

A FUNÇÃO MERAMENTE DECLARATIVA DA AÇÃO CONDENATÓRIA

THE MERELY DECLARATIVE FUNCTION OF THE SENTENCE
LA FUNCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DE LA ACCIÓN CONDENATORIA

Jeferson Marin¹

Carlos Alberto Lunelli²

RESUMO

Conquanto reconhecida como uma categoria na classificação das ações, de acordo com o critério da eficácia do provimento reclamado, a ação condenatória registra elementos que não permitem mantê-la como categoria autônoma, já que representa, efetivamente, a atividade judicial declaratória. Assim, o comando condenatório não a diferencia da ação declaratória, não se justificando a separação procedida pelos juristas. A aceitação de que se trata de simples declaração judicial e o afastamento das concepções ideológicas que permeiam o instituto poderá contribuir para a efetividade do processo, a partir da redução da ação à sua natureza, representativa da atividade jurisdicional declarativa.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Condenatória. Sentença. Atividade Jurisdicional.

ABSTRACT

Although recognized as a category in the classifications of actions, according to the criterion of the effectiveness of its action, the sentence records elements that do not allow it to be maintained as a stand-alone category, since effectively, it represents declaratory judicial activity. Thus, the sentence is not different from the declaratory action, and the distinction made by jurists is unjustified. The acceptance of the simple judicial declaration and the remoteness of ideological conceptions that permeate the Institute can contribute to the effectiveness of the process, based on a reduction of the action to its essence, representative of declarative judicial activity.

KEYWORDS: Condemnatory Sentence. Action. Judicial Activity.

RESUMEN

Aunque reconocida como una categoría en la clasificación de las acciones, de acuerdo con el criterio de la eficacia del aprovisionamiento reclamado, la acción condenatoria registra elementos que no permiten

1 Advogado. Doutor em Direito – UNISINOS (RS) - BRA. Mestre em Direito – UNISC (RS) - BRA. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UCS (RS) - BRA. Membro do IEM – Instituto de Estudos Municipais (RS) - BRA. CPF: 787.022.400-68. Endereço: Rua 13 de Maio, 581, sala 402 – Centro - Bento Gonçalves – RS – Cep: 95700-000. Telefone: (54) 9925-6810. Fax: (54) 3452-6244. *E-mail*: jdmarin@ucs.br.

2 Advogado. Doutor em Direito – UNISINOS (RS) - BRA. Mestre em Direito – UNISINOS (RS) - BRA. Professor do Programa de Mestrado da Universidade de Caxias do Sul – UCS (RS) - BRA. CPF: 37401904004. Endereço: Rua 13 de Maio, 581, sala 402 – Centro - Bento Gonçalves – RS – Cep: 95700-000. Telefone: (54) 9973-4709. Fax: (54) 3452-6244. *E-mail*: calunelli@gmail.com.

mantenerla como categoría autónoma, ya que representa, efectivamente, la actividad judicial declaratoria. Así, el comando condenatorio no la distingue de la acción declaratoria, no justificándose la separación procedida por los juristas. La aceptación de que se trata de simple declaración judicial y el alejamiento de las concepciones ideológicas que permean el instituto podrá contribuir para la efectividad del proceso, a partir de la reducción de la acción a su naturaleza representativa de la actividad jurisdiccional declarativa.

PALABRAS CLAVE: Acción Condenatoria. Sentencia. Actividad Jurisdiccional.

INTRODUÇÃO

A classificação das ações do Processo Civil tem importante papel na realização das pretensões que se apresentam ao Judiciário, porque delimita o modo de atuação da tutela jurisdiccional. E a ação condenatória, uma das espécies de ações identificadas e reconhecidas nessa classificação, é também responsável pela construção da categoria das ações processuais e, ainda, pelo tratamento dado às sentenças, especialmente de eficácia declaratória e condenatória.

A sentença condenatória está alicerçada em fundamentos históricos comprometidos ideologicamente, que produziram a distorção dessa espécie de ação no processo contemporâneo.

Percebida ainda no Direito Romano, a ação condenatória atravessou o tempo, convivendo no ordenamento processual atual. Todavia essa herança não produz resultado satisfatório, na medida em que o instituto veio ao processo moderno carregado daqueles componentes ideológicos que o justificavam no seu nascedouro. Veio o instituto, mas veio também a ideologia que o sustentou e o criou.

O resultado disso é que a estruturação das ações nos tempos atuais não consegue alcançar ao processo mecanismos para realização dos direitos que a sociedade reclama. Contribui, ao contrário, para o estabelecimento de conceitos e categorias inúteis que em nada auxiliam na efetiva prestação da tutela.

É o caso da própria condenação, que termina por realizar papel meramente declarativo de direitos, exigindo a adoção de processo posterior, destinado à concretização da pretensão do autor.

1. A QUESTÃO DA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES QUANTO À EFICÁCIA DO PROVIMENTO

A ideia de classificação das ações é decorrência da concepção de autonomia da ação que faz com que esta assuma um conceito puramente formal ou processual, fundado nas diferentes naturezas do provimento judicial.

Assim, no processo contemporâneo, a classificação das ações está distante do substrato material e tal classificação, de acordo com a eficácia do provimento, tem uma feição processual. Esse aspecto é reconhecido por Salvatore Satta, quando afirma “che pur essendo le azioni coordinate alla tutela di un interesse sostanziale, per il solo fatto di esercitarsi in un giudizio, esse presentano un necessario contenuto processuale e formale, che non deve essere scambiato con la essenza stessa dell’azione”³.

De acordo com a eficácia do provimento reclamado, as ações do processo de conhecimento encontram tríplice divisão, segundo a maior parte dos processualistas: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Tal concepção tem profundas raízes ideológicas, atravessando os séculos e mantendo a fidelidade do processo à ideia de que a feição romana da jurisdição tivesse apenas o propósito declarativo.

Essa divisão das ações em três categorias é aceita pela imensa maioria dos processualistas contemporâneos que não incluem nessa taxonomia mais do que as ações declaratórias, ou de mero *accertamento*, como referem os italianos, as ações constitutivas, hábeis a criar, modificar ou

3 SATTÀ, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 105.

extinguir uma relação jurídica e, enfim, a ação condenatória, reconhecida majoritariamente como aquela portadora de dupla pretensão, de declaração e de formação do título executivo, reduzindo-a inclusive à condição de procedimento prévio da execução.

De outro lado, divergindo da maior parte dos autores que produziram tal classificação, firma-se isoladamente Pontes de Miranda com sua célebre classificação quinária das sentenças, diferenciada pelo reconhecimento dado às ações mandamentais e executivas, respectivamente aquelas que contenham uma *ordem* e aquelas ações que se revelem capazes de realizar materialmente a pretensão do autor.

Há, no entanto, doutrinadores que realizam ainda uma classificação diversa: é o caso de James Goldschmidt, que classificou as ações em declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, definindo as ações condenatórias como aquelas que “persigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación en favor del demandante y, en alguns casos, exclusivamente a permitir la ejecución forzosa”⁴. Assim, de acordo com tal entendimento, a condenação não teria a restrita função de procedimento prévio à execução. Porém o mesmo processualista termina por tratar do conteúdo da condenação reconhecendo que, além da feição declaratória, também encerra a *ordem de execução* que se dirige ao órgão executivo.

A curiosa posição de Goldschmidt que se arrisca a classificar a ação condenatória também como mandamental, porque o título executivo conteria em si, também, o mandado dirigido ao órgão de execução tem, portanto, sustentação a partir do *comando* existente na sentença. E o argumento utilizado pelo processualista também merece atenção: traz o aspecto de que a *condemnatio* romana perdeu, no processo moderno, a sua feição privada e, assim, o título executivo que a condenação produz seria o bastante para agrupá-la entre as ações mandamentais. Nessa linha, sustenta ele, depois de afirmar também mandamental a condenação, que “esta circunstancia se explica sólo por el hecho de que la “condena” del proceso moderno ha sobrepasado los efectos privados de la “condemnatio” de proceso romano, bajo el influjo de las concepciones jurídicas alemanas”⁵.

O entendimento de Goldschmidt é creditado a um “gravíssimo erro” por parte de Pontes de Miranda que a atribui à “confusão, corriqueira, entre *mandado intraprocessual*, que depende de mero despacho ou decisão interlocutória, e o *mandado sentencial*”.⁶ É por isso que Pontes permite-se concluir que a ordem, desprovida de eficácia de sentença, não pode ser compreendida como sentença mandamental.

Então, a relevante contribuição de Pontes de Miranda, que classificou essas mesmas ações do processo de conhecimento, de acordo com sua carga de eficácia, ou de resultado, em cinco espécies, acrescentando às declaratórias, constitutivas e condenatórias também as espécies mandamentais e executivas. Ao registrar a espécie condenatória, Pontes de Miranda a classifica como aquela que “supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado *contra direito*, ou tenha causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*com-damnare*)”.⁷ Esse conceito, de fato, não é nem mesmo capaz de conceituar, porque em princípio todas as ações, também as constitutivas, declaratórias, executivas e mandamentais podem enquadrar-se nesse “obrar contra o direito”.

De qualquer maneira, o trabalho de Pontes de Miranda não justifica de forma satisfatória o estabelecimento da ação condenatória. Mesmo que se reconheça o contributo do jurista, manteve ele estreita ligação com o paradigma dogmático, afinado à herança do racionalismo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

A ‘teoria da constante quinze’, a reverência que Pontes prestou ao racionalismo, a sedução pelas soluções matemáticas, permitiu-lhe apequenar a relevantíssima construção das sentenças executivas e mandamentais [...] de modo que o sistema fosse afinal preservado.⁸

4 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 100.

5 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. p. 113. Refere: “essa circunstância explica-se apenas pelo fato de que a condenação do processo moderno superou os efeitos privados da “condemnatio” do processo romano, sob o influxo das concepções jurídicas alemãs” (tradução livre do autor).

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 10.

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. p. 121.

8 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença

Embora Pontes de Miranda tenha reconhecido que as ações acumulam diferentes eficácias⁹, deixou de perceber que a ação condenatória registra uma peculiaridade dentre as cinco espécies: é a única que exige, para realização da pretensão nela afirmada, a utilização de um processo posterior. Ou seja, não há efetivamente a *ação*, mas apenas a *pretensão*. Isso Pontes fez a partir de uma concepção de que quem condena faz mais do que simplesmente declarar ou, nas palavras de Pontes, “condenar não é declarar a *injúria*; é mais: é ‘reprovar’, ordenar que sofra”.¹⁰ De fato, Pontes deixou de considerar que a condenação não realiza a pretensão do autor, que terá de socorrer-se de outra ação.

De fato, a ação condenatória é aquela que traz a ideia de “invasão da esfera jurídica do demandado”¹¹ e representa no Direito Processual Civil – de acordo com o entendimento de grande parte da doutrina – um processo anterior ao de execução.

Essa necessidade de utilização de dois procedimentos distintos e para um único fim certamente conspira contra a efetividade do processo¹², mas tem suas raízes ainda no Direito Romano que acaba determinando alguns institutos do Direito Processual Contemporâneo, sustentados numa visão exegética e dogmática que atende a compromissos ideológicos.

2. A AFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

A equivocada compreensão do conceito de condenação implicou a distorção de outros institutos, decisivos para a Ciência Processual. Por exemplo, foi a partir da condenação que os juristas construíram a Teoria da Ação, criando a categoria das ações processuais e, ainda, permitiram-se desvirtuar outros institutos, comprometendo decisivamente o cumprimento do papel do Direito Processual, como é o caso da ação reivindicatória.

Para inúmeros processualistas, a condenação representa o estabelecimento da certeza acerca de um fato jurídico que implica uma sanção. Trata-se de atividade declaratória do juiz, que contém a imposição da responsabilidade. No entanto diversas foram as teorias que procuraram explicar a condenação.

Na célebre *Polemica Intorno all’Actio*, Windscheid¹³ percebe a vinculação da ação com a obrigação, apontando que a *actio* romana é a expressão imediata da *obligatio*, reconhecendo inclusive que se utiliza frequentemente a expressão *actio*, quando se quer designar a *obligatio*.

Mas ele mesmo reconhece que a *actio* não se limita à *obligatio*, porque *actio* é a expressão utilizada para indicar a pretensão e, ainda, a expressão que serve para indicar aquilo que se pode pretender de outro. Ele mesmo, enfim, observa que os romanos utilizavam *actio* para designar tanto um direito processual como um direito material, embora tenha admitido que “l’ordinamento giuridico romano non è l’ordinamento dei diritti, ma l’ordinamento delle pretese (*Ansprüche*) giudizialmente perseguibili”¹⁴.

Calamandrei conceitua a condenação a partir da transformação da obrigação do devedor, transformado pelo comando condenatório de sujeito ativo em objeto passivo da vontade de outro,

Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 249.

9 Na classificação quinária das ações, Pontes de Miranda reconhece que as ações registram diferentes cargas de eficácia, havendo de apurar-se a preponderante para realizar a classificação.

10 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 209.

11 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 46.

12 FRANCISCI, Pietro de. **Sintesis Historica del Derecho Romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. p. 556.

13 WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. **Polemica Intorno All’Actio**. Traduzione de Ernst Heinitz. Firenze: Sansoni, 1954. p. 11. Refere Windscheid que “l’*actio* è l’espressione immediaa ed esauriente del diritto di credito, dell’*obligatio*, ed è noto che le nostre fonti parlano frequentemente di *actio*, quando vogliono designare l’*obligatio*”: “a *actio* é a expressão imediata e exauriente do direito de crédito, da *obligatio*, e percebe-se que as nossas fontes falam frequentemente de *actio*, quando desejariam designar a *obligatio*” (tradução livre do autor).

14 WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. **Polemica Intorno All’Actio**. p. 08.

em relação ao cumprimento da obrigação. É assim que situa a característica essencial da condenação na “transformazione dell’obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell’obligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più”.¹⁵ Assim, Calamandrei reconhece a condenação como transformação da obrigação em sujeição do devedor à vontade do credor.

A natureza da situação declarada foi o ponto do qual partiu Chiovenda que também sustentou a condenatória como a produção de um Estado jurídico novo frente ao adversário, quando afirmou que “l’azione è dunque a mio parere un diritto potestativo, anzi è il diritto potestativo per eccellenza”¹⁶, e, a partir dessa concepção, percebeu a existência da sujeição do adversário ao exercício desse poder, de parte do autor.

Carnelutti seguiu a teoria da natureza da situação jurídica declarada, afirmando que “la condena a su vez se resuelve en la declaración de certeza de la responsabilidad”.¹⁷ Além disso, em obra distinta, Carnelutti destaca a presença de “otro elemento de la sentencia de condena: la orden de ejecución”.¹⁸ Numa linha similar, Kisch representou a teoria fundada na declaração da pretensão, afirmando que a sentença condenatória é aquela que é “estimatoria de la pretensión”¹⁹.

A teoria que explicou a ação condenatória a partir do *comando* foi sustentada por James Goldschmidt, dizendo que “el contenido de la acción de condena es siempre la obtención de un fallo condenatorio”²⁰, ou seja, pressupõe a condenação à expedição de comando ao órgão executivo. A crítica que se faz a essa teoria é a de que o *comando* não decorreria propriamente da sentença, mas se justificaria em decorrência da própria lei.

Interessante é o entendimento de Ugo Rocco acerca da ação condenatória, que percebe nessa espécie de ação, uma *injunção*, a partir da qual o Estado impõe a observância de uma conduta que tenha sido declarada como devida por um sujeito frente a outro. Diz o processualista, assim, que “mediante questa *ingiunzione*, lo Stato si sostituisce all’*avente diritto* nei richiamare il subietto dell’obbligo giuridico, che è stato accertato, alla osservanza del diritto”.²¹ A partir dessa concepção, Rocco reconhece que, antes de proceder à realização forçada do Direito, o Estado chama o titular da obrigação ao adimplemento, “ingiuendo di uniformare la propria condotta al precetto del diritto”.²² No entanto a condenação ainda permite a livre atuação do obrigado que pode, ou não, cumprir a sentença que o condenou.

Liebman sustentou a condenação a partir da aplicação da sanção, dizendo que “a condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente”.²³ Refere, aliás, que essa aplicação em concreto da sanção constitui a novidade da condenação em relação à simples declaração.

Embora não represente um aspecto decisivo, no campo prático releva considerar que, para alguns autores, como Salvatore Satta, a condenação encerra também um caráter constitutivo que é diverso

15 CALAMANDREI, Piero. **La Condanna**. Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1972. Vol. V. p. 491.

16 CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. Volume Terzo. p. 23.

17 CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 57.

18 CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Vol. I. p. 207. Diz: “outro elemento da sentença de condenação: a ordem de execução” (tradução livre do autor).

19 KISCH, Wilhelm. **Elementos de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 330. Refere: “estimatória da pretensão” (tradução livre do autor).

20 GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 103. Cita: “o conteúdo da ação de condenação é sempre a obtenção de um comando condenatório” (tradução livre do autor).

21 ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Torinese, 1957. Tomo I. p. 50. Diz: “mediante esta injunção, o Estado substitui ao que tem direito, na reclamação diante do sujeito da obrigação jurídica, que foi declarada, à observância do direito” (tradução livre do autor).

22 ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. p. 50. Refere: “ordenando a adequar a própria conduta ao preceito do direito” (tradução livre do autor).

23 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Proceso de Execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 15.

do direito obrigacional e que se representa pelo direito ao efetivo alcance do bem devido, expresso concretamente, como refere o processualista, “nell’azione esecutiva che sorge dalla condanna stessa”.²⁴ Ainda, Aldo Attardi também refere concordar com “il contenuto caratteristico della sentenza di condanna nella costituzione di uno stato di soggezione dell’obbligato”²⁵ e, a partir desse estado de sujeição, reconhece o liame que liga a condenação à sucessiva execução forçada.

A natureza similar à da ação constitutiva, todavia, é rechaçada por Mandrioli, especialmente sob o argumento de que nas ações constitutivas, tal qual nas declarativas, “la tutela giurisdizionale si esaurisce fruttuosamente”²⁶, enquanto que na sentença condenatória apenas se esgota uma fase da prestação da tutela.

Como se observa, embora as diferentes teorias que procuraram explicar a ação condenatória, os processualistas mantêm uma posição dogmática acerca da condenação, buscando sustentá-la em argumentos de duvidosa validade. Dizer que a condenação permite a propositura da execução, ou que faz uma sujeição do devedor ou, ainda, que é a aplicação da sanção no caso concreto não parece constituir justificativa razoável para garantir a afirmação do comando condenatório.

A verdade é que, fiel aos seus compromissos ideológicos, a ação condenatória atravessou o tempo, sustentando-se como um dos institutos do processo civil, mesmo diante das sucessivas e quase que inacreditáveis mudanças por que passou a sociedade. E a relevância da investigação acerca do efetivo papel da ação condenatória é claramente percebida por Ovídio Baptista da Silva, quando afirma que:

A atualidade da análise do conceito de condenação revela-se quando se constata que foi através dela que se manteve o sistema exageradamente “privatizado”, através da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações, de modo que a execução ficasse limitada às execuções promovidas por *credores* contra *devedores*, como está dito no art. 566, com que nosso CPC abre o Livro da “execução em geral”.²⁷

Essa privatização do processo, produto da redução do direito material ao Direito das Obrigações, operou uma deficiência na compreensão do conceito de pretensão, deixando de fora as ações executivas e mandamentais – que representariam os interditos romanos – e, como refere Ovídio Baptista da Silva,²⁸ “para assegurar o vínculo do Direito Processual com a doutrina da “divisão dos poderes”. De fato, a atividade jurisdicional resta limitada à função de dizer o direito, relegando-se a atividade executiva para momento posterior do ato jurisdicional.

A declaratividade da função jurisdicional também atende a uma exigência do liberalismo moderno que privilegia o método exegético no Direito Processual. Essa constatação, percebida por Cristina Rapisarda, também produz a “tendenza a privilegiare i valori di libertà individuale rispetto ai poteri di intervento statale, in base ad una rigida osservanza del principio della divisione dei poteri”.²⁹ Uma jurisdição que apenas declara representa menor intervenção dessa atividade nas funções estatais, mantendo-se a atividade executiva fora da atividade jurisdicional.

24 Satta refere: “na ação executiva que surge da própria condenação” (tradução livre do autor).

25 ATTARDI, Aldo. **L’Interesse ad Agire**. Padova: CEDAM, 1958. p. 103. “o conteúdo característico da sentença de condenação na constituição de um estado de sujeição do obrigado” (tradução livre do autor).

26 MANDRIOLI, Crisanto. **L’Azione Esecutiva**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 310. Cita: “a tutela jurisdizionale se esaurisce fruttuosamente” (tradução livre do autor). O autor esclarece que “nella categoria delle sentenze di mero accertamento ed in quella delle sentenze costitutive si há contestualmente un accertamento del rapporto di sanzione e la sua attuazione, mentre nella categoria delle sentenze di condanna il rapporto di sanzione è soltanto accertato nella sua esigenza di attuazione attraverso un’ulteriore attività giurisdizionale”. “na categoria das sentenças de mera declaração e naquela das sentenças constitutivas há contextualmente uma declaração da relação de sanção e a sua atuação, porém na categoria das sentenças de condenação a relação de sanção é apenas declarada na sua exigência de atuação através de uma posterior atividade jurisdicional” (tradução livre do autor).

27 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 248.

28 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Direito Material e Processo**. Revista Jurídica, São Paulo: Nota, n. 321, p. 16, dez./jul. 2004a. p. 321.

29 RAPISARDA, Cristina. **Profili della Tutela Civile Inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 15. Diz: “tendência a privilegiar os valores de liberdade individual relativamente aos poderes de intervenção estatal, baseada numa rigida observância do princípio da divisão dos poderes” (tradução livre do autor).

Enfim, o componente ideológico que permeia o Direito Processual Civil permitiu sua afirmação como ciência autônoma e descomprometida com a realização do direito material. Serviu, por outro lado, para consolidar a formação dogmática, por meio da criação de institutos vinculados à herança do racionalismo. Entre eles está a própria sustentação das *ações processuais* que prescindem dos fatos sobre os quais deverão incidir.

3. AÇÃO E SENTENÇA CONDENATÓRIA: PRODUTOS DE UMA CATEGORIA PROCESSUAL

É possível afirmar que a justificação doutrinária da ação condenatória foi responsável pelo estabelecimento do conceito de ação processual. Essa construção conceitual de *ação como categoria meramente processual* permite manter-se fiel à cientificidade, prescindindo dos fatos: é a exatidão científica, verdadeira homenagem que, ao longo do tempo, o processo continua prestando ao Racionalismo.

Essa construção é produto de uma abstração processual, sustentada nas diversas teorias criadas com o propósito de explicar e justificar os conceitos de ação. O interessante é que, para manter a fidelidade ao Racionalismo, o processo deixou de lado corretos e adequados entendimentos, entendendo-os "superados". Assim é que Ovídio Baptista da Silva afirma que a Teoria Civilista da Ação, repudiada pelos processualistas modernos, expressa efetivamente o adequado conceito de ação de direito material:

O que se indica como teoria "civilista" da ação corresponde, portanto, à "ação de direito material", ação de quem tem direito! A chamada "teoria civilista", ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da "ação" processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material!³⁰

É possível, ainda, recuperar o pensamento de Pontes de Miranda, quando aponta que "os dois ordenamentos jurídicos, o material e o processual, são distintos, suscetíveis de linhas discretivas, mais ou menos precisas; porém, isso não quer dizer que não haja contactos e reações, que levem, de um a outro, maior eficiência, ou a diminuam"³¹.

É, portanto, necessário concluir que o sistema processual contemporâneo trata da condenação a partir de um enfoque restrito, deixando de considerar o conjunto circunstancial que a envolvia no Direito Romano. Se existia a condenação perante o juiz privado romano, também coexistiam os interditos, as cominações de penas para a hipótese de descumprimento da condenação, que funcionavam como coadjuvantes, no sentido de buscar conferir efetividade ao processo.

Esses elementos não vieram ao sistema processual contemporâneo, ao menos como instrumentos coadjuvantes da condenação, de forma que a *condemnatio* afirmou-se isoladamente, deixando para trás aqueles outros instrumentos que garantiam a realização das pretensões no Direito Romano.

É provável que uma das causas desse fato resida, exatamente, no caráter das ações do Direito Romano, que eram compreendidas isoladamente, como instrumentos distintos. É assim que Jhering resume a questão, aduzindo que "a ideia geral da proteção jurídica se fraccionava através do prisma da inteligência romana numa soma de ações isoladas, completamente determinadas, podendo contar-se uma a uma".³² Jhering reconhece que as raízes desse conceito romano de ação acham-se expressas no sistema das ações da lei, ou *legis actiones*, que afirmaram, pela primeira vez, a ideia de individualidade jurídica que serve de base à ação.

Lieberman não conseguiu perceber a inexistência da ação condenatória no plano material, embora tenha utilizado exatamente esse aspecto para justificar a condenação. Diz o processualista que "enquanto os fatos da vida corrente tornam concretas as regras abstratas contidas nas normas do direito material, não são suficientes para tornar concretas as regras sancionadoras, para o que se necessita uma operação que o juiz realiza mediante a sentença condenatória"³³.

30 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Direito Material e Processo. **Revista Jurídica**, São Paulo: Nota, n. 321, p. 16, dez./jul. 2004. p. 321.

31 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 25.

32 JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. I. p. 239.

33 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 21.

É possível, assim, constatar que Liebman aproximou-se da percepção da inexistência da ação condenatória no plano material. Porém, em vez de investigar as evidentes diferenças que se apresentam entre a ação processual condenatória e as demais com as respectivas correspondentes no plano material, o processualista agarra-se ao dogmático argumento de que o ordenamento jurídico, em que gravitam as relações jurídicas, dispõe dos aparelhos coativos necessários. Essa posição dogmática, quase que numa análise exegética, impediu o processualista de reconhecer a inexistência da ação condenatória no plano material.

Acerca da ação condenatória, Botelho de Mesquita afirma que “não visa diretamente à produção de nenhum efeito de direito material. A expressão sacramental ‘condeno o réu’ a cumprir tal ou qual obrigação, não produz qualquer alteração na obrigação em si mesma, que continua a ser o que antes da sentença já era”.³⁴ A partir daí, Botelho de Mesquita permite-se concluir que os efeitos da condenação são unicamente processuais.

Assim, o que faltou para Liebman notar, exatamente, é que o titular da relação não poderá exigir do *devedor* um comportamento que se assemelhe ao resultado prático da condenação. No entanto tal aspecto foi habilmente percebido por Ovídio Baptista da Silva, quando diz:

[...] no plano do direito material, o titular do direito (verdadeiro titular, porque no direito material não existem os falsos titulares de direito) pode *exigir* (exercer pretensão) do destinatário do dever jurídico que ele declare, crie ou desfaça uma certa relação jurídica, execute ou cumpra ordens, derivadas de exercício regular do direito, porém não haverá lugar para que ele exija do *devedor* um certo comportamento que se possa identificar como o exercício ou o resultado de uma condenação.³⁵

Não pretende dizer o processualista, com isso, que a condenação seja uma criação livre do processo ou, como ele mesmo refere, “a sentença condenatória existe porque, no plano do direito material, existe uma relação obrigacional de que ela se origina, e a que o processo haverá de ficar estruturalmente vinculado”³⁶.

Ainda a propósito dessa questão, Buzaid não percebeu esse importante elemento, quando afirmou que “a sentença condenatória, ao contrário, não se consuma em si mesma: ela é proferida em vista da possibilidade de que, perdurando o inadimplemento do devedor, deva o credor pedir a execução; a sentença condenatória atribui-lhe esta faculdade e é condição necessária e suficiente do pedido correspondente”.³⁷ Ora, se perdurando o inadimplemento, o credor ainda deverá *pedir a execução*, como refere Buzaid, então é necessário concluir, de acordo com o lúcido ensinamento do Professor Ovídio, que no plano material não há a correspondência com o resultado da condenação, o que demonstra que se trata de uma criação do Direito Processual, a partir da relação obrigacional existente.

Enfim, a situação em que se colocam os doutrinadores, na atualidade, é muito clara, no sentido de distinguir as duas ações. O contraponto, na espécie, fica por conta do entendimento de Ovídio Baptista da Silva, que é categórico ao repelir a existência de diferença entre ação condenatória e ação declaratória, pensamento que prima pela lucidez e merece ser acompanhado, quando diz que “haveremos, portanto, de classificar as ações não em cinco classes, como o fez Pontes de Miranda, mas em quatro – declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais – posto que esta, como as demais classificações possíveis, referem-se às *ações de direito material*”³⁸.

A inexistência, no plano do direito material, de uma pretensão à *condenação* não permite classificá-la autonomamente, o que, aliado à sua inafastável semelhança com a ação declaratória, conduz à acertada conclusão de que a distinção procedida na doutrina não encontra fundamentação científica, sendo de recusar-se tal separação.

34 BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da Ação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 104.

35 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 233.

36 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. p. 234.

37 BUZOID, Alfredo. **A Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 135.

38 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 234.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É curioso observar uma ciência que se propõe ao papel de realizadora de pretensões, como é o Direito Processual Civil e que mantém acesos institutos que impedem o cumprimento dessa missão. A ação condenatória – ilustre representante do sistema de ações do Processo Civil – opera exatamente no sentido inverso ao da realização das pretensões que se apresentam e, mesmo assim, paira incólume entre os tradicionais institutos do Direito Processual.

Na verdade, nem de ação se trata. Constitui não mais do que um passo para a ação de execução, mas, mesmo assim, agrega uma sustentação em grande parte da criação intelectual que opera no Direito Processual, representando o produto de uma construção histórica, que tem profundas raízes ideológicas.

O procedimento da *actio* romana veio ao direito moderno de modo mais ou menos isolado ou, pelo menos, sem fazer-se acompanhar de outros institutos romanos, que permitiam a sustentação daquele sistema. Desse modo, mantém-se a defesa de um instituto que não serve para garantir a realização da pretensão do autor da ação. Basta ver que a sentença proferida na ação condenatória não atende à pretensão do autor, servindo apenas para o início da ação de execução.

A construção histórica da condenação, fundada na ideia de jurisdição declarativa – o juiz diz, mas não faz; condena, mas não executa – e que termina por sustentar a criação da categoria das *ações processuais*, representa a subserviência do sistema ao modo de produção e garantia da ordem vigente.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ATTARDI, Aldo. *L'Interesse ad Agire*. Padova: CEDAM, 1958.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A Ação Condenatória como Categoria Processual*. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito Material e Processo*. Revista Jurídica. São Paulo: Nota, n. 321, p. 16, dez./jul. 2004.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da Ação Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BUZAID, Alfredo. *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *La Condanna*. Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1972. Vol. V.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

_____. *Estudios de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. Volume Terzo.

FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. I.

KISCH, Wilhelm. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'Azione Esecutiva*. Milano: Giuffrè, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della Tutela Civile Inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987.

ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Torino: Torinese, 1957. Tomo I.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959.

WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica Intorno All'Actio*. Traduzione de Ernst Heinitz. Firenze: Sansoni, 1954.