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses*, 9; L. Enneccerus, *Lehrbuch*, II, 147 s.; O. Warneyer, *Kommentar*, I, 533; diferente, P. Oertmann, *Recht des Schuldverhältnisse*, 155).⁸³⁹

Assim, quando se tratar de alteração negocial, deve-se fazer a interpretação do negócio jurídico modificativo, avaliando a vontade das partes, em conjunto com o significado econômico-jurídico da operação. Isso quanto à identidade, porque “por meio do contrato de modificação a relação obrigacional preexistente não se extingue, mas apenas se modifica. As disposições contratuais não modificadas continuam em vigor”.⁸⁴⁰ “A relação obrigatória só é uma relação nova se as partes assim o queriam, ou se se manifesta, do ponto de vista econômico, como relação completamente distinta”.⁸⁴¹

⁸³⁷ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, cit., I, p. 131.

⁸³⁸ ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado...*, cit., 2, 1, p. 220.

⁸³⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 67-68.

⁸⁴⁰ LARENZ, *op. cit.*, I, p. 131.

⁸⁴¹ ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, 2, 1, p. 220, nota 4.

O segundo tópico do regime dos negócios modificativos, que se considerou essencial, é o que diz respeito à forma: em que medida o negócio que altera terá de se submeter às exigências de forma referentes ao negócio principal? Por exemplo: na compra e venda de um imóvel, a alteração do tempo, do lugar, ou da forma de pagamento do preço, precisa ser feita por escritura pública? Esta foi uma das questões abordadas pelos poucos juristas que trataram do tema, como Pontes de Miranda e Enneccerus-Lehmann. Oertmann e Warneyer sustentaram *a priori* a exigência da forma.⁸⁴² Enneccerus afirma que este tipo de posição se deve à confusão de se pensar em “modificação *do contrato*”: se o contrato se fez com forma pública, como modifica-lo com outra forma?⁸⁴³

O Código Civil brasileiro dispensa exigências de forma quanto ao pré-contrato (art. 462), mas não para o distrato (art. 472); não traz regra quanto aos negócios modificativos em geral. Concordamos com Enneccerus-Lehmann: “como regra geral, o contrato de modificação não está sujeito a forma alguma. Nem sequer a disposição de forma relativa ao contrato constitutivo [...] há de se aplicar automaticamente ao contrato que modifique em qualquer aspecto a relação”.⁸⁴⁴

Pontes de Miranda opinava ser necessário avaliar a *ratio legis* da regra jurídica sobre forma.⁸⁴⁵ Assim, se uma modificação referente a um contrato de compra e venda de imóvel diz respeito ao preço, ou à forma do pagamento, não se exigiria a escritura pública; outro seria o caso da “alteração que consiste em substituir ao apartamento 100 do edificio A o terreno da rua b”, ou também “a diminuição ou o aumento da área do terreno vendido”.⁸⁴⁶ Note-se: aumento *ou diminuição*.

Não nos parece correta a posição de Enneccerus de que a exigência de forma se dá quando “modifique e não meramente diminua as obrigações em razão das quais se ditou a disposição que impõe a forma”, e: “tampouco está sujeita a forma a redução de um terreno vendido”.⁸⁴⁷ Parece-nos, enfim, que não se pode aplicar automaticamente a exigência de forma ao contrato modificativo, sendo necessário avaliar a *ratio legis* da regra jurídica que impõe a formalidade, e apenas isso (não cabe a criação de outros critérios). A modificação

⁸⁴² PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXIII, p. 70.

⁸⁴³ ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado...*, *cit.*, 2, 1, p. 221, nota 6.

⁸⁴⁴ ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, p. 220-221.

⁸⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXIII, p. 69.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, XXIII, p. 69-70.

⁸⁴⁷ ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, 2, 1, p. 221 e nota 7. Se a exigência de forma visa dar segurança, evitar fraudes, não nos parece haver razão para dispensar a formalidade em contrato que diminui, por exemplo, as diminuições de um terreno vendido. A dispensa possibilitaria fraudes.

da obrigação de transmitir a propriedade de um imóvel deve atender à exigência de forma, ainda que se trate de uma diminuição.⁸⁴⁸

Além destas questões principais, Enneccerus-Lehmann ainda abordam outros dois tópicos importantes, que cabe mencionar brevemente. O primeiro diz respeito aos limites do *efeito modificativo* convencionado: a modificação tanto pode se limitar ao futuro quanto, “segundo a vontade das partes, transformar de tal sorte a obrigação como se houvesse tido desde o princípio o conteúdo que agora se estipula”.⁸⁴⁹ A segunda questão é o fato de que “a modificação pode se referir a uma relação obrigatória da qual brota uma pluralidade de pretensões, ou limitar-se a uma só pretensão”.⁸⁵⁰ Espera-se que seja já evidente, por tudo o que se expôs acima, que a modificação convencional pode atingir tanto relações jurídicas simples quanto as complexas.

3.2.1. Breves notas sobre a novação.

O tema da *novação*, como se sabe, deve ser estudado dentro da *extinção das obrigações*, e não dentre os casos de modificação.⁸⁵¹ Porém, a novação carrega consigo uma ideia de “modificação fática com extinção jurídica”: sempre esteve na linha divisória entre a modificação e a extinção, como se viu no tópico anterior, acerca das modificações negociais. Assim, cabe pelo menos fazer alguns comentários, ainda que bastante superficiais, sobre a figura.

Os romanos misturavam, de certa forma, a novação com a modificação. Tal confusão acabou chegando ao Direito moderno, como se vê no Código Civil espanhol (art. 1.203: “podem se modificar”, apesar da *extinção* no Cap. IV e no art. 1.156), ou então no argentino (art. 801: “transformação de uma obrigação”). “Para o direito romano, *novatio* era a substituição do direito de crédito por outro, desde que o conteúdo do crédito se transferisse ao novo”.⁸⁵² Falou-se em *transfusio atque translatio* (Sabino, segundo Ulpiano, em D. 46.2.1, pr.). “Na concepção romana, havia certa contradição entre transfusão ou translação

⁸⁴⁸ O critério aumento/ diminuição sempre serviu mais à questão da diferença entre *modificação e extinção*, ou seja, ao problema da identidade que mencionamos acima. Isso porque a grande diferença prática entre a modificação e a novação (=extinção + criação) está na manutenção das garantias. E a diminuição do terreno vendido não prejudica, por exemplo, um eventual fiador, como o aumento prejudicaria. Assim, buscamos distinguir bem as duas questões mais importantes do regime dos “contratos modificativos”: a da identidade (só há modificação quando se mantém a identidade, senão houve extinção), e a da forma.

⁸⁴⁹ ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado...*, cit., 2, 1, p. 222.

⁸⁵⁰ *Loc. cit.*

⁸⁵¹ Sobre a distinção entre *novação e modificação*, cf. BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle Obligationi**. Vol. I. La struttura. Milano: Giuffrè, 1946, p. 230 *et seq.*

⁸⁵² PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXV, p. 67 (§ 3.018, 1).

e extinção”.⁸⁵³ Mas é certo que aparecia obrigação *nova* (daí a palavra novação⁸⁵⁴), e que a anterior se extinguiu.

Não é à toa que a novação é representada como um “precursor” das modificações (pode-se pensar na novação subjetiva como precursor dos casos de transmissão do crédito ou da dívida). Em inúmeras passagens romanas, inclusive nas referidas no tópico anterior, usam-se expressões como “modificação” ou “transmissão”, que não indicam extinção. É evidente que a extinção de uma relação, com imediata criação de outra, ligeiramente diferente, se assemelha à modificação. Há, frequentemente, uma modificação fática que, no Direito, é novação: “se *transfusio* ou *translatio* há, é fora do suporte fático, em dimensão econômica (fática), e somente nela persiste”.⁸⁵⁵

Quanto à novação objetiva, e sua semelhança com as modificações negociais objetivas, acreditamos já ter traçado a linha distintiva (que se fixou no Direito moderno, embora se tenha iniciado no Direito comum). No tópico anterior, falou-se em *identidade e interpretação* como uma das principais questões referentes ao regime dos negócios modificativos. Isso justamente porque é a interpretação, a avaliação da vontade das partes, bem como da operação econômica objetivamente realizada, que dirá se o caso é de *modificação*, ou se há *ruptura* da identidade e, portanto, *novação*.

A principal distinção entre a novação objetiva e a modificação convencional objetiva, na prática, é a manutenção (ou não) das garantias e direitos acessórios.⁸⁵⁶ Isso fica claro pela simples análise dos artigos 364, 366 e 287 do Código Civil vigente. Assim, não seria possível ver nesses casos *sempre modificação*, e não extinção, e apenas *discutir se a modificação se deu com ou sem a manutenção das garantias e acessórios*? No lugar da novação, como “extinção e criação” em ato único, seria possível ver *modificação*, mas sem a manutenção das garantias. Parece-nos não ser esta a solução adequada.

Houve quem buscasse, *de lege ferenda*, acabar com a novação.⁸⁵⁷ Um dos argumentos seria o de que “a cessão de crédito e a assunção de dívida alheia ocuparam o lugar da novação romana, argumento sem valor porque as figuras jurídicas e as respectivas eficácias são diferentes”.⁸⁵⁸ Concordamos com Pontes de Miranda: ainda hoje parece haver

⁸⁵³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, XXV, p. 67 (§ 3.018, 1).

⁸⁵⁴ *Ibid.*, XXV, p. 68 (§ 3.018, 1).

⁸⁵⁵ *Ibid.*, XXV, p. 71 (§ 3.019, 2).

⁸⁵⁶ *Ibid.*, XXV, p. 91 (§ 3.022, 3): “se as garantias reais e a fiança são retiradas, tem-se aí indício de que os figurantes novaram; se permanecem, sem se reputarem já ineficazes, há indício de que os figurantes não novaram”.

⁸⁵⁷ *Cf. Ibid.*, XXV, p. 72 (§ 3.019, 2)

⁸⁵⁸ *Id.*, *loc. cit.*

um *negotium* (a operação fática) que consiste em ato único, com duplo efeito de extinguir e criar.⁸⁵⁹ Por vezes, o homem simplesmente quer organizar sua vida econômica, *consolidando dívidas*, ou então fazer modificação que afeta a identidade da dívida, que tem de ser vista, então, como *outra*.⁸⁶⁰ A novação tem diferenças de regime em relação ao contrato modificativo.⁸⁶¹

Assim, não nos parece que a novação tenha sido “superada”, apesar de muitas vezes trazer consigo algo de fictício: uma modificação fática tomada juridicamente como “extinção e criação”. Certo é, por outro lado, que os romanos muitas vezes tomaram verdadeiras modificações como casos de novação: quanto à novação subjetiva, essa ideia fazia parte da cultura romana, da própria compreensão que se tinha de “obrigação”, que envolvia vínculo pessoal de responsabilidade. Quanto à novação *objetiva*, por vezes, é mais difícil compreender a cultura e o pensamento romanos.

Para dar apenas um exemplo, pense-se na *novatio necessaria* do direito romano, que ocorria com a *litis contestatio*. Ora, a verdadeira novação levaria à extinção da garantia, o que seria absurdo!⁸⁶² E o absurdo foi corrigido pelos romanos: entre a novação voluntária e a necessária “existia uma diferença radical, já que na novação por *litis contestatio* e por *actio iudicati* não desapareciam os direitos acessórios, fiança...”⁸⁶³ Max Kaser entendeu mesmo tratar-se de “comparação não técnica” com a novação.⁸⁶⁴

E algo semelhante chegou aos dias de hoje, igualmente com a correção de consequências que seriam absurdas: diz-se que o inadimplemento *extingue* a obrigação,

⁸⁵⁹ No tópico anterior foram referidas passagens ressaltando a necessidade de se *investigar a vontade das partes*, para ver se não houve, justamente, *vontade de novar*. Nada impede, hoje, que haja verdadeira vontade de novar, ou seja, extinguir e criar, e não apenas modificar.

⁸⁶⁰ Há ruptura da identidade da RJO quando as partes manifestam o desejo de *novar*, e não apenas *modificar*: BARASSI, **La teoria generale...**, *cit.*, vol. I, p. 230; SANTORO-PASSARELLI, **Dottrine...**, *cit.*, p. 80. Na p. 72, Passarelli mostra que o problema da identidade tem valor “não especulativo, mas prático”: ela indica a “compatibilidade da modificação com a continuação da relação existente”.

⁸⁶¹ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXV, p. 85 (§3.020, 3): “enquanto, tratando-se de novação, se obrigação anterior não existia, ou não se produziu por ser nulo o ato jurídico, de que se irradiaria, a obrigação posterior se produz, mas sem o efeito-*plus*, que é efeito novativo, a inexistência da obrigação anterior, ou a nulidade do ato anterior, é óbice ao novo ato jurídico de transformação da obrigação. Enquanto, na novação, incide o art. 1.003 (dispositivo!), o crédito oriundo do contrato de transformação da obrigação mantém os direitos acessórios e garantias do crédito anterior”. E, no mesmo lugar: “O direito contemporâneo distinguiu *a*) a modificação (diminutiva ou aumentativa do crédito), *b*) a transformação do crédito e *c*) a novação. [...] Em *a*) e *b*), a relação jurídica é a mesma, ainda que, se totalmente modificada, haja *b*), isto é, contrato de transformação da obrigação. Na novação, a relação jurídica é outra, como outro o fato jurídico de que se irradia”.

⁸⁶² O caso será elucidado no próximo tópico. Imagine-se que, no Direito Romano, todas as obrigações, para serem perseguidas em um processo, transformavam-se em obrigações *pecuniárias*: e tal “transformação” se dava por uma “novação”. Essa era a *novatio necessaria*. Caso fosse verdadeira novação, as garantias se extinguiriam justamente no momento em que são mais necessárias: quando há inadimplemento.

⁸⁶³ JÖRS-KUNKEL, **Derecho privado...**, *cit.*, p. 286.

⁸⁶⁴ KASER, **Direito privado...**, *cit.*, p. 302, ao final.

criando-se outra, de pagar as *perdas e danos*.⁸⁶⁵ Mas ninguém sustentaria que a garantia se extingue com o inadimplemento, pois ela foi criada precisamente para a hipótese de descumprimento. Com esta breve abordagem da novação, pode-se tentar fornecer *subsídios para uma “história das modificações”*, também sem grandes pretensões. Vistos os principais casos de modificação, podemos pensá-los em sua evolução histórica.

4. Subsídios para uma história das modificações.

Só se poderia pretender escrever uma “história das modificações” em um trabalho específico sobre o tema, e não sem grandes dificuldades. Por isso, procuramos apenas apontar alguns subsídios para uma análise das modificações na história. Dificuldades se apresentam desde o início: por onde começar? Afinal, não há livros voltados ao tema, e já se notou a dificuldade na sistematização dos fatos jurídicos modificativos. Assumimos o Direito romano como ponto de partida. Procederemos da seguinte forma: partindo do direito romano, manteremos o foco nos dois grupos principais de fatos jurídicos modificativos, já analisados.

Das classificações de Enneccerus-Lehmann e Pontes de Miranda, foi possível extrair *três* grandes casos de modificação, sendo que dois se entrecruzam por adotarem critérios diferentes. Trata-se dos casos de *transmissão* e das *modificações negociais*, em que há, note-se, apenas intersecção, e não envolvimento total, pois há transmissão não negocial (adimplemento com sub-rogação legal). O grupo das modificações negociais é mais amplo, por alcançar também modificações *objetivas*, além das subjetivas, mas não chega a alcançar todos os casos de transmissão. Assim, tomando o critério do fato jurídico modificativo, pode-se encontrar dois grupos principais: modificações negociais (subjetivas ou objetivas) e modificações por ilícito relativo.

Cuidaremos principalmente da modificação negocial objetiva, pois há diversas análises históricas dos casos de transmissão das obrigações. Sabe-se que os romanos não admitiram propriamente uma *transmissão* no período clássico, que não a sucessão universal. No Direito justinianeu, possibilitou-se a obtenção de efeito prático muito semelhante, através do *mandatum in rem suam*, com a *denuntiatio* do devedor, e com a concessão da *actio utilis*

⁸⁶⁵ Já referimos AGUIAR DIAS (*Da Responsabilidade Civil...*, cit., vol. I, p. 146) na nota 536, *supra*.

ao terceiro.⁸⁶⁶ Transmissão verdadeira, culturalmente pensada como transmissão, só se construiu no direito comum.⁸⁶⁷

Quanto à própria *ideia de modificação sem ruptura da identidade*, os romanos já possuíam os subsídios filosóficos para pensá-la. Dentre os gregos, Heráclito de Éfeso viu qualquer alteração como criadora de nova identidade, de forma que um homem não poderia se banhar duas vezes no mesmo rio. Mas já o cômico Epikarmos ironizou: se fosse assim, “o devedor poderia recusar-se a adimplir a sua dívida, sob a alegação de que, desde a conclusão do ato jurídico, pelas modificações físicas por que passara, se havia transformado em outra pessoa”.⁸⁶⁸

Os romanos foram longe na admissão de modificações sem a ruptura da identidade, como se vê em trecho já citado de Alfenus, em D. 5.1.76.⁸⁶⁹ Pode ocorrer que todas as partes se alterem, sem a ruptura da identidade do todo, justamente pela prevalência da *ideia* sobre o objeto sensível.⁸⁷⁰ Como, no Direito, tratamos de *realidades ideais* (que estão no mundo das ideias, ou dos pensamentos), como os direitos e deveres, eles são *modificados* ou *transmitidos*, quando culturalmente são pensados como *modificados* ou *transmitidos*. Já citamos o parecer de Enneccerus corroborando essa visão: “apesar do traspasse a um novo credor, o crédito segue sendo o mesmo ou, melhor dito, segue sendo pensado como o mesmo (já que todos os direitos só são coisas pensadas) e, por conseguinte, é tratado como o antigo crédito e não como um novo”.⁸⁷¹

⁸⁶⁶ Cf. a síntese da história das transmissões em MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, p. 11-14; Cf. também PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 247-251.

⁸⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, *loc. cit.*: “A concepção da cessão translativa, com toda a estrutura que hoje tem, posto que se houvessem lançado raízes para isso já no direito romano, só se assentou com o direito comum, por influência do direito germânico”.

⁸⁶⁸ COUTO E SILVA, **A obrigação como processo**, *cit.*, p. 6; a passagem já foi referida na nota 383 do Capítulo Segundo.

⁸⁶⁹ Citado na nota 345 do Capítulo Segundo. Em português, com o auxílio da tradução de Ildefonso García del Corral e de Álvaro D’Ors, ambas já referidas, disse Alfenus: “Respondi que, não só se haviam sido trocados um ou dois dos juízes, mas ainda que houvessem sido trocados todos, tanto o assunto como o juízo seguiam sendo os mesmos, e que, não só neste caso, mas em outros muitos ocorria que ao trocar as partes se considerava que o assunto era o mesmo; pois também se considera que a legião em que morressem muitos legionários e postos outros em seu lugar é a mesma, e entende-se que é hoje o mesmo o povo que existia há cem anos, ainda que agora não viva nenhum dos que o compunham, e também uma nau (*navem*), ainda que houvesse sido reparada tantas vezes que não permanecesse nela nenhuma tábuas das antigas, considera-se que é a mesma de antes. Mas se alguém acreditasse que pela mudança das partes uma coisa se convertia em outra, resultaria por igual razão que nós não fôssemos os mesmos que há um ano porque, como diriam os filósofos, diariamente se separam de nosso corpo algumas das minúsculas partículas de que estamos formados e outras partículas estranhas vêm a ocupar o lugar daquelas”.

⁸⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXII, § 3.684, 6.

⁸⁷¹ ENNECCERUS-LEHMANN, **Derecho de Obligaciones**, *cit.*, II, 1, p. 376, *nota* 5, citado na nota 327, no Capítulo Segundo.

Visto que os romanos possuíam os subsídios filosóficos – sobretudo por influência do idealismo platônico – para *pensar* a modificação sem ruptura da identidade, cabe ver se efetivamente o fizeram, no que diz respeito às relações obrigacionais. Para analisar brevemente a questão, trataremos dos dois grupos mencionados: os ilícitos relativos, sobretudo quanto ao caso do *inadimplemento*, bem como vamos retomar o caso das *modificações negociais*, de que já tratamos no tópico anterior.

Quanto aos ilícitos relativos, os romanos inseriam algumas violações positivas como *delitos*, violações que hoje colocaríamos dentre os casos de “responsabilidade contratual”.⁸⁷² Jörs e Kunkel entendem mesmo que essa era a regra geral, “não existiu o conceito específico de uma responsabilidade contratual; o incumprimento dos deveres que impunham os contratos se estimavam como atos delituosos”.⁸⁷³ Assim, via-se a violação como *fonte* de obrigação, e não como caso de modificação. Ainda hoje há obras que indicam que o inadimplemento é fonte de obrigações: mas já não se pode ignorar que a relação obrigacional complexa continua sendo *a mesma*.

Na indistinção romana entre processo e direito material, encontra-se algo muito interessante para a compreensão das modificações das obrigações: trata-se da ideia de que a *litis contestatio* produzia uma novação, a chamada “*novatio necessaria*”. Acabamos de dar este exemplo no tópico anterior, ao tratar da novação. A grande diferença entre a novação e a modificação é, respectivamente, a extinção ou permanência das garantias e direitos acessórios. No caso da *novatio necessaria*, porém, não se extinguíam tais direitos e garantias.⁸⁷⁴ Também referimos a lição de Max Kaser, de que a *novatio necessaria* não seria novação, mas comparação não técnica com a novação.⁸⁷⁵ Seria modificação?

No Direito romano clássico, só era possível pleitear pagamento em dinheiro: “na via do processo, só eram coercíveis as prestações pecuniárias”.⁸⁷⁶ Gaio deixa isso claro em suas Instituições (4, 48), indicando tratar-se de progresso.⁸⁷⁷ Assim, caso o credor não

⁸⁷² JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado...*, cit., p. 243-244, e nota 3: “se estabeleciam penas em certos casos que, para nós, seriam de responsabilidade contratual, mas que, segundo as concepções daqueles tempos primitivos, eram de caráter delitual”. Como exemplo, pode-se citar o *mentiri* do vendedor (Sentenças de Paulo, 2, 17, 4). Cf. também, sobre a violação de deveres de lealdade e diligência, D. 17.2.52, §11 e 19.2.13, §6, ambas de Ulpiano (citadas por MAX KASER, *Direito privado...*, cit., p. 221).

⁸⁷³ *Loc. cit.*

⁸⁷⁴ Conforme as referências citadas acima: JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁷⁵ Novamente fazemos remissão às referências apontadas acima: KASER, *op. cit.*, p. 302.

⁸⁷⁶ JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 244.

⁸⁷⁷ GAIO, I., IV, 48 (edição citada, p. 433): “Em todas as fórmulas em que se prevê uma condenação, esta é concebida em termos de uma avaliação pecuniária. Quer dizer, quando nós reclamamos uma qualquer coisa corpórea, como um terreno, um escravo, uma peça de roupa, uma certa quantidade de ouro ou de prata, o juiz não condena o réu a restituir a própria coisa àquele que lhe pôs a ação, como era costume fazer antigamente, condena-o, sim, a pagar o valor pecuniário em que a coisa é avaliada”.

recebesse o pagamento no dia marcado, nem o recebesse atrasado (pela emenda da mora), e tivesse de recorrer ao processo, ocorreria uma verdadeira *substituição* da prestação por perdas e danos. Como se vê, os romanos falavam em *novação* nessa hipótese. Por mais que Max Kaser não veja aí verdadeira *novação*, a expressão usada pelos romanos depõe quanto à ideia que se tinha nessa cultura.

Assim, tanto no caso de transmissão das obrigações, quanto no caso dos ilícitos relativos, os romanos pareciam pensar apenas em termos de *extinção* e *criação* de obrigações. Quanto à *novação*, por vezes eram usadas expressões como “modificar”, ou “transmitir” (na *novação* subjetiva), mas tais expressões se pautariam na visão econômica ou fática dos acontecimentos: juridicamente, deixa-se claro que a *novação* *extingue* uma obrigação e cria *outra*, nova. Até é possível encontrar modificações ligadas a tais casos, mas tudo indica que, culturalmente, os romanos não desenvolveram a ideia de que o inadimplemento é um caso de modificação da obrigação.

Quanto à mora, por exemplo, os juros moratórios eram vistos como obrigações acessórias *criadas* pelo inadimplemento: novamente, há mais *criação/extinção* do que *modificação*, ainda que nos *iudicia bonae fidei* tudo se exigisse na mesma ação.⁸⁷⁸ Veremos que “a concepção da relação jurídica como totalidade é relativamente recente. A ela aludiu Savigny, ao definir a relação jurídica como um organismo”.⁸⁷⁹ Isso é importantíssimo, pois não seria possível aos romanos colocar os problemas da forma como temos colocado no presente trabalho. Mas antes de passar às conclusões, cabe retomar o outro grupo de modificações, o das *modificações negociais*.

Viu-se no tópico sobre o tema que os romanos admitiam apenas *diminuições* convencionais, que se encaixassem na ideia de extinção parcial. Como se salientou no parágrafo anterior, vê-se a *extinção* da parte, mais do que a *modificação* do todo. Vimos duas exceções, em que há verdadeiras modificações convencionais: o caso do *pactum de non petendo* e o da convenção para a determinação do objeto das obrigações alternativas. Mas concluímos também que nas duas situações os romanos viram, embora sem precisão, extinção (extinção “temporária” no primeiro caso, e de deveres que nunca existiram, no segundo). Caso fôssemos tratar de outro “grupo de modificações”, o das exceções e direitos

⁸⁷⁸ JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado...*, cit., p. 265; KASER, *Direito privado...*, cit., p. 222: “nas dívidas de dinheiro os frutos são substituídos por juros de mora como indenização global”.

⁸⁷⁹ COUTO E SILVA, *A obrigação...*, cit., p. 6.

potestativos, poderíamos encontrar hipóteses de modificação. A escolha nas obrigações alternativas já pertencia, em regra, ao devedor.⁸⁸⁰

Resumidamente, a conclusão a que chegamos é a seguinte: é possível olhar com a mentalidade de hoje para o direito romano e encontrar modificações nas obrigações. Porém, tal modo de proceder é criticável por diversas razões: 1) em primeiro lugar, deve-se analisar como os romanos pensavam os direitos e deveres, pois o Direito é uma ciência cultural; 2) vimos que os romanos, em regra, representavam as obrigações em termos de *criação-extinção*, o que se refletiu nos dois grupos de modificações analisados; 2.1) nos casos de inadimplemento, a *litis contestatio* implicava a *novatio necessaria*, de modo que a “transformação” da obrigação em perdas e danos, era vista em termos de *extinção-criação*, e o nascimento dos juros de mora era igualmente visto como *criação de direito acessório*; 2.2) quanto às modificações negociais, só eram admitidas extinções parciais.

E principalmente: 3) os romanos eram essencialmente práticos, avessos à abstração das construções teóricas. O direito era arte, *ars boni et aequi* (D. 1.1.1), essencialmente prática e não especulativa.⁸⁸¹ Assim, no presente trabalho assumimos postura que é quase que incompatível com o espírito romano. Além disso, os romanos focavam de tal forma as obrigações simples, vendo-as com uma autonomia tal, que mesmo nas obrigações recíprocas eram concedidas *duas ações*: havia a *actio empti* e a *actio venditio* (compra e venda); a *actio locatio* e a *actio conducto* (locação).

Não foi à toa, portanto, que mesmo Savigny só falou em *criação e extinção* de obrigações, ainda que já começasse a pensar as relações jurídicas como totalidade. Entre os romanos, pensava-se sobretudo na criação ou na extinção das obrigações *simples*. É por tudo isso que o nosso trabalho só pode ser pensado dentre os pandectistas, ou no pós-pandectismo, sobretudo depois de Heinrich Siber (1870-1951). Portanto, o tema em análise, na forma como vem sendo tratado, tem origens nos séculos XVIII e XIX, mas ganhou desenvolvimento mais efetivo na primeira metade do séc. XX, quando se começou a tratar a relação obrigacional como totalidade dinâmica. A ótica é recente, embora sejam antigos os casos de inadimplemento e de modificação negocial.

⁸⁸⁰ JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado...*, cit., p. 241; KASER, *Direito privado...*, cit., p. 206. A expressão *perpetuatio obligationis* talvez possa ser vista como indicativa de *modificação*. Mas já dissemos entender que, atualmente, o aumento da responsabilidade do credor ou do devedor em mora não devem ser vistos como casos de modificação da relação jurídica obrigacional, mas apenas como *suporte fático parcial* da norma sobre responsabilidade. A *mora* (o tempo da mora) se aproxima, assim, dos *estados*.

⁸⁸¹ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Trad. de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1991, *passim*. O autor frisa, porém, o *outro lado*, o fato de que o direito romano foi essencial para a teorização posterior.

Assim, em busca de subsídios para uma “história das modificações”, parece-nos que *a)* rigorosamente, as obrigações sempre foram atingidas por *vicissitudes* durante a sua “vida”; *b)* as modificações negociais (e transmissões) foram verdadeiramente aceitas apenas no direito comum, exceto “modificações *lato sensu*”, como a extinção parcial; *c)* quanto às modificações por ilícito relativo, ainda hoje há quem pense em termos de *extinção-criação*, embora sem sustentar as consequências absurdas de tal afirmação;⁸⁸² *c)* uma análise como a do presente trabalho só é possível com uma visão totalizante e dinâmica da RJO. Portanto, uma história das modificações nos moldes do presente trabalho seria bastante curta, pois se inicia em período recente de nossa história jurídica.

5. As modificações da relação jurídica obrigacional: sistematização.

Analizados os casos de modificação mencionados pelos juristas que foram tomados como referência, pode-se agora buscar classificações próprias, que sejam julgadas úteis. Até aqui, foram mencionados os seguintes casos: *a)* quanto ao fato jurídico modificativo: *alterações negociais* e *alterações por ilícito relativo*; *b)* outros casos apontados com frequência: *modificações subjetivas*, não necessariamente por negócio jurídico e nem sempre pela *transmissão*; *alteração das circunstâncias*; e ainda *c)* *modificações relacionadas às exceções e aos direitos potestativos*.

Ficaram de fora os casos de *extinção parcial*, como: (1) as situações de deterioração, ou de impossibilidade parcial em geral, quando o credor ainda tem interesse na prestação; (2) casos ligados ao adimplemento, como (2.1) o pagamento parcial, aceito pelo credor; (2.2) o adimplemento com a manutenção de deveres laterais de conduta, ligado à responsabilidade pós-contratual; (2.3) o adimplemento nas obrigações duradouras. As extinções parciais poderiam ser consideradas “modificações extintivas”; como as criações parciais, “modificações criativas”. Para tais situações, cabe fornecer classificação preliminar, no sentido de fixar *o que é modificação em sentido estrito*.

5.1. Classificações preliminares.

⁸⁸² Extinta a obrigação principal, extingue-se a garantia: o inadimplemento extinguiria a garantia (?).

Preliminarmente, cabe distinguir as modificações *lato sensu* e *stricto sensu*. Tome-se o exemplo da impossibilidade parcial não culposa, ou do adimplemento parcial. Focando o fato jurídico, vê-se que nos seus efeitos há extinção (parcial); caso o olhar se dirija à RJO complexa, porém, há modificação. Talvez, modificação extintiva, pois a modificação é uma *redução* de conteúdo. Assim temos dois sentidos de modificação: *a)* modificação *lato sensu* é todo o efeito jurídico que não corresponde à *criação*, nem à *extinção* total, de uma relação complexa. Os casos de extinção parcial, embora sejam modificações em sentido amplo, devem ser tratados junto dos casos de extinção da RJO.

b) Modificação em sentido estrito é aquela que se dá por um fato jurídico modificativo, ou seja, o caso em que, considerando-se um determinado fato jurídico e vendo apenas os *seus efeitos*, o que se vê é *modificação* da relação obrigacional complexa. A definição aqui se torna muito mais difícil: pode haver criação de direitos ou extinção de direitos, desde que não seja *o direito de crédito principal*. Por exemplo, quando se cria ou se extingue direito potestativo, ou direito acessório. Parece-nos que nessas situações haverá verdadeira *modificação de conteúdo*: aumenta ou diminui o conteúdo da relação obrigacional. Portanto, a distinção deve ser tomada com cautelas.

É possível diferenciar a *criação, modificação ou extinção* de relação jurídica *simples* e de relação *complexa*. A extinção de relação jurídica simples, tanto pode ser *extinção* quanto *modificação* da complexa. Em geral, pelo critério exposto acima, não será modificação em sentido estrito, mas extinção. O efeito jurídico que consiste em *apenas modificar relação jurídica simples*, por outro lado, será sempre modificação em sentido estrito. Há modificações construtivas, como aquela que ocorre com o surgimento de um direito potestativo na relação jurídica, ou com o nascimento do crédito de juro; e as destrutivas, quando se extingue um direito da relação jurídica complexa. Nestes casos há, respectivamente, criação e extinção de relações jurídicas simples.

Se a toda a posição ativa corresponde uma posição passiva, e chamamos esse nexo de *relação jurídica*, qualquer extinção de direito ou de dever (ou sujeição) será extinção de relação jurídica simples. Espera-se ter demonstrado que sempre houve, em nossa história, um predomínio da análise das relações jurídicas simples. Assim, sempre se viu, naturalmente, *mais criação e extinção* do que *modificação*. Não é à toa que o tema ainda é pouco trabalhado na doutrina. Há casos, porém, em que a relação jurídica costuma ser analisada como um todo, como no caso das *obrigações recíprocas*.

Sob o nome de “contratos sinalagmáticos”, “contratos bilaterais”, “prestações recíprocas” ou “obrigações correspectivas”, sempre foi necessário reconhecer a

complexidade. Mas, mesmo aí, como na relação obrigacional criada por um contrato de compra e venda, fala-se normalmente em *extinção da obrigação*, quando uma das prestações é realizada. Como se vê, também aí se prioriza, de alguma forma, a relação obrigacional simples. No presente trabalho há uma proposta de analisar as relações obrigacionais *como um todo*, o que nos leva a ver no caso *modificação*, ainda que *lato sensu*: realizada uma das prestações, as partes continuam *ligadas (ob-ligatio)*, vinculadas.

Parece justificável que se fale em *modificação* quanto ao adimplemento das obrigações recíprocas. Basta pensar que, caso a contraprestação não seja realizada, aquele que já adimpliu poderá pedir a resolução do contrato, para receber novamente a prestação que realizou. Também a exceção de contrato não cumprido só pode ser compreendida dentro da relação obrigacional complexa. Enfim, parece-nos perfeitamente adequada, ainda hoje, a lição de Savigny, que agora citamos pela última vez: qualquer juízo acerca de um singular direito só é verdadeiro e preciso quando pautado na compreensão completa da relação jurídica.⁸⁸³ Daí a necessidade de reconhecer as modificações *lato sensu*, além daquelas modificações em sentido estrito.

A simples modificação destrutiva, porém, é muito diferente do caso de *extinção quase total, em que sobra apenas um “resquício” da relação jurídica*. Exemplos de extinção quase total são o adimplemento, com a manutenção de deveres laterais de conduta,⁸⁸⁴ que fundamentam eventual responsabilidade pós-contratual; ou também o caso das exceções peremptórias, como a prescrição. A prescrição corta/mutila a ação material e a pretensão, mas restam direito e dever, como nos casos de obrigação natural. Por isso mesmo pode haver *pagamento*, que é satisfação de dever.

Oposta uma exceção peremptória, o nexó *direito-dever* permanece no mundo jurídico. Difícil é dizer *até quando*: afinal, este *resquício* de relação jurídica vai permanecer no mundo jurídico indefinidamente? Parece-nos que terão permanência enquanto a tiverem no mundo dos pensamentos, na memória, o que tem mesmo correspondência com o que ocorre. Como se vê, há casos de modificação quase extintiva, ou de extinção quase total, que talvez devam ser analisados em conjunto com os casos de extinção. Também os casos de adimplemento devem ser analisados quanto à extinção das relações obrigacionais, por mais que possa permanecer algo da relação no mundo jurídico.

⁸⁸³ SAVIGNY, *Sistema del diritto...*, cit., 1886, vol. 1, p. 36: “ogni singolo diritto rappresenta soltanto una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto; cosicchè il giudizio stesso circa il singolo diritto non può essere vero e ragionevole, se non quando si basa sulla comprensione completa del rapporto giuridico”.

⁸⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., IX, p. 60.

Talvez, na divisão das matérias, o mais adequado seja mesmo olhar para o dever prestacional principal – como, aliás, a doutrina costuma proceder. Deixamos, porém, a questão em aberto. Em certos casos não será adequado utilizar as classificações aqui expostas de forma rígida. A extinção de um direito potestativo, por seu exaurimento, pode significar tanto criação (exercício do direito de aceitar, pelo negócio unilateral de aceitação); quanto modificação (exercício do direito de escolha); ou, evidentemente, extinção (direito de resolução, com as ressalvas feitas no local adequado, pois pode surgir dever de restituir, etc.). Afinal, em uma ciência cultural, como o Direito, não são muitas as regras exatas e as divisões rígidas.

5.2. Segundo o fato jurídico modificativo.

O item “3”, *supra*, já foi integralmente dedicado à classificação das modificações segundo o fato jurídico modificativo. Este critério tem o mesmo problema das “fontes” das relações obrigacionais: assim, ao mesmo problema daremos a mesma solução. Quanto às “fontes”, citamos a lição de Menezes Leitão de que a dificuldade de elaboração de uma classificação de fontes das obrigações decorre de que a “unificação não tem por base uma proximidade entre os fatos jurídicos, mas antes uma semelhança de efeitos: a constituição de um vínculo obrigacional”;⁸⁸⁵ no presente caso, igualmente, a unificação tem por base um efeito, a *modificação da relação jurídica obrigacional*.

Ao tratar das fontes, foi necessário reconhecer que *fontes são os fatos jurídicos*, das mais diferentes espécies: só nos restou arrolar *os principais casos*. Assim, faz-se o mesmo aqui. Há dois casos principais de fato jurídico modificativo – (1) Modificações negociais; (2) Modificações por ilícito relativo. Dentre as modificações negociais, há negócios bilaterais, como no caso da cessão de crédito, ou do “aditivo contratual”, e também negócios unilaterais, como no exercício de um direito potestativo. As modificações negociais mais frequentes são as *convencionais*, as que se dão por negócio jurídico bilateral. A expressão mais ampla seria *modificações por ato jurídico*, pois há modificação por atos *stricto sensu* ou negócios, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.

Dentre as modificações perpetradas por ilícitos relativos, pode-se citar o inadimplemento, a mora, ou mesmo a violação de direito expectativo, como no caso em que se força a ocorrência da condição (e ela se tem por não ocorrida). Se bem que neste último

⁸⁸⁵ Passagem já referida em MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., I, p. 161-162.

caso é de se questionar se aquela relação jurídica *sem o direito à prestação* é “obrigacional”. Parece que neste caso já usamos a expressão mais ampla possível: envolve qualquer violação a direito que se insere na relação jurídica obrigacional, já que apenas direitos relativos podem surgir em tais relações jurídicas. Quase sempre o ilícito relativo se relaciona ao inadimplemento.

Mas não se pode negar que as modificações podem ser perpetradas pelos mais diversos fatos jurídicos:

- (1) por fato jurídico *stricto sensu*, no conhecido caso da alteração das circunstâncias, ou se a caducidade extingue um direito na relação obrigacional complexa, ou ainda em casos de impossibilidade parcial não culposa, que não gera apenas extinção parcial, pois faz surgir *facultas alternativa* para o credor (art. 235), entre outros casos;
- (2) por ato-fato jurídico, com o surgimento da exceção de prescrição (*tempo + inação*), ou então em caso de pagamento com sub-rogação legal, caso de transmissão ou modificação subjetiva;
- (3) por ato jurídico *stricto sensu*: acabamos falando em “modificações negociais” seguindo o rol de alterações de Pontes de Miranda, e seguimos outros doutrinadores para falar em “exercício negocial” dos direitos potestativos. Mas parece que muitas vezes eles se exercem por ato jurídico *stricto sensu*. Segundo Marcos Bernardes de Mello, a escolha nas obrigações alternativas seria ato jurídico em sentido estrito, como também: a interpelação para constituir em mora, a permissão para sublocar, etc.⁸⁸⁶ Pontes de Miranda cita como direitos formativos modificativos, além do direito de escolha: constituição em mora de devedor; constituição em mora de credor; direito de substituição de terceiro; direito de estabelecer prazo para a prestação.⁸⁸⁷
- (4) Quanto aos ilícitos relativos, também podem ocorrer atos-fatos ilícitos, ou fatos *stricto sensu* ilícitos,⁸⁸⁸ que não mencionamos acima: como se, durante o tempo da mora, ocorre caso fortuito, e o objeto da prestação é destruído (o que só se pode admitir com visão objetiva da ilicitude, como a aqui adotada).

Logo se vê a pluralidade de fatos jurídicos modificativos da relação jurídica obrigacional. A situação acaba fazendo lembrar, mesmo, o caso das fontes: quanto aos fatos

⁸⁸⁶ MELLO, **Teoria...** Existência (vol. 1), p. 164-165 (§ 44).

⁸⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, V, § 584, 2 (quadro ao final), 2013, p. 377.

⁸⁸⁸ “Os fatos *stricto sensu* ilícitos e os atos-fatos ilícitos podem ser relativos. A responsabilidade pela perda ou pelo dano causado por força maior ou caso fortuito é pelo fato *stricto sensu* ilícito. Quem responde por ofensa à boa fé ou pela gestão de negócios alheios, contra a vontade presumível do dono, praticou ato-fato ilícito relativo” (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, XXVI, § 3.104, 2, p. 20).

jurídicos *criadores*, como quanto aos *modificativos*, só nos resta arrolar os casos mais frequentes e ilustrativos. Há, porém, algumas espécies de fato jurídico que não podem gerar modificações na relação obrigacional, como os ilícitos absolutos, que são criadores de relação jurídica obrigacional. Quanto aos fatos jurídicos lícitos, não parece haver restrição: há modificações por fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico *lato sensu* e ato-fato jurídico, como se viu.

5.3. Segundo o elemento da relação obrigacional atingido.

Quanto ao elemento atingido, já se mencionou a dualidade, recorrente na doutrina: “modificação objetiva e subjetiva”. As modificações objetivas são as que atingem a *prestação devida* e suas determinações; as subjetivas envolvem a transmissão, mas também outros casos (ex. assunção cumulativa). Pode-se falar em modificações atinentes ao vínculo, como se verá a seguir, mas, de um modo geral, evitamos fazer aquela clássica distinção de “elementos da relação jurídica”, incluindo o vínculo e a garantia. Isso porque, considerando os direitos e deveres como *conteúdo*, fica difícil distingui-los do vínculo: os direitos e deveres dão a medida do vínculo entre as partes. Também já se disse algo sobre o “elemento garantia”, no local adequado do Capítulo Segundo, *supra*.

A principal distinção que fizemos, que tem de ser retomada no presente tópico, é aquela entre *conteúdo e objeto*. Os direitos e deveres compõem o conteúdo da RJO; o objeto é a *promessa de prestação*, ou seja, as *determinações acerca da prestação*. A modificação referente ao tempo, lugar, ou forma do cumprimento, é modificação *objetiva*. O surgimento de um direito potestativo, ou de um dever acessório, ou a extinção de um deles, são modificações *de conteúdo* da relação complexa. Também o exercício das exceções talvez atingisse o *conteúdo*: mas a pretensão não é verdadeiramente extinta. O mais preciso parece ser dizer-se que *o vínculo enfraquece*.

Como se adiantou, a descrição de “elementos” da relação jurídica se liga à teoria adotada acerca da estrutura da RJO (pense-se no elemento *garantia*). Mas seria possível ligar o “elemento vínculo” ao que chamamos de conteúdo: o vínculo se fortalece, quando surge a pretensão; e se enfraquece, quando se exerce exceção. Mais do que isso, a alusão ao vínculo seria positiva por permitir a afirmação de que *o nascimento da exceção, por si só, já implica enfraquecimento do vínculo*.

Quando se fala apenas em conteúdo, tem-se de reconhecer que o nascimento de exceção, ou de um direito de resolução, é *aumento do conteúdo*, embora seja aumento que

se destina à diminuição. A oposição efetiva da exceção não chega sequer a extinguir a pretensão. Assim, parece útil a alusão ao *vínculo*, que se enfraquece quando surgirem elementos destrutivos: o direito de resolução ou resilição, ou então alguma exceção.

5.4. Segundo a conduta das partes.

Quanto à conduta das partes, pode-se repartir os casos de modificação da relação jurídica obrigacional segundo: *atitude do credor*, *atitude do devedor*, *atitude conjunta de ambos*, ou *alterações sem participação das partes*. A classificação tem seus méritos, como se espera demonstrar. Note-se que, caso haja ato conjunto do credor com terceiro, o caso é de *atitude do credor*; se do devedor com terceiro, há *atitude do devedor*. O critério é este: se há atitude do credor, do devedor, *de nenhuma das partes*, ou de ambos. A modificação por ato de terceiro ou fato natural não envolve ato de nenhuma das partes.

(1) Modificações relacionadas a atitude do credor. Modificações *negociais*, por apenas uma das partes, só são possíveis em caso de direito potestativo ou para beneficiar a outra parte, como se viu. Já se adiantou que a expressão mais abrangente seria “modificação por ato jurídico”. Também ligada à atitude do credor, aparece a exceção de prescrição: se a prescrição é ato-fato jurídico que, portanto, envolve a conduta (inércia) do credor, então é alteração relacionada a uma atitude do credor (a inércia do credor por longo tempo confere a exceção ao devedor). Quanto aos casos de transmissão, a cessão de créditos depende exclusivamente do credor (e de um terceiro, mas a classificação diz respeito à conduta *das partes*). Também inserimos aqui a sub-rogação negocial por ato do credor, que consideramos caso de cessão de crédito (arts. 347 e 348). Ainda, a assunção externa/unifigurativa de dívida envolve apenas conduta do credor: o essencial da assunção de dívida é mesmo a participação do credor, não a do devedor (na interna/bifigurativa, e na cessão da posição em negócio jurídico, ambos participam, ainda que uma das manifestações diga respeito apenas ao plano da eficácia). Quanto às modificações por ilícito relativo, também podem envolver atitude do credor, desde que se sabe que *o credor não tem apenas direitos*: pode haver mora do credor, que acabamos por considerar ato ilícito (contra doutrina majoritária), por haver violação do dever de cooperação; e pode haver violação dos demais deveres laterais de conduta, de direitos acessórios, ou ainda direito expectativo (como forçar ou evitar a ocorrência da condição, mas, em regra, nesses casos ainda não se formou uma relação jurídica obrigacional, sendo o direito de crédito *expectado*).

(2) Modificações relacionadas a atitude do devedor. O que se disse acima, quanto às modificações por ato unilateral, também se aplica aqui. Quanto às exceções, aqui entra o *exercício* delas (o efeito de *criar a exceção* pode se ligar à conduta do credor, como se viu quanto à exceção de prescrição): embora a exceção de contrato não cumprido se insira em relações jurídicas sinalagmáticas, ela se relaciona sempre a um *devedor*, opondo-se a uma pretensão.⁸⁸⁹ O devedor opõe a exceção ao credor, ainda que ambos sejam credores e devedores um do outro. Relacionam-se à atitude do devedor as principais modificações por ilícito relativo: inadimplemento definitivo, mora do devedor, impossibilidade culposa, casos de adimplemento imperfeito, ou de violação de deveres laterais de conduta em geral. Quanto às transmissões, só excepcionalmente podem ser perpetradas por atitude isolada do devedor, sem a participação do credor: por exemplo, em caso de sub-rogação negocial por empréstimo ao devedor, ou por ato do devedor (art. 347, II). Sobre isso, pode-se conferir o que se disse no tópico 2.2 deste Capítulo Terceiro, acima.

(3) Modificações relacionadas a atitudes das duas partes em conjunto. Aqui têm maior força as modificações negociais, pois se as partes criaram a relação por sua autonomia, podem igualmente modifica-la. Tratou-se do tema quanto às modificações convencionais (item 3.2, *supra*). As modificações por ato conjunto das partes podem ser de ordem muito diversa: podem criar direito potestativo a uma das partes; modificar o conteúdo ou o objeto da relação jurídica, em seus diversos aspectos (tempo da prestação, local, etc.), até o ponto de romper a identidade – a partir daí, apenas deixa de haver *modificação*, pois há extinção, como nos casos de novação, mas não há vedação (afinal, as partes podem fazer o distrato). Incluem-se aqui casos de transmissão: a cessão da posição contratual e a assunção *interna/bifigurativa* de dívida, casos em que tanto o credor quanto o devedor devem se manifestar. Parece-nos que não há ilícito relativo que possa ser realizado pelas partes em conjunto.

(4) Modificações que não envolvem qualquer atitude do credor ou do devedor. A impossibilidade parcial parece, a princípio, “modificação extintiva” e, assim, apenas modificação *lato sensu*. Porém, como se viu, estes casos não levam à simples extinção parcial (ou total – o credor não é obrigado a aceitar prestação diferente da devida) da relação obrigacional: em caso de deterioração,⁸⁹⁰ reduz-se a contraprestação, mas também se confere ao credor o direito de resolução, além das perdas e danos em caso de culpa (arts. 235-236).

⁸⁸⁹ Em regra, note-se: por vezes é possível opor exceção antes do surgimento de pretensão e, assim, ela se opõe a direito (Cf. PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, VI, § 628, I, “b”: a exceção de contrato não cumprido é o grande exemplo de exceção que pode se opor a direito, antes de nascer pretensão).

⁸⁹⁰ Cf., *supra*, nota 789, quanto ao aumento da coisa.

Quanto aos fatos jurídicos *stricto sensu*, já se mencionou o caso em que há *ilicitude*, da impossibilitação durante a mora: parece-nos que, em classificação “segundo a atitude das partes”, o mais correto seria inserir o caso no grupo que envolve atitude do devedor, pois a mora do devedor está no suporte fático (aliás, talvez fosse o caso de ver aqui *transsubjetividade*, pois a norma não se contenta com a objetividade do fato, aludindo a algo de subjetivo, como no art. 936, quanto aos ilícitos absolutos).⁸⁹¹ Pode ocorrer alteração das circunstâncias, que envolve *modificações sucessivas*. Note-se: do simples fato (*stricto sensu*) da alteração das circunstâncias, não ocorre redução *ipso iure* de prestação (arts. 317, e 478-480). Mas o simples surgimento do direito de resolução já é modificação de conteúdo (aumenta o conteúdo; enfraquece-se o vínculo, pois o poder que nasceu é destrutivo). Quanto às transmissões, parece possível incluir aqui a *sub-rogação legal* (art. 346). Parece possível também uma modificação negocial, feita unilateralmente por um terceiro: na assunção cumulativa de dívidas, unificativa, em que um terceiro assume a dívida unilateralmente, perante o credor.⁸⁹²

⁸⁹¹ Falou-se sobre o tema no Capítulo Primeiro, *supra*, quanto aos fatos jurídicos ilícitos. Mas há o ato ilícito da mora e, posteriormente, o fato da impossibilitação. Pontes de Miranda qualificou a situação, como vimos, como caso de fato jurídico *stricto sensu* ilícito, mas é situação bastante complexa.

⁸⁹² PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, XXIII, p. 390-391.

CONCLUSÕES FINAIS

1. Na estruturação do Direito das Obrigações, a maior parte das obras doutrinárias traz, em linhas gerais, uma divisão tríplice: fontes das obrigações; transmissão das obrigações; extinção das obrigações – e, é claro, diversas outras divisões, como modalidades, inadimplemento, etc. As três divisões mencionadas acompanham os “três efeitos jurídicos”: criação, modificação e extinção de relação jurídica.

1.1. O segundo efeito (modificativo) se encontra, em tal sistemática, nitidamente atrofiado: há diversos casos de modificação da relação jurídica obrigacional, para além dos “casos de transmissão”. Houve quem apontasse “modificações objetivas” e “subjetivas”, quase sempre mencionando apenas *modificações negociais*, e ainda assim apenas excepcionalmente. Assim, citam-se modificações negociais que atingem os sujeitos ou o objeto. A grande maioria, porém, parece sequer falar em “modificações”.

1.2. Nota-se, assim, uma insuficiência na análise das modificações da relação jurídica obrigacional, que vai de seus pressupostos teóricos até a análise das espécies. Tal insuficiência, porém, traz mais consequências teóricas, lógicas e didáticas do que práticas: como se viu, fazem-se, por vezes, afirmações absurdas, mas com a evitação das nefastas consequências práticas que produziriam.

1.3. Por exemplo, na ideia de que o “inadimplemento” é “fonte” das obrigações: ninguém sustentaria que as garantias se extinguem sempre que ocorre o inadimplemento. Já no Direito Romano a *novatio necessaria*, a despeito do nome “novação”, ocorria com a manutenção das garantias: a prestação apenas se tornava *pecuniária*.

2. Em duas obras, porém, foi possível encontrar desde logo classificações mais abrangentes das modificações. Trata-se das obras dos alemães Enneccerus-Lehmann, e do brasileiro Pontes de Miranda. Aqueles, dividem as “modificações das obrigações” em *modificação convencional, contravenção ao direito de crédito, reclamação judicial e mora do credor*; este divide as “alterações sem quebra da identidade” da relação obrigacional em *alterações negociais, dolo e culpa, força maior e caso fortuito, impossibilidade do adimplemento, e mora, do devedor e do credor*.

2.1. Em título separado, Pontes de Miranda ainda regula a “mudança dos sujeitos” na relação obrigacional. Isso, evidentemente, por utilizar critério distinto: as mudanças de sujeito são quase sempre *alterações negociais* (apenas na sub-rogação legal nos parece haver transmissão por ato-fato jurídico).

2.2. Como se vê, nas duas obras o critério eleito foi o do *fato jurídico modificativo*. Mas julgamos possível reduzir os casos arrolados pelos dois juristas a dois grupos principais: (A) modificações negociais; (B) modificações por ilícito relativo.

2.3. Quanto ao primeiro grupo, a expressão mais ampla seria “modificações por ato jurídico”, pois pode ocorrer alteração por ato jurídico *stricto sensu*, não só por negócio jurídico. Os juristas alemães preferiram falar em “convencionais”, aludindo apenas aos negócios bilaterais. A ciência recomendaria dizer-se “ato jurídico”, enquanto “alteração convencional” parece ter maior base cultural: são os casos mais frequentes, e a expressão é prontamente compreendida. Optamos, aqui, por dizer *modificações negociais*, no ponto médio entre um e outro, entre ciência e cultura.

2.4. Quanto às modificações por “ilícito relativo”, pode-se dizer que priorizamos a ciência jurídica. Unimos aqui *cinco* dos *seis* casos apontados por Pontes de Miranda. A expressão “contravenção ao crédito”, de Enneccerus-Lehmann, é muito restritiva, e não alcança a violação de outros direitos/deveres que se inserem na relação jurídica obrigacional (por exemplo, a violação de deveres laterais de conduta).

2.5. Consideramos a mora do credor um caso de “ilícito relativo”, por haver violação do *dever de cooperação* que se insere na relação jurídica obrigacional. Assim, entram neste grupo os casos de inadimplemento definitivo, de impossibilidade culposa, de mora do credor e do devedor, de violação positiva ou outras violações de deveres laterais de conduta ou de qualquer direito que se insira na relação. Na impossibilidade sem culpa não há ilicitude, mas o caso é de *extinção*, embora possa ser *parcial*.

2.6. Assim, são os *principais* casos de alteração da relação jurídica obrigacional, sem quebra da identidade, utilizando-se critério unitário: 1. Alterações por ato jurídico, principalmente negócio jurídico; e 2. Alterações por ilícito relativo, violação de algum direito relativo que se insere na relação obrigacional complexa.

2.7. Porém, se quisermos listar casos frequentes de modificação das obrigações, sem preocupação com um critério unitário, pode-se apontar:

a) modificações negociais do objeto; b) modificações subjetivas, principalmente *transmissões* (na assunção de dívidas cumulativa não há transmissão), e principalmente por negócio jurídico (no pagamento com sub-rogação legal, art. 346, o crédito se transmite pelo ato-fato jurídico do adimplemento); c) modificações por ilícito relativo, com todos os casos listados acima, como o inadimplemento definitivo, a mora do credor ou do devedor, a violação positiva ou qualquer caso de descumprimento de deveres laterais de conduta, ou de violação de outros direitos que se insiram na relação; d) a *alteração das circunstâncias*, que

se inicia com fato jurídico *stricto sensu*, mas pode envolver sequência de alterações, com fatos jurídicos diversos que, não obstante, não deixam de se relacionar à onerosidade excessiva superveniente; e) modificações que envolvam as exceções e os direitos potestativos em geral, pois eles podem surgir “no curso” da relação obrigacional, aumentando seu conteúdo, e geram modificações diversas ao serem exercidos, como o encobrimento de uma pretensão, a extinção da relação jurídica ou sua modificação (como a *escolha* nas obrigações alternativas); f) modificações relacionadas à *validade* ou *eficácia* do fato jurídico que é *fonte*, como no caso em que um negócio jurídico anulável deixa de sê-lo (como pela sanção do defeito), ou no caso do termo inicial, que faz com que se irradie a pretensão. g) E ainda há outros casos, como na deterioração sem culpa, que não entra no rol dos ilícitos relativos: as modificações podem ser perpetradas pelos mais diversos fatos jurídicos, só nos resta apontar os principais.

3. Logo se vê a grande pluralidade de casos de modificação da relação jurídica obrigacional, e a insuficiência com que a doutrina tem tratado do tema. Buscamos, então, sistematizar todos esses casos de alteração através de critérios selecionados.

3.1. Além de (a) partir do fato jurídico modificativo, buscamos avaliá-los segundo (b) o elemento da relação obrigacional atingido: sujeitos, conteúdo, objeto, vínculo. Não demos, porém, grande valor, àquela atitude de “listar” elementos da relação jurídica, pela forte relação que ela tem com a tese adotada quanto à estrutura da relação obrigacional. Mas a ideia de analisar as modificações *segundo o elemento atingido* tem seus benefícios: à ampliação do conteúdo, pelo nascimento de um direito formativo extintivo, ou de uma exceção, parece corresponder um enfraquecimento do vínculo. Já o desaparecimento da possibilidade de anulação, parece fortalecê-lo.

3.2. (c) Também analisamos os casos *segundo a conduta das partes*: por atitude do credor, ou do devedor, isoladamente; de ambos em conjunto; ou sem conduta de qualquer deles. O critério também auxilia na compreensão dos casos de alteração da relação jurídica obrigacional. Permite a análise das atitudes que o credor pode assumir, lícitas ou ilícitas, que alterem a relação jurídica obrigacional, bem como aquilo que o devedor pode fazer, ou que ambos podem fazer em conjunto, e ainda as alterações que podem ocorrer sem a participação de qualquer um deles.

4. Antes de tentar sistematizar esses diversos casos de modificação, por critérios pré-determinados, fizemos uma análise dos principais casos, sem grandes aprofundamentos. Buscamos, sobretudo, analisar *em que consiste* cada modificação.

4.1. Foram analisados os casos de modificação subjetiva, para determinar os fatos jurídicos modificativos (negócio jurídico, ato-fato jurídico). Também o caso da alteração das circunstâncias, em que se notou que pode haver *sequência de modificações sucessivas*. Por fim, também os ilícitos relativos e as modificações negociais.

4.2. Quanto aos ilícitos relativos, foi necessário esclarecer as razões que levaram à sistematização feita por Pontes de Miranda, mas, sobretudo, buscamos elucidar a modificação que tais ilícitos efetuam: a mora pode levar a uma modificação objetiva, com o acréscimo das perdas e danos, mas pode também nascer o direito de resolução, ou ainda uma *facultas alternativa* para o credor. Podem surgir diversas opções: a possibilidade de exigir a própria prestação mais perdas e danos; uma indenização global; a resolução, para receber novamente aquilo que se prestou; pode-se exigir a coisa certa deteriorada, com abatimento do preço, etc. A possibilidade de eleição já é uma modificação.

4.3. Quanto às modificações negociais, frisou-se que podem ocorrer alterações por ato unilateral, sobretudo como exercício de direito potestativo, mas o foco se manteve sobre o caso mais importante: a modificação *convencional* da relação obrigacional. Foi necessário avaliar seus limites: além daqueles comuns aos negócios jurídicos em geral, tais convenções têm como limite a *identidade*. Se o acordo alterar de tal forma a operação econômica, que se tenha de ver ruptura na identidade, não haverá modificação, mas extinção e criação de outra relação jurídica. E tudo dependerá da interpretação, levando em conta a vontade das partes, mas também a operação econômica realizada.

5. Ainda houve oportunidade para a reflexão sobre uma “história das modificações”. Concluiu-se que, embora seja possível encontrar no Direito Romano, com a mentalidade de hoje, casos de modificação da obrigação, tais casos não foram, à época, assim pensados. No Capítulo Primeiro do presente trabalho, frisou-se justamente isso: o Direito é uma ciência cultural, e sua causalidade deve seguir a *representação* que se faz em certa cultura, em certo lugar e em determinado momento histórico.

5.1. Assim, modificações convencionais, objetivas ou subjetivas, só foram pensadas nos moldes atuais, a partir do Direito Comum. Quanto às modificações por ilícitos relativos, dificilmente são tratadas como casos de fato jurídico que promove *alteração*, ainda na atualidade. Aliás, mesmo a *juridicidade* dos ilícitos continua sendo questionada, de forma que muitos não veem os fatos ilícitos como fatos jurídicos, embora gerem efeitos jurídicos (como se esclareceu no Capítulo I). O ilícito absoluto costuma criar relação obrigacional, enquanto o ilícito relativo costuma modificá-la.

5.2. Ainda no início da Idade Moderna, a relação jurídica obrigacional era pensada em termos de *criação/ extinção*. Focavam-se relações jurídicas simples, o que favorecia a pluralidade de criações-extinções: não se olhava tanto para a relação obrigacional complexa, ou para o fato de que as partes *não chegavam a se desligar*.

5.3. Savigny (1779-1861), além de tratar verdadeiramente de *relações jurídicas*, já as concebeu como *organismos*: mas ainda se limitou a falar em *criação ou extinção*. Assim, o tema pesquisado, na forma como pesquisado, só poderia ser pensado com os pandectistas ou posteriormente; sobretudo com Heinrich Siber, que inaugurou a ideia de se ver a relação jurídica obrigacional como *totalidade dinâmica*.

6. A ideia de se analisar a relação jurídica obrigacional como um *processo*, ou seja, com uma visão *totalizante e dinâmica*, se fortaleceu no mundo com Larenz e, no Brasil, sobretudo com Couto e Silva. A mudança do foco para a relação jurídica *complexa*, que traz em seu bojo uma pluralidade de direitos e deveres, bem como a ideia de que esta totalidade vai se modificando, até atingir a sua *finalidade*, possibilitou a identificação de um grande número de *modificações* na relação jurídica obrigacional. A identificação de uma *finalidade*, sobretudo, reforça a identidade, permitindo maiores modificações.

6.1. Essa ótica, embora por vezes seja sobrevalorizada (como tem notado a doutrina mais recente), trouxe mudanças importantíssimas. Nota-se que, enquanto as partes continuarem ligadas, provavelmente houve modificação, e não extinção: assim, o adimplemento de uma das prestações de um contrato bilateral, é mais *modificação do que extinção*; sem que se negue, com isso, a extinção de uma obrigação simples. Quanto ao inadimplemento, então, fica claro que não há imediata liberação das partes: a relação jurídica obrigacional apenas se modifica, com essa perturbação.

6.2. O reforço na identidade da relação jurídica obrigacional foi tal, que mesmo depois do adimplemento se tem visto a *permanência de deveres*, que podem justificar uma “responsabilidade pós-contratual”. Assim, mesmo o adimplemento não chegaria a extinguir completamente a relação obrigacional.

6.3. Foi necessário abordar, então, o tema das responsabilidades pré-contratual e pós-contratual, ainda que superficialmente. E a investigação levou à identificação de “resquícios” de relação jurídica: com o adimplemento, podem se manter deveres laterais de conduta, mas até quando? Também no caso da oposição de exceção de prescrição, se ela não chega a extinguir a pretensão (mas apenas encobre seus efeitos), aquela relação obrigacional persiste indefinidamente no mundo jurídico?

6.4. Foram analisadas, então, algumas questões teóricas complexas que, porém, tivemos de deixar sem solução. Como o presente trabalho é uma dissertação de mestrado, com os limites inerentes a pesquisas deste teor, foram conscientemente evitadas as “teses novas”, que não tenham base doutrinária minimamente sólida.

6.5. Além de deixarmos, porém, uma “autocrítica” (Capítulo Terceiro, item 1.5), tivemos a oportunidade de sugerir um critério unitário para tratar dos casos mais problemáticos: trata-se das “modificações relacionadas à existência, validade e eficácia” (item 1.4).

6.6. O fato jurídico que é *fonte* da relação obrigacional, por vezes, ingressa no mundo jurídico com alguma *deficiência* no suporte fático. Rigorosamente, pode ocorrer que: (a) um fato jurídico esteja em seu suporte fático, de forma que *este* fato jurídico produz seus efeitos, ainda antes da formação do outro fato jurídico, *envolvente* (e. g., a proposta e a aceitação, em relação ao contrato); (b) haja *suficiência* no suporte fático, para a incidência, mas *deficiência*, com a correção posterior de tal deficiência (como em caso de anulabilidade, com a sanção pela confirmação, ou pelo assentimento posterior); (c) pode ocorrer ainda que ao fato jurídico falte apenas algo que lhe dá eficácia, como em caso de condição, ou então que falte *parte* da eficácia (antes do termo, já há direito e dever, mas ainda não há pretensão); (d) e pode ocorrer também *ato integrativo* que apenas *aumente* os efeitos do ato jurídico, que já produziu seus efeitos próprios (como em caso de registro).

7. Assim, retomando o caminho traçado até aqui, o trabalho se dividiu em *três partes*: (1) na primeira delas, foram abordados os fatos jurídicos e as relações jurídicas em geral; assim, principalmente os planos da existência e da eficácia, afinal, o presente trabalho *une* os fatos jurídicos e as relações jurídicas, pois diz respeito às modificações, causadas por fatos jurídicos, nas relações jurídicas obrigacionais.

7.1. O estudo teórico mais aprofundado no Cap. Primeiro, deve-se à crença de que sobretudo *deficiências* quanto aos pressupostos de teoria geral do Direito têm levado à insuficiência na análise das modificações da relação obrigacional. Há indicativos de que parte da doutrina não tem identificado a pluralidade de fatos jurídicos que podem atuar sobre uma mesma relação: por exemplo, quando se fala em “atos materiais” (= ato-fato jurídico), indica-se algo que *não é jurídico*. Houve mesmo quem fizesse a contraposição *ato material x ato jurídico*. Assim, o pagamento não seria fato jurídico: mas como produziria a extinção de uma relação jurídica?

7.2. Além disso, a noção de que o Direito é uma ciência cultural, também desenvolvida no Capítulo Primeiro, possibilitou o desenvolvimento da ideia de que os

direitos e deveres, ou as relações jurídicas, são *realidades ideais, pensadas*. Sem dizer *o que é* a relação jurídica, não seria possível dizer *como ela se modifica*; nem seria possível compreender a *identidade* da relação jurídica, intimamente ligada ao fato de a relação *ser ou não ser pensada como a mesma*, em uma determinada cultura.

7.3. Através da ideia de *incidência*, como qualificação de fatos no mundo dos pensamentos, segundo valores concretizados em normas jurídicas, em tempo e lugar determinados, permitiu-se a compreensão dos fatos jurídicos como *realidades referidas a valores*. Assim, foi possível *aplicar* a noção de filosofia do Direito no plano da dogmática jurídica, em que nos situamos.

7.4. Ver-se o fato jurídico como categoria central do Direito, é uma consequência da ideia de que o Direito é uma ciência cultural, que não trata apenas do *Ser* nem do *Dever-ser*, mas de ambos, através deste *dever-ser-que-é*, este fato valorado. O fato jurídico seria a fonte única de efeitos jurídicos; e a relação jurídica, a *fôrma* em que se pode analisar qualquer efeito jurídico, sempre na vida de relação.

7.5. Ainda, as noções dogmáticas de fato jurídico, e de sua passagem pelos planos da existência, validade e eficácia, incluindo-se aí o estudo dos elementos do suporte fático, permitiram uma análise, ainda que superficial, de questões teóricas mais complexas. A investigação feita no Capítulo Primeiro serviu, sobretudo, à análise das “modificações relacionadas aos planos da existência, validade e eficácia”, referidas acima. Mas os pressupostos ali construídos tiveram influência sobre todo o trabalho.

7.6. No Capítulo Segundo (2), foram abordados temas ligados à relação jurídica *obrigacional*, em especial. Partimos de suas fontes, passamos pelas teorias sobre a relação jurídica obrigacional, onde se abordou a ideia de vê-la “como processo”. Ainda, fez-se sucinta abordagem do tema do adimplemento e do inadimplemento, analisando-se a natureza jurídica do adimplemento. O adimplemento tem importância tanto pela possibilidade de adimplemento parcial (modificação *lato sensu*), quanto pela possibilidade de adimplemento com sub-rogação.

7.7. No Capítulo Terceiro (3), então, analisou-se efetivamente o *efeito modificativo, dos fatos jurídicos, sobre a relação jurídica obrigacional*, com as conclusões apontadas acima. Para a modificação das obrigações, vale o mesmo que se disse quanto ao *problema das “fontes”*: busca-se uma unificação de fatos jurídicos muitos diversos pelo efeito comum – lá, a criação de uma relação obrigacional, aqui, a modificação. E conclui-se: o efeito modificativo, como o efeito gerador, pode ser causado pelos mais diversos fatos jurídicos. Só o que se pode fazer é apontar os *mais importantes e mais frequentes*.

8. Em conclusão, pode-se dizer: os principais fatos jurídicos modificativos das relações obrigacionais são os *negócios jurídicos* e os *ilícitos relativos*. Dentre os negócios jurídicos, destacam-se os casos de transmissão, e as modificações convencionais do objeto. Quanto aos ilícitos relativos, destacam-se o inadimplemento e a mora. Também se destaca o surgimento e o exercício de direitos potestativos e de exceções, e a alteração das circunstâncias. Além de apontar os fatos jurídicos, cabe apontar os efeitos jurídicos modificativos: mas eles são claros nos casos de transmissão; são muito variados no caso de modificação convencional; e demandam aprofundamento no caso dos ilícitos.

Jamais poderíamos ter a pretensão de *esgotar* o tema da modificação das obrigações. Afinal, o *Direito das Obrigações* é um dos campos mais amplos, e mais ricos em diversidade, de todo o Direito. Espera-se, pelo menos, que este trabalho possa servir como crítica inicial à abordagem excessivamente simples com que o tema vem sendo trabalhado; e que sirva de ponto de partida para novas investigações dogmáticas sobre a “vida” da relação jurídica obrigacional, aquela existência entre o nascimento e a morte. Espera-se, enfim, que este trabalho seja julgado pelo menos *útil* no esclarecimento da grande variedade de vicissitudes que podem atingir a relação jurídica obrigacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS. **Da Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, 2 v.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. 6, tomo II.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. Ed. Rev. e aumentada. Coimbra: Almedina, 2001 (7. Ed. Rev. e atual., 1998; 12. Ed., 2009).

ALPA, Guido. **Manuale di Diritto Privato**. 6. Ed. Padova: CEDAM, 2009.

_____. **Trattato di Diritto Civile**. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. 6^a reimpr. Coimbra: Almedina, 1983, 2 vol.

_____. **Teoria Geral das Obrigações**. Com a colaboração de Rui de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1958.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Vol. 1. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**. Vol. 2. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**. Vol. 3. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral**. Vol. III: Relações e Situações Jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. Ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARASSI, Lodovico. **La teoria generale delle Obligazioni**. Vol. I. La struttura. Milano: Giuffrè, 1946.

BESSONE, Mario (org.) *et al.* **Istituzioni di Diritto Privato**. 2. Ed. Torino: Giappichelli, 1995.

BETTI, Emílio. **Teoria Generale delle obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1953, 4 v.

_____. **Diritto Romano I: Parte Generale** (único vol. publicado). Padova: CEDAM, 1935.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, 2 v.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, 2 vol.

_____. **Direito das Obrigações**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

_____. **Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONFANTE; FADDA *et al.* **Digesta Iustiniani Avgvsti**. Mediolani: Formis Societatis Editricis Librariae, MCMXXXI.

BOULANGER-RIPERT. **Tratado de Derecho Civil**: según el tratado de Planiol. Tomo I: Parte General. Buenos Aires: La Ley, [1956?].

_____. **Tratado de Derecho Civil**, tomo V: *Obligaciones*, 2ª parte. Buenos Aires: La ley, 1965.

CABRAL DE MONCADA. **Lições de Direito Civil: Parte Geral**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CALVÃO DA SILVA, João. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: [s. e.], 1987.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. **Contratos e deveres de proteção**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 3. Ed. Roma: Foro italiano, 1951.

_____. **Teoría General del Delito**. Trad. Victor Conde. Madrid: ERDP, 1952.

CASTANHEIRA NEVES. **As Fontes do Direito e o problema da positividade jurídica**. *In*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LI, Coimbra, 1975.

CASTRO MENDES, João. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. Revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Souza. Lisboa: PF, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHIRONI, G. P. **Istituzioni di Diritto Civile Italiano**. 2. Ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1912, 2 vol.

COELHO DA ROCHA, M. A. **Instituições de Direito Civil Portuguez**. 7. Ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, 2 tomos.

COELHO RODRIGUES, A. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

D'ORS, Álvaro. **El Digesto de Justiniano**. Pamplona: editorial aranzadi, 1968, 3 vol.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 10. Ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

_____. **La Idea de concreción en el derecho y en la Ciencia Jurídica actuales**. Trad. J. J. Gil Cremades, 2ª ed. alemã de 1968. Pamplona: Univ. de Navarra, 1968.

ENNECERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. **Tratado de Derecho Civil**. 2. Ed., Barcelona: Bosch, 1935-1950, especialmente: **Derecho Civil: Parte General**, por ENNECCERUS-NIPPERDEY e **Derecho de Obligaciones**, por ENNECCERUS-LEHMANN.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e extinção das obrigações**. Comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil. São Paulo: RT, 2007.

FLUME, W. **El negocio jurídico**. 4. Ed. Madrid: Fundación Cultural del notariado, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GAIUS. **Institutas**. Trad. Alfredo di Pietro. La Plata: Ed. Librería Jurídica, 1967.

_____. _____. Trad. de J. A. Segurado e Campos, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 9.ed. Padova: Cedam, 1996.

GALVÃO TELLES. **Direito das Obrigações**. 7. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GERI; BRECCIA; BUSNELLI; NATOLI. **Il sistema giuridico italiano. Diritto Civile**. Torino: UTET, 1995, vol. 1.2. Fatti e atti giuridici e vol. 3. Obbligazioni e contratti.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986 (também edição de 1974).

_____. **Contratos**. 26. Ed. Atual. por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco P. de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte. **Dever de prestar e dever de indenizar**. Lisboa: [s. e.], 1944, vol. I.

GORLA, Gino. **Il Contratto**: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. Milano: Giuffrè, 1954, 2 vol.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil**: Introducción Histórico-Dogmática. Barcelona: Ariel, 1987.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions**. New Haven: Yale University Press, 1923.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português**: teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2003.

IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 1990.

IUDICA, G.; ZATTI, P. **Linguaggio e Regole del Diritto Privato**. 6. Ed. Padova: CEDAM, 2005.

JÖRS-KUNKEL. **Derecho Privado Romano**. Trad. L. Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1937.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. (Também Buenos Aires: El Ateneo, 1950).

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. 2. Ed. Trad. Samuel Rodrigues e F. Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. Madrid: Reunidas, 1978.

_____. **Derecho de Obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: EDERSA, 1958, 2 v.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

LEHMANN, Heinrich. **Parte General** (LEHMANN-HEDEMANN. **Tratado de Derecho Civil**, v. I). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A Cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro**. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 42, 2005.

LIMA MARQUES *et. al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006.

LÔBO, Paulo. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Parte Geral**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. Vols. 1 e 2: Parte Geral e Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADEIRA, Hécio Maciel França. **Digesto de Justiniano: *liber primus***. 4. Ed. São Paulo: RT, 2009.

MASSIMO BIANCA, C. **Diritto Civile: L'obbligazione**, tomo IV. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. **Diritto Civile: La Responsabilità**, tomo V. Milano: Giuffrè, 1994.

MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Trad. Ángel M. Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, 2 vol.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 7. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 3. Ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil**. Direito das Obrigações: Vol. IX. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpr. da 1ª ed. do vol. II, tomo IV de 2010); Vol. I, 2. Ed., 2000; II, 4. Ed., 2014; Vol. VI (Obrigações, I), 2. Ed., 2012.

_____. **Da Boa fé no Direito Civil**. 4. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2011 (e 1997).

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**. Vol. 1. Introdução. Da Constituição das Obrigações. 11ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Direito das Obrigações**. Vol. 2. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito. 8ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Cessão de créditos**. Coimbra: Almedina, 2005.

MERKEL, Adolf. **Enciclopedia Jurídica**. 5.ed. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1924.

MESSINA, Giuseppe. **Sui cosiddetti diritti potestativi**. In. **Scritti Giuridici**. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1948.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**. 9. Ed. Milano: Giuffrè, 1957, vários volumes.

_____. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Tomo IV. Buenos Aires: EJE, 1955

MOMMSEN, T.; KRÜGER, P. **Corpus Iuris Civilis**. Volumen Primum. Berolini apud weidmannos, MCMXI.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das Obrigações. 1ª Parte. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. Ed. 2ª reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Cessão da posição contratual**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

NEY FERREIRA, José Carlos. **Da assunção de dívidas**. Lourenço Marques, 1973.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Barcelona: Labor, 1933.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. (e 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995).

_____. **Instituições de Direito Civil: Teoria geral das obrigações**. Vol. II. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003 (e 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981).

PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. 3. Ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiani, 1994.

_____. **Perfis do Direito Civil**. 2. Ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA JORGE, Fernando. **Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1º, 1975-76.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1972, 60 tomos. Também a versão atualizada da Editora Revista dos Tribunais (2012). Especialmente tomos I, II, III, IV, V, VI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXXI, XXXII, LIII.

_____. **Das obrigações por atos ilícitos**. In. Paulo de Lacerda (org.). **Manual do Código Civil Brasileiro**. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927, 3ª Parte.

_____. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

POTHIER, R. J. (Mr.). **Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas**. Trad. Correa Telles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906, 2 tomos.

PUGSLEY, Gustavo de R. **Do *neminem laedere* à visão concreta da responsabilidade civil**: a natureza contratual da responsabilidade pela ruptura imotivada das negociações. *In*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2 (2013), nº 2, p. 1.499-1.540.

_____. **O Contrato como negócio jurídico formado por negócios jurídicos e seus fundamentos**: conceitos sobre quantitatividade. *In*. Revista Jurídica Thêmis, nº 22, 2010/2011, p. 37-59, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. Ed. São Paulo: RT, 1997, 2 vol.

_____. _____. 6. Ed. anotada e atual. São Paulo: RT, 2005.

RAVÀ, Adolfo. **Istituzioni di diritto privato**. 2. Ed. riveduta. Padova: Cedam, 1938.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968. Também a 3. Ed., 1980.

_____. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS, Cons. Dr. Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral, tomo II. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

RIBEIRO DE FARIA, Jorge L. A. **Direito das Obrigações**. *Apontamentos das lições proferidas na Universidade Católica – Porto*, 1988.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral das Obrigações – vol. II. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.

ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto** Milano: Giuffrè, 2001 (e 2^a ed., 2011).

RUGGIERO-MAROI, **Istituzioni di Diritto Privato**. Vol. 2. 8. Ed. Milano: Giuseppe Principato, 1954.

SACCO, R. **Il Contratto**. 3. Ed. Torino: UTET, 2005, 2 v.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine Generali del Diritto Civile**. 5.ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1957.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Scialoja. Torino: UTET, 1886, 8 v.

_____. **Le obbligazioni**. Trad. Pacchioni. Torino: UTET, 1912, 2 v.

_____. **Sistema del derecho romano actual**. 2. Ed. Madrid: Góngora, tomo II, [s/d].

SERPA LOPES **Curso de Direito Civil**: Obrigações em Geral. 6.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SIMÃO, José Fernando. **A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil brasileiro**. In. RIDB-FDUL, *cit.*, ano 1 (2012), n° 1.

STOLFI, Giuseppe. **Teoría del negocio jurídico**. Madrid: ERDP, 1959.

THEODORO JR., Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Vol. III, tomo 2.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 12.ed. Padova: CEDAM, 1960 (e 33. Ed., 1992).

TUHR, Andreas von. **Derecho Civil**: Teoría General del Derecho Civil Alemán. Buenos Aires: Depalma, 1947, 6 v.

_____. **Tratado de las Obligaciones**. Madrid: Reus, 1934, 2 tomos.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**. Parte II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O Contrato e os Direitos Reais**. São Paulo: RT, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 2000, 2 v. (também as edições de 1970, 1999 e 2003, e vol. 2 de 1997).

VIEIRA GOMES, Júlio Manuel. **Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária**. In. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Org. Professores Doutores Menezes Cordeiro, Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes. Coimbra: Almedina, vol. I, 2002.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Causalidade e relação no Direito**. Recife: OAB-PE, 1985.

_____. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Prefácio de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: IBET, 2003, 2 vol.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2010.

_____. **A lógica na teoria jurídica de Reale**. In. LAFER, Celso; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (coord.). **Direito, Política, Filosofia, Poesia**. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Trad. de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, 1991.

WATSON, Alan. **The Digest of Justinian**. Vol. 1. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Torino: UTET, 1902, 5 tomos. Também a *ristampa* de 1930.

ZULIANI, Ênio. **Resolução do contrato por onerosidade excessiva**. In. LOTUFO; NANNI (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.