

HOMERO FREIRE

**REFLEXÕES SOBRE O DIREITO
SUBJETIVO**

CADERNO Nº 72

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU

CARUARU

PERNAMBUCO — BRASIL

1975

F340.1
F866n

HOMERO FREIRE

**REFLEXÕES SOBRE O DIREITO
SUBJETIVO**

CADERNO Nº 72

EDIÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU

CARUARU

PERNAMBUCO — BRASIL

1975

22

U. F. Po.	
FAC. DE DIREITO	
BIBLIOTECA	
F49	27.10.78

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO SUBJETIVO

Homero Freire ()*

I — Dificilmente se descobrirá um instituto jurídico que não suscite nos estudiosos, dúvidas e perplexidades.

A ciência do direito faz lembrar um soberbo e imenso edifício ainda inacabado, cujos edificadores, interessados no aprimoramento da obra, se afadigam em reexaminar e discutir o plano de construção, demolindo paredes aqui, construindo outras acolá, remodelando, refazendo, no afã de corrigir defeitos e suprir lacunas.

II — As categorias jurídicas, umas mais que outras, sofrem esse constante trabalho de lapidação, e só temos, os estudiosos da ciência, de nos parabenizar por isso. Algo tem sido feito no decorrer dos séculos para esclarecimento do Direito, primacialmente desde os romanos.

E ainda há muito o que repisar nas partes do edifício jurídico já levantadas, ao mesmo tempo em que novas secções surgem ao estímulo de condições econômicas e sociais emergentes, a exigir dos construtores, mais atenções e mais cuidados.

III — Uma coisa nos parece certa. Nesse labor arquitetônico, jamais devemos esquecer o aspecto prático dos problemas, em tempo algum olvidemos a realidade da vida, preocupados em manter os pés em terra firme, enquanto o olhar se alteia para as culminâncias do pensamento abstrato. Para a solidez do edifício, asseguremo-nos de que os alicerces estão bem fincados ao solo, de modo a permitir tranquilo levantamento da estrutura.

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Caruaru.

Era o velho Savigny que ensinava, com a sabedoria que Deus lhe deu, que "teórico perfeito seria aquele cuja teoria estivesse vivificada pelo pleno e completo conhecimento de toda atividade jurídica prática" (Savigny — "Sistema del diritto romano attuale" trad. italiana de Scialoja, vol. 1 pág. 10), ao que, muito tempo depois, ajuntaria o mestre Carnelutti ser o fim da ciência, não fazer exercícios meramente lógicos, senão fazer possíveis os resultados práticos. (Francisco Carnelutti — "Estudios de derecho procesal", trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, vol. 1, pág. 19).

IV — É com esse estado de espírito que pretendemos tentar o estudo de uma das categorias jurídicas mais complexas e controvertidas no mundo do direito, e a par disso, de valor prático inquestionável para o comércio jurídico, o que tudo reunido seduz o observador estudioso da teoria geral. Referimo-nos ao **direito subjetivo**, compreendido no sentido lato, como gênero das espécies **direito público subjetivo**, **direito subjetivo processual** e **direito subjetivo privado**, que todos obedecem ou devem obedecer à mesma elaboração científica.

V — Já os romanos padeciam da insuficiência de conceituação do fenômeno que nos preocupa, embora, com a admirável acuidade jurídica de que eram dotados, sentissem o problema em toda sua palpitação. Eles, doadores de construções jurídicas de subido valor técnico no campo do direito civil, foram quase infecundos no esforço de sistematizar o que Von Tuhr chamou de conceito central do direito e última abstração da multiformidade da vida do direito — o **direito subjetivo**.

Na realidade, talvez porque não lhes interessassem muito as investigações puramente teóricas, o fato é que os juriconsultos romanos ficaram longe de compreender, com toda clareza, em que consistia o **direito subjetivo** em relação ao direito objetivo.

De lá para cá o processo nesse âmbito de estudos não se acentou, havendo autores de vistas voltadas exclusivamente para o **direito objetivo**, preocupados com o aspecto **normativo** do direito, enquanto outros salientaram unicamente a face subjetiva do Direito, tal como ocorreu com Romagnosi, Rosmini e outros.

Os autores tedescos, gigantes da sistematização e da análise científica da fenomenologia jurídica, não conseguiram, da mesma forma que seus predecessores latinos, fixar conceitualmente a figura do

direito subjetivo senão a partir do século passado ou fins do anterior, através de Savigny, Puchta, Ihering, etc.

Foi a concepção alemã do direito subjetivo que empolgou os demais centros de cultura jurídica, com a cooperação primacial dos cultores do **direito público**.

VI — Mas, as divergências continuaram acesas no correr dos tempos, não só quanto ao sentido e à natureza do **direito subjetivo**, como no que diz respeito aos elementos que o integram; não apenas relativamente à denominação do fenômeno, mas à sua própria existência no mundo jurídico.

Em que sentido se diz que estamos em frente a um **direito subjetivo**?

O conceito, ou melhor, a delimitação do conceito varia de autor para autor, no tempo e no espaço, e segundo o ângulo filosófico, dogmático, positivista ou sociológico sob que seja encarado o problema.

Ter a faculdade de deambular pela cidade, de passear em um jardim, de ir à praia — é um direito subjetivo?

Uns dizem que é, outros que não. Recasens Siches encontra os requisitos necessários e suficientes à configuração do **jus subjectiois** nesse direito de locomoção, vislumbrando a bilateralidade **just et obligatio**, de um lado na "libre actividade que tiene un sujeito a andar per la calle", e de outro, "en el deber jurídico que pesa sobre otros de comportarse de tal manera que no lesionen el ámbito libre de mi conducta". Ao direito de um corresponde o dever ou obrigação dos outros, o que é bastante para ver à sua frente um **direito subjetivo**. Não pensa assim o mestre Pontes de Miranda. Para o emérito jurista, "a regra que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certos momentos da noite, ou conservá-los sempre abertos, para que todos por ele passem, possam sentar-se, descansar, — é só direito objetivo. Os passantes, os frequentadores e os que dele se servem para ler e trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar crianças, não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas que se gozam são direitos subjetivos". E nem a polaridade dos dois focos subjetivos — sujeito passivo — sujeito ativo — acrescenta, Pontes de Miranda — é suficiente para definir o direito subjetivo. Muitas vezes o simples interesse é protegido e assegurado sem que se possa alegar direito subjetivo, sendo essa precisamente a situação jurídica

de quem passeia nos jardins públicos ("Comentários à Constituição de 1946", Rio, vol. I, pág. 86; "Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I pág. 47).

E a propriedade?, a faculdade de testar? de doar? de contratar?
— abstratamente consideradas?

Os juristas-filósofos coerentemente apontam-nas como um **direito subjetivo**, consistente na faculdade ou poder de dispor de uma situação jurídica, ou de criar modificar ou extinguir relações jurídicas. O direito subjetivo seria assim uma possibilidade, uma virtualidade, sem exercício ou efeito atual, apenas suscetível de fazer-se valer, enfim, usando a expressão romana, uma **facultas agendi**. Essa compreensão é naturalmente aceita pelo sentir geral e prestigiada pelos civilistas (Clovis Bevilacqua — "Teoria Geral do Direito Civil" 2a. ed. 1929, Rio, págs. 62-64; Virgílio Sá Pereira — "Decisões e julgados", Rio 1926, pág. 255; Roberto Ruggiero — "Instituições de direito civil", trad. de Ary dos Santos, 1934, vol. I, pág. 25, 204 e 216; Carvalho Santos — "Código Civil Interpretado", 2ª ed., 1937, Rio, vol. VII págs. 269 e segs.).

Contudo, para entornar o caldo, vêm doutores famosos e rebatem. Duguit: "O direito de adquirir, transferir ou de extinguir um direito, em resumo, o direito a um direito, ou sobre um direito é um desdobramento supérfluo e verdadeiramente impossível da noção de direito, e tão inconcebível, logicamente, quando seria a vontade de querer". (Duguit — "Traité de droit constitutionnel", 3ª ed. 1927, Paris, vol. 1, págs. 278-280). Ferrara: "O poder (poderes) do direito subjetivo não é o que se manifesta no gozo do bem, na utilização da coisa, na possibilidade de perseguir o interesse próprio. Esse gozo não pertence ao conteúdo do direito". O mestre italiano não concebe o direito de propriedade como o gozar e o usar a coisa, segundo a fórmula tradicional, sendo esse comportamento inteiramente indiferente ao Direito. (Francesco Ferrara — "Tratado de Direito Civil Italiano", vol. I. págs. 321-322). James Goldschmidt também sustenta: "derecho subjetivo no es lo que no se prohíbe o lo que se permite..." (James Goldschmidt — "Teoria general del derecho", pág. 44). Sempre preocupado em acentuar o vínculo de subordinação da relação jurídica (poder-dever, direito-obrigação, direito-sujeição), Chiovenda, com apoio em Ziterman, rejeita a existência de um direi-

to subjetivo nos atos de usar a propriedade, de doar, de fazer testamento, considerando-os simples manifestações da capacidade jurídica, desacompanhados do requisito de subordinação alheia.

Não discrepa Carnelutti quando, apreciando a questão do ponto de vista passivo (obrigação, sujeição, subordinação), opina que o respeito à ordem jurídica ou o medo de infringi-la, ou o hábito de respeitá-la não é atuação do direito, “senão que pode apenas conseguir o mesmo fim do direito, ou seja, uma certa composição de interesses em contraste, e, quando o logrem, em lugar do direito atua a paz social, sem necessidade do direito” (Carnelutti — “Estudios de derecho procesal”, trad. cast. de Santiago Sentis Melendo — Buenos Aires, vol. I, págs. 378-379). Significa dizer: o simples ato de usar a propriedade, de doar, de testar, de contratar, e quejandos, não implicam em atuação do direito, e, correlativamente, não corporificam o **direito subjetivo**. Em outra obra notável, exemplificou o mestre italiano: “Quando, sem turbacão de outrem, colho uma rosa em meu jardim, o direito não entra em ação; colhendo-a, nem exerço uma faculdade, nem pratico um ato jurídico, nem mesmo um ato facultativo” (Carnelutti — “Teoria geral do direito”, trad. portuguesa de A. Rodrigues Queiro e Artur Anselmo de Castro, Coimbra, 1942, pág. 265), Conf. Roger Bonnard, in “Revue du droit public.” vol. 49, págs. 708-709; Jellinek — “System der subjektiven öffentlichen Rechte”, 2ª ed. 1905 págs. 45-46.

A luz dessa teoria, o nosso Código Civil incorreu em evidente impropriedade ao referir-se ao domínio como o “direito de usar, gozar e dispor” da coisa (art. 524), com o que, aliás, não fez senão acomodar-se à tradição do direito romano (**dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua...**) e à orientação do Código Civil Francês (art. 544). Mais prudentemente, preferiu o grande Teixeira de Freitas, na redação do art. 884, da sua “Consolidação das leis civis”, dizer que o domínio consiste “na livre faculdade de usar e dispor das coisas...”, fugindo de qualificar, esse uso e essa disposição como um direito propriamente dito.

Outra crítica ainda caberia lançar sobre o nosso legislador civil, do ponto de vista da teoria da garantia. Declarar que o direito de propriedade consiste no “direito de usar, gozar e dispor” é incorrer em tautologia, é admitir, como diz Duguit, um direito sobre um direito, ou um direito a um direito, o que no mínimo, é desdobramento desnecessário da noção de direito. Pior ainda é qualificar os elementos do domínio como outros tantos direitos, ou “direitos elementares” da propriedade, tal como expressa o art. 525.

Num plano mais realístico, vemos um grupo de juristas sustentar a opinião de só haver **direito subjetivo** diante de uma ofensa ao direito objetivo. Aqueles mesmos que combatem a idéia de **direito subjetivo** abstratamente considerado, entendem que esse direito só surge com a violação. A ordem jurídica não se preocupa, de regra, com o simples gozo dos bens nem com o **se** ou o **como** desse gozo, mas tão apenas em remover os obstáculos que sejam opostos ao gozo eventual. Daí a definição de Ferrara: “direito subjetivo é aquele munido de uma pretensão para realização das consequências jurídicas **em caso de violação**” (Francesco Ferrara — “Trattato... cit. vol. pág. 324). Cernelutti, ao oferecer o exemplo da colheita de flores em o próprio jardim (uso e gozo da propriedade), conclui que “somente quando outrem as quer colher, é que então entra em cena o direito objetivo e subjetivo (Cernelutti — “Teoria geral do direito”, cit., pág. 265). Consultar também Petroni — “Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto”, in “Rev. italiana per le scienze giuridiche”, vol. 25, 1899, pág. 347 e segs.; Chiovenda — “Instituições de direito processual civil”, trad. da 2ª ed. italiana, de J. Guimarães Menegale, S. Paulo, 1942, vol. 1, págs. 25 e segs.

VII — E que dizer da natureza ou essência do **direito subjetivo**? Eis outro tema dos mais discutidos na literatura jurídica desde mais de meio século. A classificação de **ato de vontade**, atribuída ao **direito subjetivo** por Windscheid, Wendt, Romagnosi, Rosmini e outros, contrapôs Ihering a concepção utilitarista que vê no interesse o elemento essencial do direito.

Taxou-se de insuficiente o elemento de vontade diante da verificação de que também os loucos, menores e as associações, que não dispõem de vontade própria, podem ser titulares de **direitos subjetivos** (Luis Recasens Siches — obra cit., pág. 229; Hermes Lima — “Introdução à ciência do direito”, 1933, S. Paulo, pág. 167; Pontes de Miranda — “Comentários à Constituição de 1946”, vol. 1, pág. 86), ao que respondeu James Goldschmidt que a alegação “no tiene más fundamento que la tesis de la imposibilidad de **obligaciones** de las mismas personas”, pois, “basta la potencialidad de la voluntad y entretanto su ejercicio por el representante” (James Goldschmidt — “Problemas generales del derecho”, Buenos Aires, 1944, nota 121, pág. 102).

Também combatida foi a concepção utilitarista de Ihering, pelo fato de atentar apenas para a manifestação finalística do **direito subjetivo**, para os seus efeitos práticos, o que pareceu, da mesma forma, insuficiente (Pontes de Miranda — “Comentários à Constituição de 1946”, vol. 1, pág. 86-87).

Com intuito conciliatório, surgiu a teoria denominada **mista**, formulada por Bekker, Jellinek e Michoud, da aceitação dos dois elementos — vontade e interesse — a qual, longe de erradicar os inconvenientes das primeiras, os somou, aumentando a dor de cabeça dos doutores (R. Aftalion y Garcia Olano — obra cit., nota 13, pág. 276).

Enfim, para coroar as dificuldades do problema, vêm as teorias **normativistas**, que outra coisa não fazem senão negar o **direito subjetivo**, tendo em vista propósitos nitidamente políticos. O totalitarismo sempre se esforçou em convencer que o homem não possui direitos, mas unicamente deveres, para o que contava com o sociologismo anti-metafísico de Duguit. Para este escritor, a idéia de direito subjetivo não passa de uma noção metafísica, absurda e imoral, (Duguit — “Traité de droit constitutionnel”, 3ª ed. 1927, vol. 1, pág. 266). Ao que junta Koschembar-Lyskowski: “**o direito subjetivo** não passa de um mal-entendido histórico” (Koschembar-Lyskowski — “Quelques dispositions générales d’ un projet de Code Civil polonais”, 1928, pág. 552). E vêm daí as legislações nacional-socialista, facista e soviética, vistas pelos corifeus totalitários como o direito do futuro! Duas delas, no entanto, jazem nos escombros do passado.

VIII — Agora, lancemos nossas vistas sobre outro aspecto do problema, sobre o que se denominam os elementos integrantes do **direito subjetivo**, ou melhor, analisemos os ingredientes aptos ao nascimento dessa categoria jurídica.

Ainda nesse capítulo a desconformidade dos doutores é uma constante, pois, se aceitam certos e determinados elementos, divergem em relação a outros, ou dão maior ênfase a um em detrimento dos demais, ou esquecem um elemento que alguém reputa imprescindível à configuração de **jus subjectivis**.

A **norma objetiva** parece constar da pauta de todos os tratadistas. Quem pensa no **suum cuique tribuere** pensa forçosamente na existência de **preceitos** que regulamentem e delimitem as relações jurídico-sociais dos indivíduos. No Estado-de-direito não remanesce dúvida de que o fim do direito objetivo é constituir **direitos subjetivos**, estabelecendo correlatos deveres, e entroncando no conceito de relação jurídica material. É a lei que disciplina a atividade dos indivíduos e põe-lhes freios com o fim de coordenar os interesses do particular e do grupo; é a lei que qualifica os fatos da vida de relação e os atos individuais, dando-lhes efeitos jurídicos.



Daí não se poder conceber **direito subjetivo** dos cidadãos sem pensar em sua regulação através da **norma positiva**.

É a **norma legal** que garante ao comércio jurídico o requisito da coercibilidade, de modo a possibilitar a disciplinação coativa das relações jurídicas.

Outro elemento consubstancial ao **direito subjetivo** é o fato, compreendendo os acontecimentos da vida e os **atos** humanos propriamente ditos (fatos voluntários).

Ciência social, o Direito é produto da vida de relação espelhando sempre as condições de existência da sociedade (ver nosso "A natureza pública da ação penal em face da iniciativa particular na sua propositura", tese de concurso, Recife, 1950, pág. 273).

Não se negue o elemento psíquico no processo conceptual das regras jurídicas. Porém, o raciocínio, a razão, as expressões do espírito especulativo na formação do Direito embasam na realidade prática, na vida de relação, nas manifestações empíricas da existência dos homens em sociedade, em uma palavra, nos fatos. Em termos de Direito, o que não está nos fatos não está no mundo. A simples intenção, a idéia em foro íntimo é juridicamente irrelevante se não vem seguida da exteriorização em **ato: qui cogitat, nec agit nec perficit**.

O velho João Monteiro dizia: "todo o direito nasce de um **fato** ou de uma série de **fatos — ex facto jus oritur** (João Monteiro — "Teoria do processo civil e comercial", 5ª ed. 1936, pág. 273), e Duguit não lhe ficava atrás: "eu sou daqueles que pensam que o Direito é muito menos obra de um legislador do que produto constante e espontâneo dos fatos" (Duguit "Traité de droit constitutionnel", 1911, pág. 242). Os fatos são a matéria prima sobre a qual opera o Direito, declarou Redenti, em estudo famoso (Redenti — "Profili pratici del diritto processuale civile" 2ª ed. 1939, Milano, pág. 10. Também Cezarini Sforza — "Ex facto jus oritur", in Studi filosofico-giuridici dedicati a Glogio del Vecchio vol. 1, pág. 87). É sobre **fatos** e não sobre abstrações que trabalham o legislador e o juiz; e a aplicação por este último da norma legislativa, genérica e abstratamente formulada de antemão pelo primeiro, exige precisamente o pressuposto **fático** para o mecanismo processual da subsunção da lei ao fato. Sem a ocorrência de um fato concreto não há oportunidade para a aplicação judicial do direito. "A função do juiz — explica Redenti — entra em atividade efetiva de execução só em presença de determinado **caso** ou **fato** da vida prática, (Redenti — obra cit., pág. 40),

razão por que os fundamentos da demanda se dividem em fundamentos de **fato** e fundamento de direito.

O **direito de ação**, que é **direito subjetivo**, tem, pois, como um dos requisitos constitutivos, um **fato** específico jurídico, “uma certa situação objetiva de coincidência que se deve verificar na realidade entre os fatos concretamente ocorridos e os fatos considerados possíveis por uma norma jurídica” (Piero Calamandrei — “Instituciones de derecho procesal civil”, trad. cast. de Santiago Sentis Meleno, Bueno Aires, 1943, pág. 182).

Corolário da mesma evidência é a impossibilidade da definição judicial da lei em *tese*, sem o suposto de fato. Os tribunais decidem sobre os **fatos**, dando-lhe valoração jurídica e não sobre meras teses jurídicas abstratas, ou sobre discussões acadêmicas, (acórdãos do Supremo Tribunal Federal, in “Archivo Judiciário”, vol. 121, págs. 21-22; in “Revista Forense”, vol. 174, pág. 113 e 120; acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, in “Revista dos Tribunais”, vol. 261, pág. 622; Carvalho Santos — “Código Civil Interpretado”, 2ª ed. 1938, vol. 11, pág. 246).

No campo do direito penal e do processo penal a importância do elemento fático na declaração do **direito subjetivo** de punir (**jus puniendi**) assume proporções tormentosas em face dos motivos político-sociais que enformam a punibilidade e garantem a liberdade dos cidadãos. A procura da verdade **substancial** é ingente no procedimento criminal, e a matéria dessa verdade são os **fatos** de que participaram a vítima e o indiciado-agente, a espera da definição e valoração jurídica do julgador (Ernst Beling — “Derecho procesal penal”, trad. de Fenek, 1943, pág. 1; Manzini — “Tratado de derecho procesal penal”, vol. 1, pág. 248).

Mas, falar em fato da vida significa decorrentemente falar em relação de pessoa e pessoa. Ihering dizia que em todo direito privado não se encontra um só fato que não afete simultaneamente os destinatários e terceiros. Se compramos uma coisa, se damos em arrendamento nossa propriedade, se emprestamos certa quantia em dinheiro, estamos realizando atos (fatos humanos) que se vinculam a correlativos **atos** do vendedor, do arrendatário e do tomador do empréstimo. A compra e venda, o arrendamento e o empréstimo são **fatos** contratuais vinculativos das pessoas contratantes, e até de terceiros eventualmente colocados em frente ao negócio jurídico e sujeitos aos seus reflexos. Um acidente de trânsito é um **fato** que vincula às consequências o agente e a vítima, o causador do dano e o preju-

dicado. Os fatos naturais, a morte, o nascimento, são fatos, jurídicos precisamente porque criam ou desfazem ou modificam relações jurídicas de pessoas.

Enfim, tomando de empréstimo as expressões do prof. Helio Tornaghi, a relação jurídica é sempre um **relatio inter-homines**. Institui-se o **direito subjetivo** mediante a regulação das relações **inter-hominis** pelo Direito, (Hélio Tornaghi — “Processo Penal”, cit. pág. 108).

Em termos de axiologia jurídica, diz-se que ao poder de um corresponde o dever de outrem, e daí o **jus et obligatio sunt correlata**.

Tão saliente é essa bilateralidade na problemática do **direito subjetivo** que, desse pressuposto partem as teorias que repelem falar-se em **direito subjetivo** quando estamos, apenas, **verbi gratia**, diante dos simples e inquestionados uso e gozo da propriedade, ou da faculdade de passear e frequentar os jardins.

Jellinek classificou a faculdade de passear e frequentar os parques da cidade como atos indiferentes ao direito, precisamente por isso, porque são atos que não estão em relação com um dever jurídico, (Jellinek — “System der subjektiven öffentlichem Rechte” 2ª ed. 1905, págs. 45-46, *apud* Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho — “Tratado...” cit. vol. 9, pág. 629). E Roger Bonnard não dizia por menos: “O puro fato de poder um individuo agir ou abster-se de agir não constitui, por si só, seu direito, mas sim sua liberdade”. Para Bonnard, “o **direito subjetivo** depende da atividade do seu titular sempre em relação a outra pessoa”.

Mesmo aqueles juristas que consideram abstratamente a propriedade como um direito subjetivo **per se**, vão extrair o elemento da bilateralidade na relação: proprietário-qualquer pessoa, ou, como preferiu dizer Redenti, o sujeito do dever é a universalidade dos terceiros obrigados a não impedir ou turbar o gozo, (Redenti — “Profili...” cit., pág. 16).

Na verdade, podemos afirmar com a generalidade dos autores: não há relação de direito sem um sujeito ativo e outro passivo, cada qual colocado em posições contrapostas mas incidíveis, um em posição de **poder**, outro em situação de **dever**, ou, pelo menos de **sujeição** (João Monteiro — “Teoria do processo civil e comercial” 5ª ed. 1936, S. Paulo, pág. 208; Roberto Ruggiero — “Instituições de direito civil”, cit., vol. 1, pág. 208; Chiovenda — “Instituições do processo civil”,

trad. de J. Guimarães Menegale, 1942, S. Paulo, vol. 1, págs 26 e 35; Virgílio Sá Pereira — “Decisões e julgados”, Rio, 1926, pág. 285). Sujeito ativo e sujeito passivo compreensivos de pessoas isoladas (sujeito simples) ou de grupo de pessoas (sujeito complexo, sujeito coletivo), “Carnelutti — “Teoria geral do direito”, cit. págs. 213-221; Niceto Alcalá-Zamora y Castilho y Ricardo Levene, Filho — “Derecho procesal penal”, vol. 11, pág. 10).

No campo do processo a fenomenologia não difere. Ao **direito de ação** do indivíduo corresponde a **obrigação** do Estado (Juiz) à prestação jurisdicional; ao comando consignado na sentença corresponde a **sujeição** da parte vencida; à faculdade de prova de uma parte corresponde à **sujeição** da outra a essa situação processual, e assim sucessivamente, numa combinação sem fim. Sempre uma relação ligando pessoas, senão relação de direito e obrigação (Eliézer Rosa — “Dicionário de processo civil”, 1957, Rio, pág. 188; James Goldschmidt — “Problemas generales del derecho”, pág. 120), pelo menos relação de **poder** (potestas) ou de **direito**, de um lado, e **sujeição** de outro lado.

Dissemos que a matéria prima do direito são os atos humanos além dos acontecimentos da vida (fatos da vida de relação ou da vida societária).

Mas, não há efeito sem causa (*sublata causa tollitur effectus*). Todo ato humano, sendo ato **voluntário** (Carnelutti “Sistema de derecho procesal civil”, vol. 1, 69, “b”; Leo Rosenberg — “Tratado de derecho procesal civil”, trad. de Ângelo Romera Vera — Buenos Aires, vol. 1, pág. 357), tem uma causa, tem um **móvel**, e visa a um **fim**. Neste particular, o sábio Ihering tinha toda razão. Na mais querida de suas obras fundamentais, — “Der Zweck im Recht” — o grande jurista alemão põe à mostra o absurdo de acreditar-se na liberdade volitiva sem um motivo que a determine. O homem age não **porque** mas **para o fim** de conseguir tal ou qual objetivo (Rudolf von Ihering — “El fin en el derecho”, trad. cast. da Editorial Atalaya, págs. 7 e 8) — é a lei da casualidade (*Zweck causa finalis*). Não há querer sem um fim, escreve Ihering. “Atuar e agir com um fim, são termos equivalentes”. “Um ato sem fim algum não pode existir do mesmo modo que não pode existir um efeito sem causa” (Rudolf von Ihering — “El fin en el derecho”, cit., pág. 12). O objetivo **querido**, o fim visado é a satisfação de uma necessidade, a realização de um interesse. O interesse, fala Ihering, é a condição indispensável de toda ação humana. Agir sem interesse é um não-ser, é o mesmo que agir sem uma finalidade, é um impossível psicológico (Rudolf

von Ihering — obra cit., pág. 31). Schopenhauer dizia: querer sem interesse é querer sem motivo, é um efeito sem causa (Schopenhauer — “Die Beiden Grundproblemen der Ethik”, 2ª edição, 1860, pág. 165, **apud** Ihering — obra cit. pág. 31). Daí a concepção do **direito subjetivo** formulado por Ihering, como o **interesse** juridicamente protegido (Rudolf von Ihering — “O espírito do direito romano”, trad. brasileira de Rafael Benaion — Rio, 1943, vol. IV, pág. 220), o que faz ainda hoje dizer-se que o **interesse** é o conteúdo do **direito subjetivo** (Carvalho Santos — “Código Civil Interpretado”, 2ª edição, 1938, vol. 11, pág. 244), ou é o próprio **direito subjetivo** (Mário Masagão — “Preleções taquigrafadas”, pág. 5). O que parece certo, e é esposado pela generalidade da doutrina, é que o **interesse** deve ser arrolado como um dos **elementos do direito subjetivo**. E interesse não somente material e econômico, mas também ético, cívico, cultural (Jerônimo Gonzales — “Jurisprudência de interés”, in “Revista crítica de derecho inmobiliário”, Madrid, 1935, pág. 413; João Monteiro, Carvalho Santos, Ihering, obras cit., págs. respectivamente, 87, 249, 22, 28 e 32); e não apenas individual como coletivo (Carvalho Santos — obra e vol. cit., pág. 249). É idéia que remonta ao Direito Romano, como vemos na *actio sepulcri violati*, no *interdictum quod vi aut clam* contra o desaparecimento de uma estátua em logradouro público, ainda que não pertencesse ao litigante, espécies essas em que o interesse econômico estava inteiramente ausente (Rudolf von Ihering — “Tres estudos jurídicos” — “Do interesse nos contratos” — Buenos Aires, pág. 45).

No âmbito do processo, o panorama não se modifica. Ao empenho de fazer-se valer o **direito subjetivo de ação**, exige-se o pressuposto do **interesse**: “Para propor ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral” (art. 76, do Código Civil; art. 3º, do Código de Processo Civil). Para a interposição de **recurso**, que não é senão o exercício do mesmo **direito subjetivo de ação** perante a instância superior (nosso “Recurso: — direito de ação”, in “Revista dos Tribunais”, S. Paulo, vol. 243 págs. 3 e segs., e em “Direito”, Rio, vol. 94, págs. 35 e segs), da mesma forma aparece como requisito imprescindível esse elemento, como dão conta o art. 499, do Código de Processo Civil, permitindo ao terceiro **prejudicado** o uso da via impugnativa, e o § único do art. 577 do Código de Processo Penal, não admitindo recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da sentença. Como adverte o Prof. José Frederico Marques, “tanto na justiça civil como na penal não se compreende a propositura da ação em que seja indiscutível não existir legítimo interesse para a instauração da relação processual”. Neste

último campo oferece, Marques, a exemplificação: “Ora, apresentar denúncia formulando acusação absolutamente inviável pela imediata conclusão de que será impossível resultar qualquer pronunciamento condenatório a respeito de fatos narrados pelo denunciante, é propor ação sem legítimo interesse”.

E concluindo: “Logo, uma denúncia dessa ordem deve ser de plano rejeitada por faltar requisito **sine qua non** para a propositura da ação penal” (José Frederico Marques — “Os princípios constitucionais da justiça penal”, aula inaugural proferida na Faculdade de Direito de Curitiba, em 10 de 3 de 58, “Rev. dos Tribunais”, vol. 279, janeiro de 1959, pág. 14).

Antes, Marques havia proclamado que o direito de ação penal é **direito subjetivo** (público e constitucional) (local cit. pág. 10), de modo que o interesse processual penal é arrolado como requisito desse **direito subjetivo**.

Há, pois, atrás de toda demanda, como pressuposto necessário, um interesse (Giuseppe Chiovenda — “Principios de derecho procesal civil”, trad. castelhana da 3ª ed. italiana de José Casais y Santalo, Madrid, vol. 11, págs. 676-677); que vai desde o interesse instantâneo, imediato e direto do indigitado titular do direito subjetivo pretendido fazer valer no processo, até o interesse funcional, em forma de poder-dever, do órgão público encarregado de defender o interesse público, de permeio com os quais ainda há o interesse cívico, que enseja as ações populares.

De advertir ainda que o **interesse** é condição do **direito subjetivo de ação** tanto em relação ao autor como em relação ao réu (art. 3º do Código de Processo Civil), não só no que respeita ao **direito subjetivo** para acionar como no que diz com o **direito subjetivo** para contradizer, que ambos não passam de manifestações opostas de, em sua essência, uma única categoria jurídica abstratamente considerada (Piero Calamandrei — “Instituciones de derecho procesal civil”, cit., págs. 162 e 191; Carnelutti — “Sistema de derecho procesal civil” cit., vol. 11, nº 148, págs. 61 e 149; Salvatore Satta — “Diritto processuale civile”, Padova, Cedam, 1950, pág. 90; Eduardo Couture — “Introducción al estudio del proceso civil”, pág. 30).

Ao lado do interesse e como seu agente galvanizador, temos a **vontade**. Não se exterioriza uma pretensão, não se defende um interesse e, finalmente, não se cria um direito subjetivo sem a resolução

volitiva, ou pessoal ou por interposta pessoa. Ter interesse e não desejar estadejar esse interesse equivale ao zero à esquerda de um número.

Jellinek razoavelmente dizia: se de um lado só se pode querer **alguma coisa**, de outro, essa alguma coisa precisa **ser querida** ou deve poder ser **querida** para tornar-se objeto da solicitude jurídica. A **vontade** — acrescenta o publicista tedesco — é meio necessário para que uma coisa qualquer se torne um bem ou interesse. Pelo que, para defender o bem ou o interesse deve o ordenamento jurídico reconhecer e defender, em primeira linha, o poder volitivo do homem (Jellinek — “System der subjektiven öffentlichen Reshte”, cit., págs. 42-43).

De recordar que o próprio Ihering não repelia a voluntariedade na realização do direito. “A vontade — escrevia ele — é a verdadeira força criadora do mundo” (Ihering — “El fin en el derecho”, cit., pág. 18), a vontade nada mais é do que o objetivo e a força motriz dos direitos” (Ihering — “O espírito do direito romano”, vol. IV, p. 2). O que o jurista alemão combatia era o exclusivismo dos voluntaristas, vendo no elemento da vontade o único **substractum** do direito, (Ihering — “O espírito do direito romano”, vol. cit., pág. 214). Contra essa unilateralidade era que se insurgia Ihering.

Entre nós, o mestre Pontes de Miranda vergasta a noção windscheideana, mas convém que é através da **vontade** que se manifesta o **direito subjetivo**, sendo ela que impõe a existência desse direito (Pontes de Miranda — “Comentários à Constituição de 1946”, vol. I, pág. 86 e pág. 87).

O argumento esgrimido mais amiúde contra a noção ora em apreço, é o de que pode haver direito subjetivo sem vontade, e aí estariam, para comprovar, os menores, os loucos, as associações, titulares de direitos destituídos de vontade (Luis Recasens Siches — obra cit., pág. 229; Hermes Lima — “Introdução à ciência do direito”, 1933, S. Paulo, pág. 166; Pontes de Miranda — “Comentários à Constituição de 1946”, vol. I, pág. 86).

A esse raciocínio o emérito Carnelutti redargue que a solução é simples: basta desassociar o elemento interesse, — do elemento **vontade**. Por motivo mesmo das condições psíquicas do menor ou do louco dono do interesse, a norma atribui a outrem a tutela daquele interesse (Carnelutti — “Teoria geral do direito” págs. 217 e 219).

De qualquer modo não estará ausente à realização do direito subjetivo o elemento da vontade através do representante do sujeito (James Goldschmidt — “Problemas generales del derecho pags. 102 e 103).

Enfim, como último elemento do direito subjetivo apontado pela doutrina, alinha-se o **objeto**.

Tomemos de empréstimo o magistério de Carnelutti: Uma relação jurídica há de ter um objeto do mesmo modo que há de ter dois sujeitos. Um direito, sem **objeto** é um absurdo igual à idéia de um direito sem sujeito.

Objeto da relação jurídica é evidentemente um bem da vida, um **quid** apto a satisfazer uma necessidade, como se expressa o professor peninsular. Sendo ilimitadas as necessidades e limitados os **bens** idôneos a satisfazê-las, surgem desse drama social os conflitos de interesses, e, correlativamente, as relações jurídicas, desaguando nos **direitos subjetivos**.

Esses **bens** podem ser materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, simples ou compostos, corpóreos ou incorpóreos, segundo a terminologia corrente (Carnelutti — “Sistema de derecho procesal civil”, vol. I, págs. 37 e segs., Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho — “Tratado de direito civil brasileiro”, vol. IX, págs. 554-555), e, como quer que sejam, sobre eles incidem os interesses, fazendo deles **objetos dos direitos subjetivos**.

IX — Bem, chegou a hora de perguntar: está devidamente integrada a figura jurídica do direito subjetivo? Serão esses elementos há pouco referidos os únicos ingredientes do **jus subjectiois**?

Poder-se-á dizer que havendo uma norma, um fato, um objeto, interesses conflitantes de dois sujeitos em torno desse **objeto**, estamos diante de um **direito subjetivo**, sem faltar mais nada? Ou falta alguma outra **condição** necessária à integração dessa categoria jurídica, até agora esquecida pelos estudiosos ou inadvertidamente deixada na sombra?

A resposta a essa indagação é o temerário objetivo do presente estudo.

Antes, porém, de podermos encetar a tarefa, e para melhor aclarar o nosso pensamento, assegurando encadeamento lógico à exposi-

ção da matéria, convém estudar outra categoria jurídica afim, ou melhor, estreitamente ligada ao **direito subjetivo**, eis que, e por isso mesmo, não nos parece possível compreender e estruturar uma sem compreender, estruturar e bem situar metodologicamente a outra.

Trata-se da **pretensão**.

X — Quem primeiro falou em **pretensão** foi Windscheid, ainda no século passado.

No estudo que empreendeu da **actio** romana em confronto com a **Klagerecht** do direito germânico, o pandectista alemão conclui que o que nasce da lesão de um direito, por exemplo, do direito de propriedade, não é um direito de acionar, senão um direito à restituição da coisa, dirigido contra o possuidor. Em face da violação, o que surge é um direito **contra o violador**, direito esse que ainda não é o **direito de ação**.

Pois bem, diante desse quadro, e para expressar essa direção pessoal, essa tendência que todo direito possui de sujeitar ao seu império a vontade alheia, mesmo quando não violado, porém mais enfaticamente manifestada diante da violação, Windscheid usou o termo **Anspruch** (Windscheid — “Die actio des römischen Civilrechts von Standpunkte des Leutigen Rechts”, Düsseldorf, 1856, pág. 5. Consultar Giuseppe Chiovenda — “Ensayos de derecho procesal civil”, cit., vol. I, págs. 8-10), traduzido na Itália por **pretesa**, e, daí, para **pretensión** nos países hispânicos, e para **pretensão** em Portugal e no Brasil.

Se a novidade de Windscheid não favoreceu, como observa Chiovenda, a claridade das idéias sobre o tema, em troca iniciou uma série até agora interminada de divergências tendo por objeto a determinação precisa do conceito de **Anspruch**. Cada autor a entende de forma diversa, a tal ponto que se apressa a declarar em que sentido a emprega. A confusão atingiu a própria legislação alemã, pois, ao passo que no Código Civil do Império (§ 194) a **Anspruch** é o direito de pretender de outros um fazer ou um não-fazer, na Ordenança processual é o direito não satisfeito, ou o direito a uma sentença favorável, havendo quem descubra três, quatro, enfim, várias significações legais, o que fez a Bethmann-Hollweg considerar o conceito **indeterminado** e **infecundo** (Bethmann-Hollweg — “Civilprozess”, vol. VI, pág. 23) (Conforme Giuseppe Chiovenda — “Ensayos de derecho procesal civil”, vol. I, págs. 8-10, notas 18 a 23. Consultar também Espínola e Eduardo Espínola Filho, “Tratado de direito civil brasileiro”, vol. IX, págs. 594 e segs.).

O fato é que ora se sustenta ser a **pretensão** um elemento do **direito subjetivo**, (Groppali — “Filosofia do direito”, trad. port. de Souza Costa, 1926, Lisboa, pág. 302), ora o próprio **direito subjetivo** (Carlo Longo, Filomusi Guelf, Del Vecchio, Cunha Gonçalves, entre outros, citados por Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, “Tratado...”, vol. IX, págs. 350, 401, 19, 427; Luiz Ozório da Gama e Castro de Oliveira — “Comentários ao Código do Processo Penal Português”, 1932, Coimbra, vol. I, págs. 89-90; Ernst Beling — “Derecho Procesal Penal”, pág. 15); uns classificam-na como uma categoria distinta (Enneccerus), outros a representam como simples faculdade derivada do direito (Kohler), efeito ou manifestação do **direito subjetivo** (Oertmann) (apud Eduardo Espínola — “Tratado...”, vol. IX, págs. 601-607); há quem a coloque no campo do direito subjetivo material (Pontes de Miranda — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. I, pág. 92), em contrário a outros que a transportam para o **direito de ação** (Chiovenda — “Ensayos...” cit., vol. I, pág. 9, e segs.), ao lado dos que a identificam como figura intermediária entre as duas precedentemente referidas (apud Eduardo Espínola e filho — “Tratado...” e vol. cit. pág. 605).

No quadro da taxinomia jurídica a **pretensão** é geralmente situada a **posteriori** do **direito subjetivo**, aliás em fidelidade ao pensamento de Windscheid, significando a exibibilidade de respeito a esse direito. “A medida que o **direito subjetivo** se acentua, se atualiza e se integra pelo advento de circunstâncias e **condiciones juris**, ensina Pontes de Miranda, surgem as **pretensões** jurídicas” (Pontes de Miranda — “Comentários ao Código de Proc. Civil”, vol. I, pág. 102), ou como escreve Hélio Tornaghi, “do **direito subjetivo** surge a **pretensão** (pretesa, **Anspruch**). Esta não é nem um elemento nem um aspecto do direito subjetivo. É uma consequência dele” (Hélio Tornaghi — “Processo penal”, pág. 109).

Sem embargo, para aqueles que identificam a **pretensão** com o **direito subjetivo**, não há possibilidade lógica de sucessão, senão de concomitância (Gropali — “Filosofia do direito”, cit., pág. 302; Ernst Beling — “Derecho procesal penal”, pág. 15), enquanto aquel’outra corrente de pensamento, Carnelutti à frente, afirmando a desvinculação, entre as duas figuras, podendo a primeira existir sem a segunda, leva consequentemente a **Anspruch** a posição de **anterioridade** em relação ao **direito subjetivo** (Manuel Aureliano de Gusmão — “Processo civil e comercial”, 3ª ed. S. Paulo, 1934 págs. 291-292; Eliézer Rosa — “Dicionário de processo civil”, pág. 297; Carnelutti — “Sistema de derecho procesal civil”, vol. 11, pág. 8).



A par dessas divergências, distinguem os autores a pretensão de direito material da pretensão de direito processual, como se as duas figuras não tivessem a mesma essência, os mesmos fundamentos. Já no direito alemão, a **Anspruch** em sentido processual tem sentido paralelo embora não idêntico à **Klage, Klagerecht** (A. Quintano Ripollés “Dicionário de derecho comparado”, Madrid, vol. I, pág. 28), o que as diferencia da **Anspruch** em sentido de direito civil. Leo Rosenberg chega a dizer que os dois significados são **completamente** distintos (Leo Rosenberg — “Tratado de derecho procesal civil”, vol. 11, pág. 28).

Por seu lado, os juristas que colocam a pretensão no plano do direito processual, a entendem como um poder incidente sobre o dever dos órgãos jurisdicionais, “uma declaração de vontade na qual se solicita a atuação dos órgãos jurisdicionais em frente a pessoa determinada e distinta do autor da declaração (Thon, Guasp, Estevez, Miguel Fenech, Eliézer Rosa) (**Apud** Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho — “Tratado de direito civil brasileiro”, vol. IX, 629; **apud** Eliezer Rosa — “Dicionário de processo civil”, págs. 297 e 298; Miguel Fenech — “Derecho procesal penal”, 1952, 2a. ed., vol. I, págs. 482 e 483), erradicando-a do âmbito do direito civil.

Mais. Ainda aqui se discute sobre se a pretensão à tutela jurídica é ou não pré-processual, se fica ou não “do lado de fora da relação jurídica processual, como a abrir às partes, as portas para essas” (Pontes de Miranda — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol I, págs. 51 e 52). O jurista patricio acha que fica, contrariando a opinião de James Goldschmit que a filia ao seu conceito de direito judiciário material (James Goldschmidt — “Teoria geral del proceso” págs. 26, 27 e 30). Se é de direito público ou privado, contendem Kruckmann e Pontes. E assim é a coisa.

XI — Diante desse panorama, quem pode entender francamente o que seja, no final das contas, a pretensão! Como pano de amostra temos essa logomaquia do eminente Canelutti: “A pretensão é um ato, não um poder; uma coisa que alguém **faz**, não que alguém **tem**; uma manifestação, não uma superioridade do querer” (Canelutti — “Sistema de derecho procesal civil”, págs. 51-52).

O resultado de toda essa perplexidade é o desencanto de muitos estudiosos, desde o remoto e como que presciente anátoma de Bethmann-Hollweg, da indeterminação e infecundidade do conceito, até os dias de Ernest Roguin que via na pretensão um “**figmentum doc-turum**, uma “criação imaginária da ciência alemã”, um “elemento

parasitário”, “inexistente” (Ernest Roguin — “La science juridique pure”, 1923, Paris, págs. 656 e 658). Entre nós vale referir a verificação do professor Guilherme Estelita, de que a inovação de Windscheid pouco adiantou ao esclarecimento da questão e, pela imprecisão conceitual, não pode servir de base a uma orientação definitiva (Guilherme Estelita — “Direito de ação, direito de demandar”, 2ª ed., Rio, 1942, págs 37-38). Eliézer Rosa, por sua vez, concorda que a pretensão é categoria jurídica que pode ser posta à margem, e o que se consegue com ela é uma autêntica confusão (Eliézer Rosa — “Diccionario de processo civil”, págs. 298-299. Ver ainda Chiovenda — “Ensayos...”, vol. I, pág. 9).

No entanto, o mestre Pontes de Miranda acha que essa proscrição é inaceitável, pois, se a “coisa existe”?! (Pontes de Miranda — “Comentários a Constituição de 1946”, vol. I, pág. 97).

Realmente, a “coisa” existe. E deve ser devidamente considerada por ser de real proveito para a ciência do direito.

Porém, em que bases conceituais?

Volveremos ao assunto.

XII — O que nos parece mais importante a quem se decide a buscar soluções corretas ou, pelo menos, mais ou menos proveitosas para deslinde das questões jurídicas, é procurar, ter, como dissemos, os **pés no chão**, com os olhos atentos para não errar o caminho. Evite-se, o mais possível, a idéia pela idéia, evitem-se as abstrações transcendentalistas, que podem formar uma construção idealmente sólida, mas que, ao leve sopro da realidade prática, se esboroa — perdoemos o lugar comum — como um castelo de cartas ao vento.

Para o estudo do **direito subjetivo** essa deve ser a primeira preocupação do jurista: apegar-se à realidade empírica, à experiência dos fatos da vida, pois o **direito subjetivo** é e não pode deixar de ser produto da vida de relação. E a verificação de seus elementos, ou melhor dizendo, das **condições** de existência — um **fato** concreto regulado pela **norma** objetiva, um **objeto**, dois **interesses** conflitantes, ou o conflito de interesses de dois sujeitos em torno de um objeto — demonstra irretorquivelmente essa verdade.

Por isso mesmo, queremos repisar o intento manifestado de início, de jamais olvidar o aspecto prático do problema. O que nos deve interessar, a todos que vivemos o Direito, e ao abordar o tema,

é o **direito subjetivo**, vamos dizer, em concreto, trazido à vida diante de uma controvérsia de um conflito de interesses real e não imaginário ou imaginado.

O **direito subjetivo** idealmente, abstratamente considerado, tal como se diz “o direito de propriedade”, o “direito de liberdade” o “direito à vida”, esse conceito de **direito subjetivo** refoge ao nosso plano de estudo. Parecem-nos sensatas e procedentes as ponderações de Redenti: falar em direito de propriedade, em direito de cultivar, de edificar, de colher frutos é empregar a palavra — direito — no sentido mais terminológico do **que substancial**. Trata-se de um “direito” **atípico** ou **amorfo**, que seria melhor chamar-se de interesses genericamente (se bem diretamente) protegidos pelo direito” (Redenti — “Profili pratici del diritto processuale civile”, pág. 20). Somente quando a um determinado interesse de um sujeito determinado, em ordem a determinado bem, frente a um determinado outro sujeito (ou a todos os outros) se torne aplicável (em razão de seu caráter empírico) uma determinada figura legal, por exemplo, a figura da propriedade, ou do crédito, diremos que existe na ordem da realidade um (determinado) direito de propriedade, ou um (determinado) direito de crédito, **in concreto** (Redenti — obra cit., págs. 13-14).

Também a nós o que nos interessa é saber em que condições, em um caso concreto, **A** tem o **direito subjetivo** de propriedade, **A** tem **realmente** um crédito exigível contra **B**, **A** pode **privar** da liberdade a **B**, **A** pode, em um caso determinado, votar ou ser votado, **A** pode exigir, como autor ou réu (que isso não importa), dos órgãos jurisdicionais que decidam o mérito de um litígio, e assim por diante.

Como se infere dessas palavras, desejamos a formulação de um conceito **empírico** e não **metafísico** de direito subjetivo, tal como opinava Wach (Wach — “Handbuch...”, vol. I pág. 7, nota 7); e não só, desejamos um conceito que abranja o que os autores chamam as várias espécies do **direito subjetivo** (direito subjetivo privado, direito subjetivo público, direito subjetivo processual), que na realidade, não passam de uma única categoria jurídica, de essência e fundamento idênticos, com diferenças específicas apenas em aspectos secundários ou adjacentes, como a **condição** (elemento) do **interesse**, privado no que diz com o **direito subjetivo** privado, e público (interesse coletivo) no que diz com o **direito subjetivo** público; ou diferença específica apenas relativa ao plano material ou processual em que incide o **direito**, e, daí, denominar-se **direito subjetivo** material em confronto com o **direito subjetivo** processual.

XIII — Pois bem, lançando a vista para a realidade da vida jurídica, descobrimos a cada passo alguém que se julga titular de um **direito** sobre um bem, e, em consequência, se considera com o poder de exigir de outrem ou dos outros que se abstenham de pretendê-lo para si; ou se julga com o **direito** de praticar um ato concreto, e espera, em contra-partida, que não se lhe ofereçam empecilhos; ou pretende poder exigir de outrem uma prestação pessoal; ou deseja invocar a atuação do Juiz para decidir uma questão concreta e confia que essa atuação não lhe será negada.

A vida, afortunadamente, exhibe inúmeros exemplos em que esses variegados objetivos práticos são realizados e satisfeitos espontaneamente pelos interessados, sem necessidade de constrangimento, seja através do deforço pessoal legítimo do sujeito, seja através da invocação à autoridade arbitral ou judicial. Para muitos juristas, e já por nós mencionados, essa realização pacífica e espontânea do comércio jurídico não chega a interessar ao Direito, não toca à sua epiderme sensível, não crespa, ao de leve, as águas adormecidas do lago jurídico.

O cumprimento ético dos deveres de respeito aos direitos alheios — leciona Carnelutti — não significa-atuação do **direito**, senão que pode conseguir o mesmo fim do direito, ou seja, uma certa composição de interesses em contraste, e quando o consiga, “em lugar do direito, atua a paz social **sem necessidade do direito**” (Carnelutti — “Estudios de derecho procesal”, vol. I, págs. 378-379. Consultar também Ferrara — “Trattato...” cit. vol. I, págs. 321-322; Petrone, Thon e Pachione, **apud** Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho “Tratado...”, vol. IX, págs. 273, 233 e 276).

Todavia, nem sempre sucede assim, sendo também numerosas as hipóteses de controvérsia, de desacordo, de choque de interesses, em que de um lado se alega a existência de um **direito**, e de outro se contradiz essa existência, ou se rebate a alegação com um **direito** contrário.

Esse, o grande drama da vida jurídica, e apesar disso, o maior estímulo à realização do Direito, e, diga-se também, esse o caldo de cultura do **direito subjetivo**.

Questão que embasa no profundo problema da verdade — o que é a verdade?, com quem está a verdade? — que remonta ao Cristo, desse estado de dúvida e incerteza dos direitos vive e se alimenta a ordem jurídica; e jamais algum participe da vida do Direito, as partes em litígio, terceiros reflexamente interessados, jurisconsultos, advoga-

dos, juízes e tribunais se isentaram de ouvir a advertência interior do: **quid est veritas!**

Quantas vezes, como profissional da advocacia, estivemos incertos quanto à procedência do “direito” invocado pelo constituinte! Quantas vezes a nossa convicção da procedência do direito do cliente se desfez em frente à contestação do adversário. Quantas vezes um oponente surge com uma terceira afirmação de “direito”, negando as alegações de “direito” de autor e réu! Quantas vezes um “direito” que reputamos acima de qualquer exceção, é repellido pela Justiça! Quantas vezes a opinião do Juiz em favor ou em contrário ao nosso “direito” é reformada, modificada ou rescindida pela instância superior! Quantas vezes nos tribunais se manifestam divergências de votos, demonstrando que a **dúvida** persiste, a **incerteza** continua!

Por tudo isso, e para findar as exclamações que naturalmente irrompem ao observador em face da realidade cotidiana da luta pelo direito, quantas vezes a parte vencida continua sinceramente não-convencida do acerto da decisão judicial final, entendendo que seu “direito” existia mesmo, apenas vitimado por lamentável e nunca reparável erro judiciário!

Com quem a razão?! Com quem a verdade?! É o “that is the question” shakspeariano.

XIV — Chegamos ao problema do erro do Juiz.

Há teorias mais ou menos engenhosas, com o objetivo de explicar ou justificar a operância das decisões judiciais (coisa julgada) acoimadas de erro. Max Pagenstecher nega que a sentença errada seja uma declaração de direito subjetivo. Para explicar a validade prática da decisão errônea, ele imagina um pacto ficto entre os litigantes, de aceitar previamente essa decisão, malgrado o vício (**Apud** Leo Rosenberg — “Derecho procesal civil”, cit., vol. II, pág. 452). Leo Rosenberg apresenta outro ponto de vista: o autor reconhecido pela sentença, injustamente, como credor, não tem um crédito contra o réu, mas sim unicamente um direito de execução. Da sentença viciada por erro não deriva o reconhecimento de um **direito subjetivo** anterior, mas, em face da inarredável autoridade da coisa julgada, origina-se apenas um direito de execução contra o infeliz suposto devedor (Leo Rosenberg — obra e vol. cit., pág. 421. Consultar também Fernando de Albuquerque Prado — “A **Res judicata** no plano das relações jurisdicionais”, S. Paulo, 1953, págs. 22-23). No entanto, todas essas elucubrações jurídicas para justificar e explicar a vali-

dade das sentenças padecidas de erro nos parecem repousar em bases falsas.

Reponta a pergunta decisiva: com quem está a verdade?; ou, correlativamente, com quem está o **erro**?

Como saber que o juiz é quem errou? Quem sabe se o errado não é o acusador do Juiz?

Questão de consciência, questão subjetiva, variável de pessoa a pessoa (**tot capita tot sententiae**), ninguém pode ter a jactância de considerar sua razão e sua opinião melhor que a dos demais. A própria palavra — **sentença** — revela essa verdade, pois deriva do verbo **sentire**, sentir, perceber pelos sentidos, apreciar, conjecturar, ter consciência, opinião, modo de ver, segundo os dicionaristas.

Estamos diante de versões díspares sobre uma mesma realidade, e a solução natural e lógica e sobretudo jurídica, é dar prevalência à versão judicial. As versões antagônicas das partes padecem da eiva de suspeição e parcialidade, enquanto a do Juiz está super-partes, e dele se exigem os requisitos de imparcialidade com a causa (arts. 134 a 137, do Código de Processo Civil; arts. 95 e segs. e 112 do Código de Processo Penal). Ademais, é exatamente ao Juiz, como órgão do Poder Judiciário, a quem a ordem jurídico-constitucional outorga a missão precípua de **dizer o direito (dicere jus)**. Como faz ver Carnelutti, é o Juiz que **jus dicit**, porque os cidadãos, como partes interessadas numa controvérsia, **jus poseit**. Estes perguntam qual a decisão (de **de-caedere**: resolução de uma dúvida) para o conflito submetido a julgamento; aquele responde, decide, diz o direito (**dicere jus**), e, assim, exerce uma **juris dictio** (jurisdição). Somente o Juiz tem o poder de **decidir, de julgar, de dizer o direito**, e somente sua decisão, seu julgamento, sua dição do direito obriga às partes interessadas (**jus jungit**). Seria incurial que, incompetentes e impossibilitadas de decidir por si o litígio, as partes contendentes impetrassem, através do processo, a decisão do Juiz, e se permitissem, ao depois, contrapor a essa decisão as suas próprias decisões antagônicas!

Daí que, sendo o Juiz a única pessoa constitucionalmente autorizada e competente a declarar os direitos e espancar a dúvida, a incerteza, a controvérsia, seria ilógico e ilegal pretender contrapor a essa declaração a opinião profana dos particulares, especialmente sendo essa opinião **pro domo sua**. Falece termo de confronto para estimar a justiça ou injustiça da sentença judicial, diante dessa especialização e da parcialidade e suspeição das partes submetidas a essa decisão. Abstraindo a concepção quiovendiana da “concreta vontade da lei”,

vale esta passagem de Calamandrei: posto que a vontade da lei é só o que o Juiz declara, não se pode negar validade a tal declaração porque não corresponda à verdadeira vontade da lei a qual praticamente não existe senão através do pronunciamento do Juiz.

Portanto, prossegue Calamandrei, o que se pode dizer da sentença do Juiz é que ela é **sempre justa**, visto que falta a base de confronto da qual se possa apurar sua injustiça (Piero Calamandrei — “Estudios sobre el proceso civil”, págs. 434-435). Reichel, invocado por Calamandrei, não discrepa ao declarar que “a declaração de certeza que alcançou a categoria de coisa julgada, vale como justa, não porque -seja correta, mas porque é existente” (Reichel — “Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung”, págs. 2 e segs., *apud* Calamandrei — “Estudios...”, pág. 435, nota 33). Por isso mesmo Chiovenda assenta: o erro do Juiz é um fato indiferente ao direito, salvo enquanto esteja sujeito a recurso (“Ensayos... cit., vol. I, pág. 89, nota 40).

Não há, pois, falar em erro do Juiz à base da contrariedade das partes relativamente ao sentido de decisão. O que o Juiz decide em definitivo, depois do uso de todas as vias impugnativas, de todos os recursos cabíveis, tem a presunção lógica e legal de certeza, de verdade, segundo o aforismo latino: **sententia, quae in rem iudicatum transit, pro veritate habetur** (Enrico Tullio Liebman — “Eficácia e autoridade da sentença”, 1945, tradução brasileira de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, S. Paulo, págs. 120-121).

E justamente porque o veículo através do qual o Juiz **decide, diz o direito**, é o processo, proclamam os processualistas que o fim primário deste é a “eliminação da incerteza sobre a relação jurídica” (Guilherme Estelita — “Da coisa julgada”, Rio, 1936, pág. 95), “é comprovar se o direito existe ou não” (James Goldschmidt — “Teoria general del proceso”, pág. 62; Cernelutti — “Estudios de derecho procesal”, vol. 11, pág. 62; Eduardo Couture — “Introducción al estudio del proceso civil”, — Buenos-Aires, 1949, págs. 55 e 56; Kish — “Elementos de derecho procesal civil”, trad. cast. de L. Pietro de Castro — “Derecho procesal civil” Zaragoza, 1949, vol. 1, pág. 3; João Bonumá — “Direito processual civil”, vol. 1, pág. 28), constituindo-se em verdadeiro **instrumentum veritatis**.

Então, já podemos afirmar: o direito subjetivo é aquele que o Juiz declara na sentença passada em julgado, pareça certa ou errada aos olhos dos litigantes e até da sociedade, essa declaração (Enrico Tullio Liebman — “Eficácia e autoridade da sentença”, cit., pág. 120-121).

XV — Ora bem, se isso é o que praticamente ocorre, segue-se que as **condições** (elementos) enumeradas pela generalidade dos doutores como constitutivas do direito subjetivo — uma **norma**, um **fato** a subsumir na norma, uma relação entre **sujeitos** e um **objeto** — embora necessárias, são insuficientes para a conceituação da referida categoria jurídica.

Se o **jus subjectiois**, quando não reconhecido e acatado pelo sujeito passivo da relação, é aquele que o Juiz declara que é, então não bastam as condições tradicionalmente apontadas. Falta talvez a condição (elemento) de maior relevo, decisiva à configuração concreta, real, empírica do **direito subjetivo**: o **reconhecimento**!

Antes desse **ato**, o suposto titular pode entender subjetivamente que dispõe de um direito; essa convicção pode ser até mesmo da sociedade. Mas, por enquanto, repousa no mundo da idéia, da suposição, a espera pelo **reconhecimento**, ou do próprio obrigado, espontaneamente, ou do Juiz. De que serve, de que adianta, praticamente, dizer-se que o direito subjetivo existe antes do **reconhecimento** se, afinal, pela contrariedade do sujeito passivo (suposto), o Juiz pode dizer que não existe, e o que vale é essa definição judicial!

Bähr proclamava: “tudo o que nós chamamos de nossos direitos são apenas os nossos interesses que nós revestimos do conceito de direito para deixar que na sociedade humana se mostrem realizáveis” (Bähr — “Rechtsstrat”, 1864, pág. 52, nota 11, **apud** Eduardo Espínola e filho — “Tratado...”, vol. IX, pág. 321-322). Redenti é claro quando escreve que de todos os **direitos subjetivos** em geral se pode dizer que não são mais certos, de modo absoluto, senão quando venham a ser acertados pelo Juiz. (Redenti — “Profili...” cit., pág. 87).

Esse entendimento vem precisamente confirmar a bilateralidade de toda relação jurídica. A única afirmação do sujeito ativo (suposto) não basta para fazer o **direito**. É preciso que o apontado sujeito passivo o reconheça, cumprindo a obrigação ou acomodando-se à sujeição (**reconhecimento** espontâneo), ou, em seu lugar, o Juiz (**reconhecimento** coativo), impondo a obrigação ou a sujeição. Somente então se poderá dizer que o direito existe. Antes a situação jurídica se quedava em estado de **pendência** (Carnelutti — “Teoria geral do direito”, págs. 454 e seg.), de dúvida, de incerteza.

Se desejamos caminhar em terreno firme, fugindo de conceitos abstratos e infecundos, cabe-nos o dever de deixar de lado a idéia metafísica do **direito subjetivo**, apenas imaginado mas eventualmente

não confirmado pela ordem jurídica, e ater-nos à realidade prática, tal como ela se nos apresenta no comércio jurídico. Com toda razão dizia Gray: "O verdadeiro ponto de vista, na minha opinião, é que o direito é aquele que os juizes declaram" (*apud* Benjamim Cardozo — "A natureza do processo e a evolução do direito", tradução brasileira de Leda Boechat Rodrigues, 1943, Rio, pág. 81). A própria lei não foge nem pode fugir a esse resultado, ofertando ao Juiz um poder de apreciação e valoração dos fatos em muitas hipóteses absoluto. Há normas objetivas que deixam ao Juiz a faculdade de aplicá-las ou não aplicá-las, ou de escolher livremente entre as normas aplicáveis, aquela que merecer sua eleição, ou, finalmente, deixam de precisar o efeito jurídico que lhes corresponde, remetendo essa tarefa ao critério do Juiz (julgamento de equidade ou segundo as circunstâncias, ou segundo a oportunidade ou a conveniência (conf. Piero Calamandrei — "Estudios sobre el proceso civil", cit., págs. 410-411. Consultar também Carlos Cossio — "El derecho en el derecho judicial", Buenos Aires, págs. 88, 89 e 103), ao passo que a sentença criaria o verdadeiro direito (*apud* James Goldschmidt — "Teoria general del proceso" pág. 36, nota 5). O prof. Amílcar de Castro, em interessante trabalho publicado na "Revista Forense", vol. 177, págs. 28 e segs., sustenta o mesmo ponto de vista: "O direito objetivo, critério oficial de apreciação jurídica dos fatos, não tem eficácia autônoma. Conquanto seja, a todo o momento, **potencialmente** eficiente, nunca chega a ser realmente eficaz, **senão por intermédio da atividade jurisdicional** (grifos nossos). O Estado só garante como Direito, por execução **manu militari**, o julgado da autoridade jurisdicional. Enquanto o fato **reconstituído** não é apreciado oficialmente por essa autoridade, o direito objetivo não funciona, e, por isso mesmo, o **direito subjetivo não surge**" (grifos nossos) ("Variações sobre o direito e a justiça", local cit., pág. 31).

Outro consectário dessa ordem de idéias é reconhecer à sentença, sob esse aspecto, o efeito evidentemente **constitutivo**, superada, de resto, a doutrina tradicional de atribuir à sentença o caráter meramente declarativo, consubstanciada dogmaticamente na fórmula de Montesquieu: o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei.

Já Kelsen viu a decisão judicial como uma norma individualizada dentro do sistema jurídico, de efeito nitidamente constitutivo (William Ebenstein — "La teoria pura del derecho", pág. 160; Hans Kelsen — "La teoria pura del derecho" págs. 114-115, trad. cast. de Terezina, Buenos Aires, 1941).

XVI — Esta construção do **direito subjetivo** que acabamos de esboçar, em que a **condição** (elemento) — **reconhecimento** — é devidamente considerada, abarca sem sombra de dúvida as várias espécies meramente formais ou expositivas de **direito subjetivo** (público, privado, processual), que, já o dissemos, todas elas obedecem à mesma fenomenologia, são uma mesma coisa na sua essência.

De fato, não há distinguir, sob esse prisma, as relações jurídicas privadas das relações jurídicas públicas, em que o interesse individual está também presente, apenas multiplicado pelo número dos indivíduos, formando o interesse coletivo, o interesse público. As vinculações do cidadão com o Estado (**status libertatis, status civitatis**) apresentam o mesmo quadro fenomênico das vinculações de direito privado, exceção feita para os Estados sob regime ditatorial, em que está ausente a ordem jurídica, e, portanto, não merecem consideração. Qualquer idéia de **direito** que o cidadão deseje contrapor ao Estado terá de satisfazer os requisitos ou condições de existência efetiva: um **fato** a ser subsumido em uma **norma** objetiva, uma relação de supremacia do **cidadão** e sujeição do Estado em relação a um bem da vida, um **interesse** e a **vontade** de fazê-lo valer, e, afinal, o **reconhecimento** do Estado assegurando a prestação desejada, ou cumprindo a obrigação, ou se abstendo de fazer; ou o **reconhecimento** do judiciário como poder autônomo a que no Estado-de-direito, e na esfera de sua competência jurisdicional, se sotopõem os outros poderes políticos (art. 153, § 4º, da Constituição do Brasil), concedendo a prestação jurisdicional para declarar que o direito existe. Por exemplo: pretende o cidadão ter, em certas circunstâncias, o direito de ir e vir a certo e determinado lugar. Ou o Estado nada faz que obste esse propósito, assegurando, ao invés, o exercício da livre deambulação, ou o Judiciário, chamado a decidir a relação jurídica (**habeas-corpus**), reconhecerá (ou não) o **direito subjetivo** (público) à liberdade. Sem esse **reconhecimento** ainda não se poderá dizer que o **direito** existe, e todo o dia estamos sabendo de denegação de pedidos de **habeas-corpus**, ou seja, de declaração do órgão competente, de que, na hipótese **in juditio**, o constrangimento apontado era legal, não havendo o **direito subjetivo** de ir e vir, **in casu**. E o que prevalece é essa definição, sendo anódino alegar a justiça ou injustiça da decisão, o acerto ou desacerto da sentença. Outro exemplo: pretende o Estado, através do Ministério Público, exercitar o chamado **jus puniendi** contra alguém, acusando-o de ato criminoso. Só a decisão judicial dirá se o crime existiu, e, conseqüentemente, só ela fornecerá a última



e decisiva **condição** (elemento) para a existência desse direito **público** de punir (Carnelutti — “Lecciones sobre el proceso penal”, vol. I, pág. 62).

E assim indefinidamente.

Não se diferencia a explicação no terreno do processo. Propõe alguém ação judicial contra outrem. Este poderá alegar a **carência de ação** (**denegatio actionis**, falta do **direito subjetivo de ação**). Mas, diante da controvérsia (reação da **parte actoris**), restará, em última análise, a decisão do Juiz, para dizer se está ou não presente o **direito subjetivo de ação** (art. 267, inciso VI, do Cód. de Processo Civil; art. 95 e 110, do Cód. de Processo Penal). Argui um dos contendentes a suspeição ou incompatibilidade do Juiz oficiante. Nesta hipótese, o Juiz deixa a posição super-partes para situar-se como parte do processo de suspeição ou incompatibilidade, dentro do processo principal. Ele, ao invés de julgador, passar a ser **julgado** (José Guarnieri — “Las partes en el proceso penal”, tradução castelhana de Constâncio Bernaldo de Queirós, México, pág. 40; Carnelutti — “Institutiones del nuevo processo civil italiano”, págs. 174, 184 e 186). Por isso mesmo, se ele não **reconhece** sua suspeição ou incompetência quem dirá se existe ou não essa suspeição ou essa incompetência, isto é, quem concorrerá com a **condição** final, para a corporificação do **direito subjetivo** do excipiente a afastar do julgamento o Juiz indiciado de suspeição ou incompetência, será o Juiz de grau superior (arts. 138, § 2º, 313 e 314, do Cód. de Processo Civil; arts. 100 e 101, § 3º do art. 103, do Cód. de Processo Penal), de qualquer forma, um **Juiz** (Juiz singular ou Juiz colegiado). Igualmente em relação ao representante do Ministério Público, aos serventuários da justiça, aos peritos, etc. (art. 138, do Cód. de Processo Civil; art. 104, 105, 106 e 107, do Cód. de Processo Penal).

Como se vê, não basta alegar o **direito subjetivo** de obrigar um dado Juiz, um Promotor, um serventuário, um perito, um delegado, um jurado, etc. a omitir-se de funcionar no processo. Esse “direito” se evapora, se desfaz, é apenas uma miragem, uma aparência, uma quimera se não lhe advem o **fiat** judicial.

XVII — E o que existe antes desse **reconhecimento** do apontado sujeito passivo ou do Juiz? De que categoria jurídica é titular o sujeito que alega poder exigir de outrem uma prestação?

É aqui que entra ou que deve entrar a **pretensão**; é nesse sentido que essa figura jurídica pode oferecer, salvo engano, os maiores prés-

timos à teoria geral do direito; é colocando-a como um **prius** em relação ao **direito subjetivo**, e não um **posterius**, que a **pretensão** se libertará do enleio em que tem sido envolvida até hoje.

Dizer que a **pretensão** é o próprio **direito subjetivo** (Carlo Longo, Del Vecchio, Filomusi Guelf, Cunha Gonçalves, Luiz Ozório), ou um de seus elementos (A. Groppali), se nos afigura uma superfetação, uma excrescência, inadmissível em termos de técnica jurídica; caracterizá-la como manifestação do **direito subjetivo** (Kohler, Oestmann), é, **data venia**, especiosidade intelectual, sutileza que, pensamos, não conduz a coisa nenhuma; situá-la após o **jus subjectionis**, como consequência dele (Pontes de Miranda, Hélio Tornaghi), se não nos enganamos, outra inutilidade prática, não se atinando porque, consubstanciando o **direito**, apto a ser exercido diretamente e por força própria contra o obrigado, ainda fosse necessário introduzir a **pretensão** como "direito" de exigir o respeito ao "Direito", incorrendo-se em evidente tautologia; finalmente, declarar que a **pretensão** é um ato não um poder, uma coisa que alguém faz, não que alguém tem, uma manifestação não uma superioridade do querer (Carnelutti), parece-nos, com o devido respeito ao sábio professor, um circunlóquio brilhante em torno da psicologia racional.

Dizer, porém, que a **pretensão** é o ato ou efeito de **pretender** um direito, de **aspirar** a um direito, de **julgar-se** titular de um direito, de **sustentar** que um direito existe **in foro conscientiae**, harmoniza-se com o significado íntimo da palavra, segundo os dicionaristas, com o sentir comum, e com a realidade jurídica vivida a todo o momento.

A **pretensão** é uma **hipótese**, é a **opinião** de alguém sobre um direito imaginado, é uma **aspiração**, é um **Forderung**, da terminologia alemã.

Pretende A ter o direito de exigir de **B** o pagamento de certa quantia em dinheiro; ou de usar uma coisa deste em locação em comodato; ou de obrigá-lo a uma reparação de danos; ou pretende **A** exigir do Estado que se abstenha de impedi-lo a votar ou ser votado, ou lhe garanta a faculdade de ir e vir; **pretende A** poder por meio de uma demanda, exigir do Juiz que decida o mérito de um conflito de interesses que sustenta com **B** em torno de um objeto — em todas essas hipóteses que são diuturnas na vida jurídica, manifesta o agente uma **opinião** e **aspira** um resultado, uma decisão favorável. Nada mais do que isso.

O **direito subjetivo** à prestação ainda não se sabe se existe. Se o sujeito contra quem **pretende** o agente exigir a prestação, também

opina que a **pretensão** é fundada e procedente, e cumpre a obrigação, ou pagando a quantia devida ou permitindo o uso da coisa em locação ou comodato, ou reparando a lesão; ou se o Estado assegura a faculdade de voto e de eleição, ou a faculdade de locomoção, ou se o Juiz **reconhece** o direito de **ação** e promete o julgamento de mérito, **tolitur questio**: o **reconhecimento** espontâneo da **fundabilidade** da **pretensão** demonstra que a relação jurídica existe no sentido **pretendido** pelo sujeito. Se, porém, o sujeito colocado no outro polo da relação apontada com existente pelo agente, contradiz essa relação e nega a prestação, criando a pendência, a dúvida a controvérsia, não se pode dizer que o **direito subjetivo** está presente só porque o autor alega que está: o Juiz é que dirá, em definitivo, a última palavra, dependendo do seu **reconhecimento** a transmutação da **pretensão** em **direito subjetivo**. Se o Juiz exonera o réu da obrigação de pagar a quantia **pretendida** (apenas pretendida) pelo autor, se nega a relação **ex-locato**, ou se nega o comodato, se considera legal o ato do poder público de impedimento ao voto ou à eleição, ou ao ir e vir do autor, se nega o direito de ação absolvendo o réu da instância — a conclusão a extrair é que os **direitos subjetivos** alegados não existiam, o que existia era apenas a **pretensão** de possuir esses direitos.

Este raciocínio parece-nos de uma logicidade exemplar, e era à sua base que repousava a organização jurídica dos romanos no período clássico, segundo a fórmula pretoriana: "*Separet Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium dicem milia dare oportere, qua de re agitur, judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato: si no paret, absolvito*".

XVIII — Alguns autores abonam, grosso modo, esse pensamento, senão raciocinada, pelo menos intuitivamente.

O nosso saudoso Aureliano de Gusmão tem uma passagem sugestiva: "para poder alguém ser recebido a mover, contra outrem, uma ação judicial, não é mister que sua **pretensão** tenha por objeto um direito efetivamente existente, ou, segundo a frase de Manfredine, "um direito cuja existência seja palmar e intuitiva", basta que a **pretensão** verse sobre relação de direito aparentemente justa; a sentença do Juiz é que, afinal, terá de dizer se a **pretensão** é legítima ou não, fundada ou infundada, procedente ou improcedente" (Manuel Aureliano de Gusmão — "Processo civil e comercial", 3a. ed. — S. Paulo, 1934, vol. I, págs. 291-292). Bonumá, por seu lado, escreve: "a tendência de cada uma das partes a uma provisão favorável, não pode ser considerada senão uma **aspiração**" (João Bonumá — "Direito processual

civil", vol. I, págs. 21-22). Conforme Amílcar Castro — "Variações sobre o direito e a justiça" in "Rev. Forense", vol. 177, pág. 32).

Na doutrina estrangeira, vemos Satta escrever que "a base da ação não é o direito, mas a **pretensão**, que é uma direção da vontade à procura do efeito jurídico; **somente em seguida ao juízo se saberá a pretensão era fundada ou infundada...**" (grifos nossos) Salvatore Satta — "Diritto procesuale civile", Padova, 1950, pág. 86). Idem Redenti: "Soltanto quando il giudice pronunci e provveda sulla istanza effettivamente proposta (accogliendola e cioè applicando la sanzione), verrimo ad avere infatti da suo stesso provvedimento la certezza e la riprova irrefragabile, che l'azione come diritto al provvedimento (di sanzione) effettivamente esisteva. Ma fino a questo momento non abbiamo che una affermazione la proclamazione di una opinione, cioè appunto la "pretesa" della parte di avere l'azione, affermazione che può anche esser contestata e (attivamente ou tacitamente) contrastata o "resistita" dagli altri interessati (soggetti passivi) e può anche resiltare una giorno infondata, se il giudice adito si manifesti di contraria opinione (e per ciò rigette le istenza invece di accoglierla)" ("Profili..." cit., pág. 86-87. Também o mesmo autor, in "Diritto processuale civile", vol. 1, págs. 29-31). E mais de espaço: "Di tutti i diritti soggettivi in generale si può dire, infatti, che non sono mai certi in modo assoluto, se non in quanto siano stati accertati dal giudice" (Redenti — "Profili...", pág. 87). Em Boscarelli vemos esta passagem: "É indiferente, perchè sussita la pretesa (pretensão), chechi le avanza sia, o meno, titolare del concreto diritto che mediante la pretesa viene accampato: sotto questo profilo si distingue la pretesa fondata da quella infondata" (Marco Boscarelli — "La tutela penale del processo", 1951, Milano, vol. 1, pág. 142).

XIX — Por isso mesmo que a convicção do sujeito, de ter direito, configura apenas uma **pretensão**, podendo a falta do requisito — **reconhecimento** — frustrar aquela convicção, segue-se que ter **pretensão** não é ter razão (alguns autores italianos traduziram a **Anspruch** alemã, por "**razione**", segundo Chiovenda — "Ensayos...", vol. I pág. 9; e Carnelutti — "Sistema...", vol. II, pág. 8). Tanto vale a **pretensão** fundada como a infundada, uma e outra têm relevância jurídica, obrigam a uma decisão, ou do apontado obrigado, ou do Juiz (Carnelutti — "Sistema... Dirito", vol. II, pág. 68; Manzini — "Tratado de derecho procesal", vol. II, pág. 62; Manzini — "Tratado de derecho procesal penal", cit., vol. I, pág. 115), precisamente para dizer sobre a sua fundabilidade ou infundabilidade, procedência ou improcedência.

A **pretensão** é uma opinião, ou de ter direito ou de não estar sujeito ou obrigado a uma prestação.

Mesmo a **pretensão** de ter ação e a **pretensão** de demandar têm valor jurídico, para obrigar o Juiz a decidir sobre a legitimidade causal e a capacidade processual (**legitimatio ad processum**) das partes.

XX — Ainda com fundamento nessa verificação, tanto tem **pretensão** o sujeito que afirma a titularidade de um direito (sujeito ativo, autor, demandante), como o que nega a vinculação a esse direito (sujeito passivo, réu, demandado), tanto o que **pretende** exigir de outrem uma prestação, como o que **pretende** não estar sujeito ou obrigado a ela (Salvatore Satta — “Diritto procesuale civile”, pág. 94; Redenti — “Profili...”, pág. 96-97; Marco Boscarelli — “La tutela penale del processo”, cit., vol. 1, pág. 144; Pontes de Miranda — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 1, pág. 51).

No primeiro caso, temos uma **pretensão positiva** ou **vinculativa**; no segundo, temos uma **pretensão negativa** ou **exonerativa**.

Uma delas será procedente, fundada, e a outra, que lhe foi contraposta, será improcedente, infundada. Se o autor tem sua ação julgada procedente, significa que sua **pretensão** de direito material era fundada, e pelo **reconhecimento** judicial, transmutou-se em **direito subjetivo**; ao invés, e como consequência, a pretensão negativa ou exonerativa do réu foi considerada infundada, improcedente, vinculando-o irremediavelmente à relação jurídica material como sujeito passivo ou obrigado perante o autor.

Hipóteses há em que nem a **pretensão** do autor nem a do réu são procedentes, reconhecendo o Juiz como fundada a **pretensão** de um terceiro interveniente no processo (opoente), tal como soa o art. 56, do Código de Processo Civil: “Quem pretender (grifo nosso), no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”. A redação é perfeita do ponto de vista da construção proposta. Não fala a lei em um direito preexistente ao julgamento, excludente de direito do autor ou réu, mas somente na pretensão, na **aspiração**, na **opinião** do opoente de ser titular de um direito, sentido que ressaia claramente da expressão. “Quem pretender... a coisa ou objeto sobre que controvertem autor e réu...”!

XXI — Este ponto de vista aqui modestamente bosquejado, se não nos enganamos, dá solução lógica e natural aos casos das **ações**

constitutivas, e, sobretudo, aos das **ações de declaração negativa**, as quais têm, neste campo, constituído a dor de cabeça dos processualistas.

Nas ações constitutivas não se impetra o valimento de uma relação jurídica preexistente que pudesse dar corpo a um **direito subjetivo**, mas apenas que o Juiz, **ex-auctoritate propria**, se invista do poder de substituir a vontade das partes pela sua própria vontade, **constituindo** a relação **pretendida** pelo autor contra o réu (por exemplo, ações de adjudicação compulsória de terreno comprado a prestações, decreto-lei federal nº 58, de 10-12-1937, art. 16, § 1º), ou **desconstituindo** a relação jurídica, libertando os sujeitos do vínculo da relação jurídica que se deseja desfazer através do Juiz (por exemplo, ações de nulidade ou anulabilidade de casamento). Nestes exemplos, não poderia haver um “direito subjetivo” que se quisesse fazer valer por intermédio da ação, pois o que se deseja é constituir **ex-novum** uma relação jurídica ainda não existente, ou desfazer a que existe; então, ou o direito subjetivo nasce com a sentença de **constituição**, ou morre em face da sentença de **desconstituição**.

De qualquer modo, no momento da propositura da ação, não há direito subjetivo a fazer valer (ação constitutiva), ou, se existe, visa a ação exatamente fazê-lo perecer (ação de desconstituição). Ressalta que em um e outro caso, o móvel da ação é apenas uma pretensão, a aspiração de conseguir do Juiz, ou a constituição ou o desfazimento de uma relação jurídica.

Mais sugestivo é o discrime — **pretensão, direito subjetivo** — nas ações declarativas, especialmente nas de declaração negativa. Chiovenda, para quem só aquele que é titular de um direito subjetivo preexistente é que tem o direito de ação, fica explicavelmente em dificuldade diante das ações de declaração negativa, em que o autor, ao invés de fazer valer um direito, deseja exatamente o contrário, deseja que o Juiz declare que não existe a relação jurídica (Chiovenda — “Ensayos...” cit., vol. I, pág. 170). É o caso de ação movida por quem **não tem direito**, em sentido material, e, no entanto, o **direito de ação** é exercitado com o beneplácito judicial e, eventualmente, do próprio réu; e ninguém tem a coragem, hoje em dia, na fase atual da doutrina do processo, de negá-lo.

A verdade salta aos olhos: o que ocorre na espécie é o que se verifica em todos os outros casos: há **pretensão negativa, exonerativa**, visando a declaração de inexistência da relação jurídica por acaso pretendida potencialmente pelo réu contra o demandante; pretensão ne-

gativa do autor, contraposta à pretensão positiva do réu. Invertem-se os papéis. Como quer que seja, o autor não tem nem alega ter **direito subjetivo**; ao contrário, vem pleitear do Juiz que declare não existir a relação jurídica pretendida pelo réu.

O que tem, então, o autor? — Tem apenas pretensão de não estar sujeito ou obrigado à relação jurídica objeto da causa.

XXII — Enfim, e para concluir, a pretensão não deve ser concebida como o direito de exigir o respeito a um direito preexistente (Windscheid); nem como um direito consequente ao direito subjetivo (Pontes de Miranda, Hélio Tornaghi); nem como um elemento desse direito (Groppali); nem como o próprio direito subjetivo (Carlo Longo, Del Vecchio, Guelf, Cunha Gonçalves, Luiz Osório, Ernst Beling).

Em primeiro lugar, porque o direito subjetivo só se pode dizer existente quando, à alegação dessa existência, sobrevém a chancela do reconhecimento, ou espontâneo do apontado obrigado, ou coativo derivado da sentença. Sendo a pretensão um antecedente ao ato de reconhecimento do direito subjetivo alegado, não pode ser, ao mesmo tempo, uma emanção deste último, ou sua consequência, ou um elemento integrante dele, ou ele próprio. Já existe a pretensão e ainda não se sabe se existe o **direito subjetivo**.

Também não vale dizer que a pretensão é um **direito per se**. Direito como?, se há pretensões infundadas ao lado de pretensões fundadas, e sobre este ponto ninguém diverge?

Dir-se-á que a **pretensão**, quer fundada quer infundada, obriga a um pronunciamento quanto à existência ou inexistência do direito subjetivo, e nesse sentido, poder-se-á dizer que é um **direito**, o **direito** de exigir esse pronunciamento, ou um **poder**.

Confunde-se, quem assim pensar, a **pretensão** com o direito de demandar, o qual, por sua vez, não deve ser confundido com o direito de ação (ambos direitos subjetivos ditos processuais).

A **pretensão** — já dissemos — é uma aspiração, é a opinião de ter direito. Nesse sentido, todo direito subjetivo tem como germe, como pressuposto subjetivo, uma **pretensão**.

Exemplifiquemos: **A pretende** ter direito de exigir de **B** uma prestação. Significa dizer que **A tem pretensão**, só isso e nada mais. É com base nessa pretensão que ele se dirige a **B** para exigir a pres-

tação. Se **B reconhece** a fundabilidade dessa **pretensão** de **A** e satisfaz a prestação, **tolitur quæstio**, o direito subjetivo existiu.

Se, ao contrário, **B** contrapõe à **pretensão** de **A** (**pretensão** positiva), sua **pretensão** de não estar sujeito ao direito invocado por **A** (**pretensão** negativa), gera-se a **pendência**, a dúvida, a incerteza, a controvérsia. Se **A**, inconformado com a resistência de **B**, pensa dirigir-se ao Juiz, surge agora outra **pretensão** de **A**, **pretensão** de poder exigir do Juiz que receba sua ação contra **B**, (**legitimidade ad processum**), **pretensão** dirigida não mais contra **B**, mas contra o Juiz (Estado-Juiz). Se o Juiz **reconhece** a capacidade processual de **A** (**legitimatío ad processum**), corporifica-se o **direito de demandar**, isto é, o direito de exigir do Juiz um pronunciamento no processo, que pode ser talvez apenas para declarar que não pode prover ao pedido, não pode entrar no julgamento do mérito da questão, por exemplo, por falta de legitimação para a causa (**ilegitimidade ad causam**). De qualquer forma, o **direito de demandar** só existiu, só nasceu com o **reconhecimento** da capacidade processual, da capacidade de ir a Juízo (**legitimatío ad processum**). Antes, neste terreno processual, o que existia era a **pretensão** de ter direito de demandar. Se o Juiz não **reconhece** o direito de demandar, ou seja, a capacidade processual de **A**, ou por ele ser de menor idade (art. 8º, do Código de Processo Civil), por falta de assistência conjugal nos casos exigidos por lei (art. 10, do referido diploma legal), etc., não houve **direito de demandar** (art. 13º, do Código de Processo Civil), mas houve a **pretensão** (opinião de ter o direito de demandar). Depois de o Juiz receber a demanda (**reconhecimento** da capacidade processual, **legitimação processual**), segue-se outro estágio do processo: verificar se a **pretensão** de **A** de ter **direito de ação**, isto é, direito de exigir do Juiz que aprecie o mérito da questão contra **B**, é ou não fundada. Neste ponto enfrenta o Juiz o problema da **legitimidade ad causam** do autor e, eventualmente do réu. Essa **pretensão** de ter direito de ação não se confunde com a precedente, de ter direito de demandar. Se o Juiz **reconhece** a **fundabilidade** da **pretensão** de **A** de ter direito de ação contra **B**, isto é, se **reconhece** que existe uma relação de direito material entre **A** e **B**, o Juiz passa ao terceiro estágio do processo: julgamento do mérito da controvérsia, do mérito da questão.

Se não **reconhece** esse **direito de ação**, o Juiz julga infundada a **pretensão** de **A** de acionar **B**, e, conseqüentemente, decreta a extinção do processo (art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil). Houve **pretensão** de ter direito de ação, mas não houve esse direito. Finalmente, se o Juiz **reconhece** que as partes são legítimas **ad causam**, o que equivale dizer, **reconhece** que o direito de ação está presente,

então passa a julgar o mérito da lide, ou seja, passa a declarar se a **pretensão** de direito material de **A** contra **B**, é ou não precedente (razão ou sem razão do pedido), e somente a partir dessa declaração é que se saberá se o direito subjetivo de **A** contra **B**, é uma realidade. Se o Juiz julga improcedente a pretensão de **A**, não houve **direito subjetivo**, mas a pretensão existiu e operou efeitos.

Essa tríada — pretensão de ter direito de demandar, pretensão de ter direito de ação, pretensão de ter direito material — é bem apreciada no processo penal a partir do momento em que o Estado proibiu a justiça de mão-própria. Nas demandas penais de iniciativa particular, o queixoso é parte da relação processual tanto baste formular a representação ou a queixa, e recebê-la o Juiz (arts. 24 e seu § único, art. 29, do Código de Processo Penal); e, verificada a sua legitimação **ad processum**, **reconhecido** está o direito de demandar. Tratando-se de ação penal denominada (impropriamente) privada (art. 30 da lei processual penal), e verificada a legitimação do queixoso para exigir o julgamento de fundo, é-lhe **reconhecido** o direito de ação (**jus perseguendi**). No entanto, falece-lhe a qualidade de parte da relação substancial, eis que não lhe pertence o direito de punir (**jus puniendi**), que o Estado reserva para si.

Dispõe o queixoso, como pessoa de direito, como cidadão, do direito de demandar, de querelar, **res merae facultatis**, idôneo a levar o querelado às barras do tribunal, e pode ser titular do **jus perseguendi** (direito de ação), hábil a levar o querelado ao sofrimento da pena; mas escapa-lhe o **jus puniendi** (direito de infligir a pena). Três situações jurídicas claramente distintas.

Na esfera do processo civil podemos focalizar um exemplo: **A** propõe contra **B** uma ação de despejo. Se **A** não possui capacidade processual (**legitimatío ad processum**), o Juiz, de ofício ou por provocação da parte contrária, indefere liminarmente o pedido, ou supervenientemente, decreta a nulidade do processo (inciso I, do art. 13, do Código de Processo Civil), salvo se sanada a falta de capacidade (dispositivo citado). Até aqui estamos na esfera da **pretensão** de demandar e no direito de demandar (estar em Juízo). **Reconhecido** esse direito, se na contestação alega o réu que não mantém com o autor a relação **ex locato**, e o Juiz aceita a alegação e julga **A** carecedor de ação, houve processo, houve a relação processual, mas faltou a relação da ação. **A** foi julgado capacitado **ad processum**, para o que bastava tivesse a capacidade jurídica de ser parte, equivalente à capacidade jurídica de exercer direitos e contrair obrigações; mas faltou-lhe a legitimidade **ad causam**, ou seja, o direito de ação. Se o réu

não nega o contrato locativo, mas pretende que o autor não tem **razão**, e o Juiz reconhece a existência da relação contratual, houve legitimação causal das partes, ao lado da relação processual inconfundível. Nesse momento e nessa hipótese, o Juiz obriga-se a um julgamento de mérito. Porém, o Juiz ainda não julgou o pedido, não disse quem está com a **razão** (fundabilidade da pretensão). Esse é o terceiro trabalho construtivo do Juiz, definidor da relação litigiosa deduzida na demanda, isto é, declaratório da fundabilidade ou infundabilidade da **pretensão** ajuizada, também, como se vê, inconfundível com as duas **pretensões** precedentes (Homero Freire, "Recurso: direito de ação", in "Direito", vol. 94, pág. 46; in "Revista dos Tribunais", vol. 243, págs. 3 e segs.).

Quando o Juiz recebe a demanda, julga as partes legítimas **ad causam** e decreta a procedência da ação, significa ter **reconhecido** a fundabilidade das **pretensões** de ter direito de demandar, de ter direito de ação, e de ter direito substancial contra o réu, nascendo daí os **direitos subjetivos** de demandar, de ação e substancial ou material contra o demandado.

Em síntese, não se confunda a **pretensão** com o direito de exigir do Juiz o pronunciamento acerca de uma relação jurídica específica — relação processual (**legitimatío ad processum**), relação da ação (**legitimatío ad causam**) e relação de direito material (razão). A cada um desses direitos (direito de demandar, direito de ação, direito de exigir uma prestação) corresponde uma pretensão. Mas, a pretensão não é o direito, nem de demandar, nem de acionar, nem de exigir a prestação de direito material. Enfim, a **pretensão** não é um direito. A **pretensão** é apenas a **opinião** de ter direito.

Consequentemente, existe a **pretensão** sem o direito, e existe **antes** do direito.

Por seu lado, o **direito subjetivo** somente surge quando, às condições de existência de um fato regulado pela lei, vinculando dois sujeitos com interesses em conflito em torno de um objeto, incorporar-se a condição do **reconhecimento**, ou do apontado obrigado ou do Juiz!

XXIII — Acreditamos que essa concepção do **direito subjetivo** e da **pretensão** é de molde a clarear aspectos ainda obscuros da teoria geral do direito, e, se esse mérito não tiver, terá inquestionavelmente o de pôr em relevo merecido a ação construtiva do Juiz na realização do Direito, e demonstrará que da dignidade da função jurisdicional decorrerá a dignificação eterna da justiça!

ESTE LIVRO DEVE SER DEVOLVIDO NA ULTIMA
DATA CARIMBADA

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

~~BIBLIOTECA CENTRAL~~

Faculdade de Direito

Freire, Homero.

Reflexões sobre o direito sub-
jetivo.

F49-76 F340.1 F866r

Prove que sabe honrar os seus com-
promissos devolvendo com pontualidade este
livro à Biblioteca.

