

Ações. Classificação: ação mandamental, declaratória, cominatória, constitutiva.

Teorias da individualização e substanciação. Pedido, causa de pedir próxima e remota.

Ersio Miranda, Antônio Martins Azevedo, Elizabeth M. M. Dias Tavares Paes,
Fernanda Cristina Lizarelli Marchetti*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa apresentar de forma sucinta, o tema Ações, classificação, Ação Mandamental, Declaratória, Cominatória, Constitutiva, Teorias da Individualização e substanciação, Causa de Pedir próxima e remota, e Cognição

O tema é por demais complexo, por isso ater-nos-emos aos princípios basilares dando a visão dos principais doutrinadores, especialmente Chiovenda e Pontes de Miranda.

A pesquisa foi elaborada de forma bibliográfica, utilizando-se da doutrina, jurisprudência legislação e do mais recente recurso à disposição, qual seja, a pesquisa virtual através da web.

Ação é o meio legal de pedir, judicialmente, o que é devido. A ação consiste apenas no direito à tutela do Estado, na defesa de uma interesse, direito subjetivo público distinto de um eventual direito concreto ou material.

Configura-se, portanto, a distinção entre o direito material e o direito de ação.

José Frederico Marques define a ação como sendo o direito de pedir a tutela jurisdicional para que o Estado satisfaça a uma pretensão regularmente deduzida. A ação não é propriamente, um direito à tutela jurisdicional, mas apenas o direito de pedir tal tutela, pois do teor do art. 2º do CPC conclui-se que o Poder Judiciário não prestará a tutela jurisdicional quando o interessado simplesmente a requerer, o atendimento não será concretizado se o pedido não preencher a forma prescrita (CPC, arts. 2.º, 36, 37 e 282), não houver interesse e legitimidade (CPC, art. 3º), quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (CPC, art. 267, IV), quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual (CPC, arts. 3.º e 267, VI).

A natureza do direito de ação é subjetiva, pública, abstrata e genérica.

As Ações de conhecimento, provocam uma providência jurisdicional que reclama, para sua prolação, um processo regular de conhecimento, por meio do qual o juiz tenha pleno conhecimento do conflito de interesses a fim de que possa proferir uma decisão pela qual extraia da lei a regra concreta aplicável à espécie.

As Ações Declaratórias visam uma declaração quanto a uma relação jurídica, e a ação visa desfazer, tornando certo aquilo que é incerto, desfazer a dúvida em que se encontram as partes quanto à relação jurídica.

As Ações Condenatórias visam uma sentença de condenação do réu. Tais ações tendem a uma sentença em que, além da declaração quanto à existência de uma relação jurídica, contém a aplicação da regra sancionadora.

As Ações Constitutivas se propõem a verificação e declaração da existência das condições, segundo as quais a lei permite a modificação de uma relação ou situação jurídica e, em consequência dessa declaração, a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica.

Nas Ações Executivas, o credor, com fundamento no título executivo extrajudicial ou judicial – art. 583 do CPC, que é a sentença proferida na ação condenatória, pedirá que se realize essa decisão.

Analisaremos, ainda, as Teorias da individualização e substancialização, o pedido e a causa de pedir, e, finalmente, a cognição.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

2.1. Conceito de ação

Toda demanda – qualquer que seja sua natureza e finalidade – compõe-se de três elementos indispensáveis à formação de seu conceito, que são as partes, a causa de pedir – causa petendi, e o pedido. Assim como a omissão ou a insuficiência de qualquer um destes três elementos torna defeituosa a formulação da demanda judicial, assim também a mudança de qualquer deles importará na transformação da demanda em outra diferente. Partes, causa petendi e pedido são, portanto, os elementos formais de toda e qualquer demanda, independentemente de seu conteúdo específico.

O mais antigo conceito de Ação, de que se tem notícias, é aquele atribuído a Celsus, adotada pelo Direito, "Nihil aliud est actio quam persequendi in iudicio quod sibi debeatur", ou seja, "Ação nada mais é do que o direito de reclamar em juízo aquilo que nos é devido".(1)

Nosso maior processualista, João Mendes Júnior, não teve preconceito em adotá-lo, e Giuseppe Chiovenda, um dos mais lúcidos processualistas modernos, confessa que o seu conceito não dista muito do axioma miraculoso e perene do genial jurista latino.

Abaixo segue algumas opiniões sobre o que seja Ação:

Corrêa Telles, "Ação é o remédio de direito para pedir ao juiz que obrigue a outrem a dar ou fazer aquilo de que tem obrigação (perfeita)".

Windcheid, "Ação é um meio auxiliar para pedir a manutenção de um direito preexistente, em cujo exercício fomos turbados ou lesados".

Muther, "Ação é a pretensão do titular do direito, em relação ao Estado, à concessão de uma fórmula no caso de violação desse direito".

Liebman, "Ação é o poder de realizar a condição que põe em exercício o órgão judicante".

Carnelutti, "Ação é o direito de obter uma sentença sobre o litígio deduzido no processo".

Chiovenda, "Ação é o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei".

Moacyr Amaral Santos, "Ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional".

Frederico Marques, "Ação é o direito de pedir a tutela jurisdicional do Estado, para ser atendida uma pretensão insatisfeita".

Dos conceitos acima expostos, de excepcionais juristas, pode-se, então deduzir que "Ação nada mais é do que o direito de exigir do Estado uma prestação jurisdicional que venha solucionar ou dirimir dúvida e litígios oriundos das relações jurídicas ocorrentes na vida em comunidade. Ou, em outras palavras: Ação é o remédio jurídico processual que o Estado coloca à disposição dos governados para reprimir ou restaurar os seus direitos violados ou simplesmente ameaçados. Portanto, se trata de um direito público, subjetivo e autônomo", ensina Gilberto Caldas, em sua obra *A técnica do direito*.

2.2. Classificação

A maioria dos doutrinadores classificam as ações em função do direito substancial e em função do direito processual.

Em relação ao direito substancial existe a divisão clássica de ações reais, pessoais e de estado (prejudiciais), no que concerne ao direito reclamado; e ações mobiliárias e ações imobiliárias em relação ao bem exigido.

Moacyr Amaral Santos ensina:

"As ações reais visam à garantia de um direito real. As ações pessoais tendem à tutela de um direito pessoal, ou, mais precisamente, o cumprimento de uma obrigação.

As ações prejudiciais tendem, pois, à tutela do estado de família.

São mobiliárias as ações que versam sobre coisas móveis; são imobiliárias as que versam sobre coisas imóveis".

E mais;

"Para sabermos se uma ação é real ou pessoal, formula-se a seguinte pergunta: Por que se deve?

Pela ação reivindicatória, o autor, dizendo-se senhor da coisa, pede que seja condenado a entregar-lhe aquele que injustamente a detenha. Por que se deve? Por força da propriedade, que é direito real (Código Civil 674). A ação de reivindicação é, pois, real.

Assim, a ação de despejo se deriva de um contrato de locação. Por que se deve? Em razão do contrato de locação. Logo, a ação de despejo é pessoal.

Assim como para se saber se uma ação é pessoal ou real costuma-se formular a pergunta: Por que se deve?, para indagar-se se uma ação é mobiliária costuma-se formular outra pergunta: Que é que deve?

Os exemplos seguintes mostram o interesse prático dessas perguntas:

1º) Ação pela qual se pede a restituição de automóvel dado em locação. Por que se deve? Com fundamento no contrato de locação; logo, ação pessoal. O que se deve? Um automóvel; logo, ação mobiliária.

2º) Ação de despejo. Por que se deve? Com fundamento no contrato de locação; logo, ação pessoal. O que se deve? Um imóvel; logo, ação imobiliária".

A importância desta distinção, de ordem eminentemente substancial, pode ser explicada da seguinte maneira: em sendo a ação real e imobiliária o autor necessitará de autorização de seu cônjuge e de requerer a citação também do cônjuge do réu, para propor ação, ex vi do art. 10 do CPC. É matéria de direito substancial que influi sobre o direito processual.

A ação real e imobiliária tem como foro competente o lugar onde está situado o imóvel, e não o domicílio do réu, que é o domicílio geral – art. 95 do CPC.

No que concerne às ações prejudiciais (de Estado) elas são imprescritíveis, e ex vi do art. 351 do CPC não admitem a confissão ficta através do fenômeno jurídico da revelia.

No que se refere ao direito processual, os mestres usam como ponto de referência, para a classificação, a natureza da tutela jurisdicional invocada, "conforme se trate de tutela jurisdicional de conhecimento, de execução, preventiva ou cautela, se classificam as ações em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares" segundo Moacyr Amaral Santos.

"Ações de Conhecimento são aquelas que invocam uma tutela jurisdicional de conhecimento; Ações de Execução são as que provocam tutela jurisdicional de execução; Ações Cautelares são as que suscitam medidas jurisdicionais preventivas ou cautelares", ainda como ensina o mestre Moacyr Amaral Santos.

Essa classificação deve ser acolhida, não só pela sua autoridade, mas também pelo fato de ter o legislador seguido esse caminho.

A ação de cognição ou de conhecimento visa o exame mais completo possível do litígio, com oportunidade ampla de defesa, coleta exaustiva de provas, para que o juiz chegue a uma decisão final de mérito, de preferência justa.

Conforme o que se deseja contido no bojo da sentença, a ação pode ser subdividida em: declaratória, constitutiva, condenatória e condenatória-executória. Esta última categoria não será encontrada em nenhum outro autor, por se tratar de uma espécie criada por Gilberto Caldas, com apoio da doutrina e da jurisprudência.

A ação de execução visa a efetivação das sanções constantes de sentenças condenatórias e de determinados documentos aos quais a lei atribui o privilégio da executividade, quer se trate de execução de sentença ou de execução de títulos extrajudiciais.

A ação de prevenção ou cautelar visa assegurar os efeitos da sentença a ser proferida no processo de cognição ou de execução. Logo, ela só pode ser acessória e provisória, e vigorará enquanto se aguarda a decisão da ação principal.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES SEGUNDO CHIOVENDA

"Chiovenda leva em consideração dois critérios: 1) a ação como sinônimo do direito material deduzido ou a deduzir em juízo (res in iudicium deducta) e 2) apreciar a ação em sentido próprio (poder de pedir a atuação da lei pelos órgãos jurisdicionais).

a) Reais e Pessoais – que remete à distinção entre direitos pessoais e direitos reais;

b) Mobiliárias e Imobiliárias – que se funda sobre a natureza móvel ou imóvel da coisa que é objeto do direito;

c) Principais e Acessórias – em que se destaca a existência de duas acepções para a distinção: importância que uma ação exerce sobre a outra, por lhe ser consequential ou conexa; ou por estabelecer uma relação de menos para mais ou de meio e fim (art. 108, do CPC).

d) Petitórias – que diz respeito à ação real, em oposição à ação pessoal.

A classificação funda-se, como próprio autor o admitia, na natureza mesma do direito material a que a ação busca tutelar e, por isso, corresponde a uma visão privatística da ação, sabendo-se que o autor a concebe como um direito concreto de agir, ou seja, o direito de ação só existe para quem tem o direito material.

Para Cândido R. Dinamarco, "A doutrina brasileira do processo civil, embora criticando essas classificações tecnicamente incorretas, é obrigada a levá-las em consideração, porque legem habemus e todo trabalho dogmático há de ser construído sobre o que existe no direito positivo". (2)

Em relação à ação em si – ou ação de direito processual, considerada como o poder de pedir a atuação da lei através dos órgãos jurisdicionais, Chiovenda formula outra classificação, com a observação de que nenhuma mais tem cabimento "... que não a fundada na natureza do pronunciamento judicial que a ação tende", o que certamente é revelado pelo pedido.

Essa atuação da lei pode assumir três formas: cognição, conservação e execução, resultando, de cada qual, diferentes provimentos, que correspondem respectivamente a cada um dos processos.

Da cognição, deriva, segundo Chiovenda, as ações de condenação, constitutivas e declaratórias.

Quando se deseja obter do juiz um pronunciamento que tem por fim apressar a execução, ainda que se não prescindia da cognição, se reconhece que tenha função preponderantemente executiva, alinhando-se entre elas a execução provisória da sentença, o procedimento documental, cambiário e, o procedimento monitório ou injuncional, que recebe do mesmo autor a denominação de Ações Sumárias.

4. CLASSIFICAÇÃO DE PONTES DE MIRANDA

4.1. Introdução

Opondo-se ao já pesquisado, Pontes de Miranda, a partir do princípio de que cada ação não tem apenas e exclusivamente uma carga de eficácia, entende que se deve buscar uma

classificação com vista às cargas de eficácia da sentença que se busca, identificando cinco delas: Declarativas, Constitutivas, de Condenação, Mandamentais e Executivas.

4.2. Classificação

Ação declarativa

O douto professor ensina que a ação declarativa visa o ser ou não-ser da relação jurídica, e obrigatoriamente supõe a pureza – relativa – do enunciado que se postula, de forma que por esse enunciado postula-se não a condenação, a constituição, mandamento ou execução.

Ação constitutiva

Através desta ação busca-se a pretensão constitutiva, que o autor identifica no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, de forma que o titular da ação age para a constituição a que tem direito, tanto por ato próprio – direito de denúncia, direito de resolução -, quanto através de ato judicial – a sentença -, quanto, ainda, por outra autoridade semelhante ao juiz.

Ação de condenação

Pontes de Miranda diz que esta ação supõe que os sujeitos passivos – aquele ou aqueles a quem se dirige a ação -, tenham atuado contra direito e, assim, causando dano, merecendo ser condenados (com-damnare). Isto é, nas palavras do mestre: "Não se vai até à prática do com-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danoção, de que acusou alguém, e pede-se a condenação", concluindo que caberá à ação executiva "... levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico".

Ação mandamental

Refere-se esta ação à pretensão por atos de que o juiz ou outra autoridade deva mandar que se pratiquem.

Isso corresponde à tríplice divisão das ações de conhecimento: Declaratórias, Constitutivas e Condenatórias, afirmando-se, mesmo, que não tem aceitação na doutrina a denominação Ações mandamentais.

Assim, a classificação de Pontes de Miranda não estabelece um novo grupo de ações, denominado de mandamentais. Identifica, apenas, essa eficácia de todas as categorias, como já examinado. Não obstante, vem-se firmando o entendimento de que a tripartição das sentenças e das ações a que elas se referem não esgota, absolutamente, "... toda a fenomenologia sentencial, que se alarga, às vezes, para abranger por igual as sentenças mandamental e executiva".

Também não se deve considerar como título executivo apenas a sentença de condenação proferida em processo de jurisdição contenciosa. Também em alguns casos de jurisdição voluntária se forma um título com eficácia executiva, como se dá, v. g., se um dos cônjuges se recusa a cumprir o acordo de partilha.

Pontes de Miranda explica que:

"Na vida de estudos diários, intensas, de mais de meio século, nunca encontramos, nem conhecemos qualquer ação ou sentença que não caiba numa das cinco classes – declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva.

A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação preponderantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. A ação constitutiva é a ação preponderantemente constitutiva. A sentença, que ela espera, mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena.

A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é.

A ação condenatória é a ação preponderantemente condenatória.

Mais se pode condenar do que declarar, do que executar, do que constituir, do que mandar.

A ação executiva é ação que, predominantemente executa".

Em que pese a predominância de elementos, o mestre vislumbrava, ainda, a presença dos outros elementos pertinentes da ação, explica ele que:

"Em todas as sentenças, há pelo menos, a constitutividade que resulta de ter sido proferida. Em toda sentença, há pelo menos, a condenatoriedade, que vem à composição da condenação nas custas.

Em toda sentença, há, pelo menos, a mandamentariedade do 'publique-se, registre-se'. Em toda sentença, há, pelo menos, a executividade que deriva de se pôr na esfera jurídica de alguém a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa, com sinal contrário, na esfera jurídica de outrem".

Pontes de Miranda constata que, sendo a declaração o elemento principal da jurisdição, do ato de dizer o direito, toda sentença contém um certo grau de declaratividade.

Todas as ações tem um plus no tocante à declaração. Toda sentença constitutiva declara, porque não se poderia conceber que a prestação jurisdicional pudesse consistir em modificar o mundo jurídico sem partir do conhecimento desse e da afirmação de existir a

relação jurídica correspondente ao direito à constituição positiva, modificativa ou extintiva. Toda sentença condenatória também declara, pois não seria de admitir-se que se sancionasse sem se afirmar a existência da relação jurídica e da infração. Toda ação declarativa declara, porque seria grave que já não estivesse, noutra ação, assente a legitimidade da entrada na esfera jurídica de outrem, e que, na própria ação executiva, não se declarasse tal legitimidade. Há, pois, elemento em toda ação e em toda sentença, porém, nem sempre é relevante, nem a fortiori, preponderante".

Do ensino do mestre deduz-se que toda ação tem uma declaração, constituição e condenação imanente e imprescindível e, às vezes, uma execução ou uma prevenção.

"A ação é classificada conforme aquilo que se espera da sentença, se a ação foi julgada procedente", conforme o quadro abaixo.

Para Pontes de Miranda todas as ações visam à obtenção de um provimento jurisdicional que tem cargas múltiplas de eficácia, para cuja demonstração elaborou uma tabela, onde procurou, com rigor matemático, identificar os pesos de eficácia de cada ação, segundo o efeito desejado fosse de maior ou menor intensidade. Assim, a eficácia que obtém maior peso na tabela, dá nome à ação, como segue:

Ações Típicas das Cinco Classes

Eficácia

Declarativa
Constitutiva
Condenatória
Mandamental
Executiva

Ação declarativa

5
3
2
4
1

Ação constitutiva
(v. g., interdição)

4
5
1
3
2

Ação condenatória
(v. g., cobrança de dívida)

4
2
5
1
3

Ação mandamental
(v. g., retificação de registro)

1
3
2
5
1

Ação executiva
(v. g., actio iudicati)

3
2
1
4
5

O quadro acima, segundo o mestre, demonstra a classificação das ações, atribuindo a denominação da ação conforme a carga de eficácia de cada uma.

Portanto, no que respeita à ação declarativa e respectiva sentença, afirma-se que ela "preponderantemente declara, mas ... contém mandamento como eficácia imediata e mediata". A ação constitutiva e sentença correspondente, preponderantemente constitui, mas "provavelmente declara em peso mediato ou com peso imediato manda, de modo que, quando a eficácia de quatro unidades não é declarativa, é mandamental, sendo mediata a outra".

Na ação e sentença condenatórias, afirma que "... a sentença que condena, também declara, com peso de eficácia imediata ou mediata. Se a eficácia declarativa é imediata, tem-se de investigar qual a eficácia que vem depois: quase executiva".

Em relação à ação e sentença mandamentais, diz que se "... a sentença preponderantemente manda, provavelmente a declaratividade é 4 e a constitutividade, 3. Às vezes, porém, a eficácia mediata passa a ser de condenatoriedade (caução em ação cominatória: ação de manutenção de posse; extinção de usufruto ou fideicomisso, sem ser por culpa do usufrutuário ou do fideicomissário); ou de executividade (ação de manutenção provisória da posse, se duas ou mais pessoas se dizem possuidoras)".

Concluindo, na ação e sentença executivas, afirma que "se a sentença preponderantemente executa, provavelmente se segue à força da sentença a eficácia mandamental. Temos, pois, 5 de executividade e 4 de mandamento".

Pontes de Miranda é zeloso ao formular a indagação por que "a carga mediata de elemento declarativo é incluso, isto é, já a sentença, a respeito dela, se basta, mas, a carga mediata de condenação, ou de mandamento, ou de executividade é sempre exclusiva, ou seja, exige que proponha outra ação?

a) Quem declara põe a proposição, que faz a decisão, após, no tempo, ao que se declara, ainda quando se pense declarar relação jurídica futura o que se declara é a relação jurídica anterior à declaração, se bem que relação jurídica de que inevitavelmente resulta. A eficácia mediata, 3, e não só a força da sentença, e a eficácia imediata ficam lógica e cronologicamente antes da sentença ou dentro dela.

b) Quando se constitui, há, no tempo, passado, a, em que algo não havia, e momento b, em que algo se cria, se constitui. O peso de eficácia mediata, 3 (e não só a força da sentença) e o peso de eficácia imediata são dentro da sentença, contemporânea da irradiação da sua força. Não se pode constituir e esperar que outro juiz, ou o mesmo juiz, noutra ação, constitua.

Quer se trate de elemento declarativo 3, quer de elemento constitutivo 3, a eficácia é mediata no pretérito, isto é, em algum momento do passado até o trânsito em julgado da sentença inclusive. Não no futuro".

4. AÇÃO DECLARATÓRIA

Conforme a classificação do Código de Processo Civil, que classifica a ação segundo à pretensão, ou seja, quanto a providência jurisdicional invocada, a ação declaratória é uma subdivisão das ações de conhecimento.

A ação declaratória é então, uma ação de conhecimento que apresenta efeitos fundamentalmente declaratórios. Segue o rito de procedimento ordinário.

Na ação declaratória, toda pretensão estará satisfeita com a sentença, em que se declare a existência ou inexistência da relação jurídica.

"Alguns códigos estaduais já faziam referência a "mero interesse à declaração judicial", vindo a figurar no CPC de 1939, quando este, no parágrafo único do art. 2º, dispunha: "O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração de autenticidade ou falsidade de documento".

No atual estatuto processual figura no art. 4º:

"O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I – Da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II – Da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito".

O texto legal leva à conclusão de que as ações declaratórias visam, simplesmente, provocar a manifestação do Estado-juiz sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a declaração da autenticidade ou falsidade de um documento".(1)

"No item I do art. 4º assegurado se encontra à pessoa natural ou jurídica, o direito de propor uma ação meramente para obter uma declaração que afaste dúvidas sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Existe ou não existe. A pretensão do autor visou a obtenção declarativa sobre a existência da relação jurídica. O autor propõe a ação para obter uma declaração positiva ou negativa. A resposta é dada pelo juiz através da sentença, afastando a incerteza.

Prevê, ainda, o estatuto processual, no item II, ação meramente declaratória, do chamado "fato puro", que tem como objeto pedido de declaração de autenticidade ou falsidade de documento (conseqüências poderão advir; contudo, a pretensão consubstanciada no pedido foi, exclusivamente, para ser declarada a autenticidade ou falsidade do documento)".(2)

4.1. Natureza Jurídica

"Devido às peculiaridades da ação declaratória, diversas teorias tentam estabelecer sua natureza jurídica:

Teoria do Remédio Preventivo de Direitos - Tendo em vista o escopo maior da ação declaratória ser a prevenção da violação a direitos, buscando evitar litígios, considera a ação declaratória como uma etapa anterior à ação propriamente dita, com natureza jurídica própria. No entanto, a prevenção de litígios que se procura evitar são aqueles que ainda estão por vir. Hoje em dia, tal teoria está completamente afastada, em face da aceitação unânime no meio jurídico pátrio de que o litígio está presente na ação declaratória, uma vez que o autor e réu sustentam posições antagônicas.

Direito Potestativo (Chiovenda) - Defende que a ação declaratória é espécie do gênero ação. Mas entende que a ação é um direito potestativo e concreto, dirigido contra o adversário"(3).

Predomina, porém, na doutrina brasileira, a concepção da ação como direito abstrato (direito a tutela jurídica, favorável ou desfavorável).

O que particularmente define a ação declaratória e a estrema das outras ações de conhecimento é que nela, a pretensão do autor se exaure na simples declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento.

4.2. Objeto da Ação Declaratória

"No sistema do direito pátrio, só pode ser objeto de ação declaratória uma relação jurídica (CPC, art. 4º, I), abrindo-se uma única exceção a essa regra: a declaração da autenticidade ou falsidade de documentos.

Não há consenso entre os autores a respeito do conceito de relação jurídica".(4)

Sílvio Rodrigues esclarece: "Relação jurídica é aquela relação humana que o ordenamento jurídico acha de tal modo relevante, que lhe dá o prestígio de sua força coercitiva"(5).

E qual o tipo de relação jurídica dá ensanchas à ação declaratória? A lei não faz qualquer restrição, sendo consenso na doutrina e na jurisprudência que qualquer tipo de relação jurídica pode ser declarável, seja de direito público ou privado, contratual ou não.

Pontes de Miranda esclarece: "Há ação declarativa para declarar-se, positiva ou negativamente, a existência da relação jurídica, quer de direito privado, quer de direito público, quer de direito de propriedade, quer de direito de personalidade, quer de direito de família, das coisas, das obrigações ou das sucessões, civis ou comerciais"(6).

Na ação declaratória o interesse se circunscreve à declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica, sendo incabível a declaratória de mero fato, ou de simples questão de direito, por mais intrincada que seja.

O pedido declaratório há que escoar-se em relação jurídica concreta, decorrente de fatos precisos e determinados, e não meras conjecturas ou suposições.

5. CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

5.1. Condições da Ação

As condições da ação (requisitos para se obter uma sentença de mérito) são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimatio ad causam (CPC, art. 267, VI).

Em conseqüência, as sentenças podem ter conteúdo meramente processual ou de mérito.

Especial atenção deve ser dispensada ao interesse de agir, pois, embora vários autores afirmem que o conceito de interesse processual há de ser o mesmo para ação declaratória e para qualquer outra, na ação declaratória aquele se confunde muitas vezes, com o próprio mérito da causa.

O conceito de interesse de agir é uma das matérias mais controvertidas na doutrina.

João Batista Lopes expõe a posição de vários autores:

"Para Chiovenda, 'o interesse de agir decorre de uma situação de fato tal que o autor, sem a declaração judicial da vontade concreta da lei, sofreria um dano injusto, de modo que a declaração judicial se apresenta como meio necessário de evitá-lo'.

Donaldo Armelin conceitua ... 'o interesse de agir como resultante da idoneidade objetiva do pedido, para o autor, de provocar a atuação potencialmente útil da jurisdição. Esta idoneidade pressupõe uma causa pendente também idônea, sem o que o pedido careceria de condições para provocar aquela atuação útil da jurisdição'.

Cândido Rangel Dinamarco mostra que o interesse de agir se traduz na 'coincidência entre o interesse do Estado e do particular pela atuação da vontade da lei, se apresenta analiticamente como a soma dos dois requisitos acenados acima: 'necessidade concreta do processo e adequação do provimento e do procedimento desejados' (...) 'O requisito da necessidade concreta da jurisdição significa que não nasce a ação enquanto as forças do próprio direito substancial objetivo ainda não se mostram incapazes de extinguir a situação de lide (...) O requisito da adequação significa que o Estado condiciona ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao seu escopo de atuação da vontade concreta da lei' ...".(7)

Ainda que nebulosa, a linha divisória entre o interesse de agir e o mérito da causa, não há como confundi-los porque, no campo das condições da ação, não se indaga se ocorreu violação ao direito ou se o autor tem razão, mas tão-somente se os fatos narrados caracterizam, em tese, violação a direito ou situação que autorize a tutela pretendida. Basta, pois, a caracterização do interesse de agir, a alegação de fatos idôneos de que decorra a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional. Devem ser aferidas pelo juiz objetivamente, em função dos fatos articulados pelo autor na inicial.

Não se há, portanto de procurar um interesse particular ou peculiar na ação declaratória, mas identificar, em cada caso, a existência do interesse processual.

Não existe interesse de agir quando se pede a declaração de relação jurídica futura ou pretérita. Mas haverá se se tratar do desenvolvimento futuro de relação jurídica já existente ou quando, relativamente a relação jurídica pretérita se questionar sobre seus efeitos no presente.

A legitimidade ad causam, mais um dos requisitos da ação, consiste na autorização a figurar num dos pólos da relação processual, apenas quem detém a titularidade do direito material disputado, salvo se permitido por lei pleitear direito alheio em nome próprio (legitimação extraordinária).

E a possibilidade jurídica do pedido nada mais é do que a admissibilidade de provimento do pedido submetido aos ditames do ordenamento jurídico.

5.2. Pressupostos Processuais

" Os pressupostos processuais (requisitos necessários para a existência, validade e desenvolvimento regular do processo) se subdividem em:

a) de existência: a existência do Poder Judiciário e de uma demanda, a citação, a capacidade postulatória, está só em relação ao autor;

b) de validade e desenvolvimento regular do processo: petição inicial regular, competência, imparcialidade do juiz, capacidade"(8).

5.3. Efeitos da Sentença

Na ação declaratória obtém-se a penas um pronunciamento jurisdicional preceitual; a execução da decisão dependerá de uma posterior ação condenatória com vistas à execução. No entanto, a segurança da coisa julgada tornará essa segunda demanda bastante simplificada.

Quanto à oponibilidade da sentença declaratória, tem-se duas nuances:

Em se tratando do reconhecimento ou não de existência de relação jurídica de uma das partes em face da outra, obviamente os efeitos restringir-se-ão aos limites determinados pelos pedidos contraditórios de ambas;

Caso tenha a ação por objeto a falsidade ou autenticidade documental, o juiz decidirá sobre a coisa em si, ou seja, acerca da qualidade fundamental do documento, operando então efeitos 'erga omnes', e não apenas entre os demandantes.

5.4. Prescrição

"A imprescritibilidade da ação declaratória é regra geral, mas se seu objeto disser respeito a pretensão de direito material, a prescrição ocorrerá no prazo previsto para ajuizar a ação que tutela aquele. Por exemplo : a ação para exigir obrigações cambiais prescrevendo em três anos, a ação declaratória a ela relacionada irá prescrever em igual lapso temporal.

Contudo, somente a ação de característica essencialmente declaratória, ou seja, a declaratória pura, é imprescritível, mas quando a ação é também condenatória-constitutiva, sujeita-se à prescrição. É o entendimento que está consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores"(9).

Concluimos verificando que dentre as vantagens em se lançar mão da ação declaratória, sem dúvida a principal consiste na prevenção de litígios futuros. A segurança da coisa julgada por si só, mais das vezes, é capaz de solucionar prováveis controvérsias posteriores entre os litigantes. Deste modo, por exemplo, um documento que comprova uma relação jurídica que na verdade inexistente, e que poderá vir a causar transtornos posteriormente, pode ser corrigido de modo a declarar a inexistência da relação jurídica em questão.

6. JURISPRUDÊNCIA

"Ação declaratória é via legal para preparar a reivindicatória." (4ª Câ. Cív. do TARJ, na Apel. Cív. N.º 19.690, julgada a 17/8/71 in Arquivo do TARJ, v. 6, p. 184).

"AÇÃO DECLARATÓRIA - Não há lei dispendo sobre o prazo para seu exercício - É pois, imprescritível ." (RJTSSP 60/126; JTACIUSP 39/60; Amorim, RT 300/7).

"No juízo declaratório, não se discutem questões meramente acadêmicas : as ações declaratórias têm de versar sobre uma controvérsia real, não fictícia, quanto à extensão dos direitos das partes ou de suas respectivas obrigações. E para que não sejam possíveis desvios nessa orientação, ficam os juizes com poder discricionário de não decidir do feito, ao inverso do que têm de fazer nas ações executória." (RT 49/258).

"A Ação declaratória pode ser antecedida de cautelar preparatória." RESP 42084/SP ; Recurso Especial (93/0035608-9) DJ; 01/02/1999 - PG:00137 - Relator Ministro ADHEMAR MACIEL.

"Em se tratando de ação declaratória, a fixação da verba honorária, em percentual sobre o valor da causa, não implica ofensa ao disposto no § 4º do art. 20 do CPC ." RESP 100236/RS ; Recurso Especial (96/0042095-5); DJ 19/10/1998, PG:00122; Relator Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI .

"A ação declaratória é meio processual idôneo quando se busca reconhecimento de tempo de serviço, com vistas à concessão de futuro benefício previdenciário." ERESP 113305/RS - Embargos de divergência no Recurso Especial (98/0022218-9); DJ 14/12/1998 - PG:00091; Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES.

"PROCESSUAL CIVIL- AÇÃO DECLARATÓRIA - CLÁUSULA CONTRATUAL - INTERPRETAÇÃO É EXATO CONTEÚDO - ADMISSIBILIDADE - SÚMULA 181 STJ. Sendo o objetivo do autor a fixação do exato conteúdo de cláusula contratual, o que levará a solução do conflito, servindo de norma para as partes, admissível é a ação declaratória para tal fim". RESP 132688/SP ; Recurso Especial (97/0034994-2) ; DJ 03/11/1998 - PG:00126; Relator Ministro WALDEMAR ZVEITER.

"AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRATO. INVALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. O contratante pode propor ação para que seja declarada a invalidade de cláusula contratual contrária à Constituição ou às leis. RESP 191041/SP; Recurso Especial (98/0074378-2); DJ 15/03/1999 - PG:00253; Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR.

7. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Trata-se de uma ação proposta no transcurso de um processo, estando relacionada com a questão neste versada.

No curso do procedimento, o juiz, com frequência, é chamado a resolver diversas questões (pontos controvertidos) de cuja solução depende o deslinde do mérito da causa.

Tais questões denominadas prejudiciais, porque constituem premissas necessárias da conclusão, são normalmente resolvidas incidentalmente (*incidenter tantum*), de tal modo que os efeitos do pronunciamento judicial respectivo não se projetam fora do processo, vale dizer, não se constitui a coisa julgada material.

Pode ocorrer, porém, que uma das partes pretenda, desde logo, ver definitivamente resolvida tal questão prejudicial, com força de coisa julgada, de modo a evitar novas discussões futuras, cujos inconvenientes são de meridiana clareza. Para atender a essa situação, contemplou o legislador, a exemplo de algumas legislações estrangeiras, a figura da ação declaratória incidental.

A ação declaratória incidental é, pois, a ação, proposta pelo autor ou pelo réu, em processo pendente, visando à aplicação do âmbito da coisa julgada material.

8. BREVE VISÃO DO DIREITO COMPARADO

A admissibilidade de ação declaratória incidental já vinha sendo admitida por princípio elaborado pela doutrina francesa que se transmitiu ao direito germânico e ao direito italiano.

A primeira legislação a formular a possibilidade, foi o Regulamento Processual alemão de 1877. Prescreve o § 280:

‘Até o encerramento da audiência em que se profere a sentença, o autor, ampliando o pedido, o réu, propondo uma reconvenção, podem requer que o Tribunal se pronuncie sobre uma relação jurídica, controvertida no curso do processo, e de cuja existência ou inexistência dependa, no todo ou em parte, a decisão da lide’ "(10).

8.1. Natureza Jurídica

De acordo com a doutrina dominante, a ação declaratória incidental ou declaração incidente não constitui mero incidente processual, nem se confunde com a reconvenção, quando proposta pelo réu.

A ação declaratória incidental é sempre uma ação, seja quando requerida pelo autor, seja quando proposta pelo réu.

8.2. Finalidade

A finalidade da ação declaratória incidental é estender a autoridade da coisa julgada também às questões prejudiciais, que de outra forma, seriam apreciadas incidenter tantum.

Através da ação declaratória incidental, impede-se a ocorrência de sentenças conflitantes, uma vez que, nos processos posteriores, será sempre possível argüir-se, ou decretar de ofício, a coisa julgada que no processo anterior se formou sobre a questão prejudicial.

9. AÇÃO COMINATÓRIA

"Ação cabível nas obrigações de fazer ou de não fazer, sendo encontrada sua origem no *interdictum prohibitorium* do Direito Romano, ingressando no Direito brasileiro mediante o antigo processo lusitano. Esta ação era também chamada ação de embargos à primeira, porque o réu devia trazer seus embargos na primeira audiência após a citação. O adjetivo cominatória deriva do fato de que, nesta ação, sempre se pede uma cominação ou pena, seja esta derivada de contrato, da lei ou daquilo que o autor estimar. Tal cominação é um pedido subsidiário, para o caso de o réu não concretizar a pretensão do autor. O CPC vigente aboliu esta espécie de ação" (3).

A pena, ou era convencionada, ou era atribuída pelo autor, cabendo, neste caso, ao juiz reduzi-la a justos limites, se excessiva.

A ação cominatória competia em geral, a quem, por lei, ou convenção, tivesse direito de exigir de outrem que se abstinésse de algum ato, um prestasse um fato dentro de certo prazo. Ou seja, prestação de fazer, positiva ou negativa, legal ou convencional.

Sua pretensão legal era prevista no artigo 303 do antigo Código de Processo Civil, onde o autor pedia a citação do réu para prestar o fato, ou abster-se do ato, sob a pena legal, ou a convencional, ou pedida pelo autor se nenhuma houver sido prefixada. Se o réu não contestasse em dez dias, os autos seriam conclusos para sentença. Contestada a ação, prosseguiriam com o rito ordinário.

A ação cominatória era a última oportunidade oferecida pelo titular do direito, ao obrigado para praticar um ato ou abster-se dele. Se depois de citado cumprisse a obrigação, estava purgada a mora, uma vez que pagasse as custas.

Encerrava-se o processo, havendo-se a obrigação por cumprida. Se não desse cumprimento a obrigação, nem se defendesse, os autos eram conclusos para sentença, que era fundada na prova pré-constituída trazida pelo autor e na presunção da verdade dos fatos não contestados. A condenação impunha o pagamento da multa contratual, ou da prevista em lei, ou da quantia pedida pelo autor, juros da mora a contar da citação, e custas. Se contestada a ação desenvolvia-se o rito ordinário, mas, a eventual condenação era alternativa: ou cumprir a obrigação, dentro do prazo fixado pelo sentença, ou pagar a quantia pedida na inicial.

Conclui-se que o rito cominatório proporcionava sensível economia processual, pois a ameaça contida na cominação podia produzir o esperado efeito intimidativo, forçando que o obrigado, dentro do decênio em que se esperava a defesa, desse desempenho à obrigação.

Finalizo com o conceito de Maria Helena Diniz, que tão bem esclarece este assunto: ação cominatória "é a proposta para obter, judicialmente, a prática de um ato ou a sua abstenção consignadas em lei ou em um contrato, sob pena de responder pelo seu inadimplemento. Hodiernamente, não é mais admitida, pois o direito de exigir, em juízo, a prestação da obrigação de fazer ou de não fazer concretiza-se mediante rito ordinário, podendo o autor, na petição inicial, pedir a cominação da pena pecuniária para o caso de não cumprimento da sentença". (4)

10. AÇÃO CONSTITUTIVA

Segundo conceito elaborado por Maria Helena Diniz, a ação constitutiva "é a ação de conhecimento que tem por fim a criação, modificação ou a extinção de uma relação jurídica, sem estatuir qualquer condenação do réu ao cumprimento de uma prestação, produzindo efeitos ex tunc ou ex nunc. Por exemplo, são ações desse tipo as que visam anulação de um negócio jurídico, por apresentar vício de consentimento (erro, dolo ou coação) ou vício social (simulação e fraude), ou a separação judicial litigiosa, dissolvendo a sociedade conjugal"(1).

Como as demais ações que compõem o processo de conhecimento, são ações cujas sentenças de procedência exaurem a atividade jurisdicional, tornando impossível ou desnecessária qualquer atividade subsequente tendente à realização de seu próprio enunciado.

As sentenças constitutivas prescindem de uma ação executória posterior para realizarem completamente a pretensão requerida pelo autor. Se o autor pedir a rescisão do contrato, ou a anulação do negócio jurídico, a sentença de procedência dirá que o autor tem direito a obter tais resultados e, desde logo, na própria sentença, decretará a rescisão ou a anulação pretendida pelo demandante.

"É preciso lembrar, no entanto, que as sentenças, sejam elas preponderantemente declaratórias, condenatórias ou constitutivas, freqüentemente contém, dentre suas eficácias, certos elementos de outra espécie que, em determinadas circunstâncias, podem exigir alguma provisão legal posterior. Na generalidade dos casos, ou, como pretende PONTES DE MIRANDA, invariavelmente em todos eles, as sentenças não são puras: nem a sentença de simples declaração é apenas declaratória, nem as condenatórias apenas contém eficácia de condenação, assim como as constitutivas nunca se apresentam dotadas apenas desta eficácia, sem conter um mínimo de alguma eficácia de outra espécie"(2).

As ações constitutivas tanto podem criar como extinguir uma determinada relação jurídica. Diz-se então que elas tanto podem constituir como desconstituir. No primeiro caso, dizem-se constitutivas positivas, neste último, constitutivas negativas.

Gilberto Caldas cita uma síntese que José Frederico Marques faz sobre as "... características básicas desta categoria de ação: 'Nas ações declaratórias e de condenação o que o autor pede não leva a modificações no status quo ante: o litígio é solucionado tendo em vista o reconhecimento de uma situação jurídica e de fato existente anteriormente. Na ação declaratória, basta isso para exaurir-se a tutela jurisdicional e atender-se ao pedido do autor. Na ação condenatória, pede-se uma sentença com este conteúdo e mais a *sanctio juris* que restaure o direito violado.

Não há pedido de modificação da situação jurídica que antecede à propositura da ação. E mesmo na ação condenatória, o plus que se pede na sentença, tem por objeto restaurar ou reparar situação anterior que foi atingida indevidamente por ato lesivo do réu.

Nas ações constitutivas, ao reverso, o que se pede é a formação de uma nova situação jurídica. Ao invés de restaurar-se o status quo ante, de reparar-se o dano que lhe foi causado, ou de declarar-se a existência ou inexistência de relação jurídica anterior, - o que se verifica, com a sentença constitutiva, é sempre a mudança de uma situação jurídica anterior. Claro que o juiz não cria, ele próprio, essa nova situação, mas aplica a lei que prevê a mudança. E assim como condenando, concretiza a sanção abstrata da lei e declarando, concretiza a situação jurídica abstrata, - também constituindo, ele torna concreta a mudança abstratamente prevista na lei. Na ação constitutiva, o autor, com base em pressupostos de fatos descritos na lei, pede que se declare estes existentes e que, em consequência, se produza a mudança que também a lei prevê"³⁽³⁾.

As ações constitutivas encontram seu fato gerador nos direitos potestativos.

"A eficácia da sentença constitutiva é via de regra, *ex nunc*, ou seja, irretroativa.

Isto quer dizer que ela começa a produzir os efeitos de direito somente a partir da sentença transitada em julgado. Esta constatação tem grande importância na prática porquanto todos os atos concretizados anteriormente são reputados inteiramente lícitos, válidos e perfeitos"⁽⁴⁾.

No que diz respeito a coisa julgada, verificamos que ela acompanha as sentenças constitutivas tanto quanto as outras. Precisamos verificar porém, que, o que passa em julgado não é o ato do juiz enquanto produz um novo estado jurídico, mas enquanto afirma ou nega a vontade da lei de que o novo estado se produza. Portanto, verifica-se a coisa julgada tanto se a sentença opera a mudança, quanto se nega poder operá-la.

Ainda segundo ensinamento de Gilberto Caldas verificamos que as ações constitutivas são via de regra imprescritíveis, mas estão sujeitas à decadência prevista em lei.

Vejam os alguns exemplos de ações constitutivas positivas e ações constitutivas negativas:

Para saber a diferença basta fazer a seguinte indagação: O que pretende o autor com a sentença de mérito? Se a resposta for formação de uma relação jurídica, trata-se de constitutiva positiva, se for a extinção de uma relação jurídica será indubitavelmente constitutiva negativa.

10.1 Constitutivas Positivas

Colimam a formação de uma relação jurídica.

Exemplos:

1) Ação de Investigação de Paternidade: A paternidade, como a maternidade, são uma relação jurídica. Toda relação de vida, que a ordem jurídica fez relevante e dota de efeitos jurídicos, se torna relação jurídica. O juiz quando julga procedente a ação de paternidade ou de maternidade, não só reconhece, como constitui o ato que corresponde ao pai ou a mãe;

2) Ações para nomeação de tutores ou curadores: São ações constitutivas pelas quais quem tem pretensão constitutiva à nomeação de tutor ou curador, para alguém, pede que se nomeie tutor ou curador, de acordo com a lei, ou testamento;

3) - Suplemento de idade;

4) - Suprimento de consentimento;

5) - Nomeação de inventariante;

6) - Sonegação e inclusão de bens;

7) - Extinção de condomínio (venda de coisa comum);

8) - Revocatória de locação comercial;

9) – Pedido de falência ou concordata, entre outras.

10.2. Constitutivas Negativas

Colimam a extinção de uma relação jurídica.

Exemplos:

1) Separação Judicial: É um dos exemplos mais conhecidos de ação constitutiva negativa. Seu objetivo, está dito no art. 3º da Lei do Divórcio, é pôr termo aos deveres de coabitação, fidelidade, recíproca entre os cônjuges e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido. É evidente que a dissolução dá-se por força de sentença. A eficácia constitutiva prepondera tanto nas sentenças que decretam a separação judicial

litigiosa quanto nas resultantes se separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges.

- 2) - Interdição de incapaz;
- 3) - Anulatória de casamento;
- 4) - Cancelamento de registro de bem de família;
- 5) - Ação redibitória;
- 6) - Rescisória de contrato;
- 7) - Extinção de usufruto, entre outras.

É importante elucidar que existe uma corrente na doutrina que entende o recurso como uma ação constitutiva autônoma.

"A corrente de pensamento que entende o recurso como uma ação autônoma de impugnação das decisões judiciais, com a finalidade de modificá-las (natureza desconstitutiva), quer para anular a decisão formalmente inválida, quer para reformar a decisão injusta, tem como seus principais defensores Gilles, Betti, Provinciali, Mortara, Guasp e Del Pozzo, entre outros"(5).

Finalizamos reforçando que como todas as ações de conhecimento, as ações constitutivas tendem a uma sentença que contém uma declaração e, além disso, modifica uma situação jurídica anterior, criando uma situação nova.

11. AÇÃO MANDAMENTAL

11.1. Conceito

Pontes de Miranda a conceitua como "aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda".(5)

Acrescenta ainda que foi grave o erro dos juristas menosprezarem a busca dos pesos de mandamentalidade nas ações e nas sentenças.

Nesta ação se ressalta a prevalência, em todos os casos, de uma ordem para que, imediatamente, alguém atenda.

A ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental. (6)

"Não se pode confundir mandado intraprocessual, como por ex. o de citação, que depende de mero despacho ou decisão interlocutória, com o mandado sentencial. Sempre que alguém manda ou ordena, sem ter conteúdo e eficácia de sentença o mandamento, de modo algum se pode falar de sentença mandamental, seja ela de força mandamental (5), seja de eficácia mandamental imediata (4), ou mesmo mediata (3).

A sentença que se profere na ação mandamental típica, tem, como efeito máximo, 5 de mandamentalidade; Após ele, vem o efeito imediato, 4, que é o de declaratividade"(7)

11.2. Ação Mandamental Típica

Na ação mandamental típica, o juiz, após a análise dos elementos contenciosos, considerando baseada, acertadamente, a sua decisão, "manda".

É diferente das ações que preponderantemente "declara", ou "condena", ou "executa".

Nas execuções o juiz não manda preponderantemente. Nas execuções típicas o mandamento é quase sempre a eficácia imediata, com peso 4.

A função mandamental é exercida na própria sentença, ou exercida posteriormente.

11.3. Eficácia Mandamental Imediata

A eficácia mandamental imediata aparece em quase todas as ações declarativas e constitutivas. A maioria das ações de eficácia mandamental imediata é constitutiva.

Pensemos nas ações declarativas típicas, ação de usucapião, consignação em pagamento, verificação de crédito, abertura de sucessão definitiva e outras ações declarativas.

Com relação as ações constitutivas, a eficácia mandamental imediata aparece na ação de remição de imóvel hipotecado, substituição do devedor, separação de bens para pagamento de dívidas de partilha, cumprimento de testamento, cancelamento de registro de bens de família e outras.

11.4. Eficácia Mandamental Mediata

São ações mandamentais, mas que a mandamentalidade é mediata, no futuro.

Ex. Ação de renovação de contrato de locação, ação de nunciação de obra nova demolitória, na de eleição, de nomeação de cabecel e nas de nomeações de inventariantes, tutores e curadores.

11.5. Generalidades

Nas ações mandamentais normalmente há eficácia imediata de declaratividade.

Raramente ocorre que a ação mandamental tenha a eficácia imediata de "condenação": Ação de nunciação de obra nova pelo embargante (3,1,4,5,2); Ação de remoção ou destituição de inventariante culpado (3,2,4,5,1). A eficácia mediata de condenação aparece em casos como habeas corpus.

A eficácia executiva imediata surge na ação de posse em nome do nascituro e na entrega de objetos próprios. Já a eficácia executiva mediata está na de embargos (de terceiro) contra a arrecadação.

A constitutividade é eficácia imediata na ação de averbação de registro civil, revisão de aluguel. A mediata na ação mandamental típica, como mandado de segurança.

Exemplos de ação mandamental: Habeas corpus, ação de mandado de segurança, ação de manutenção de posse, interdito proibitório, ação de arresto, de seqüestro, de busca e apreensão, de embargos de terceiro, de atentado, de posse em nome do nascituro e outras.

12. TEORIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO E TEORIA DA SUBSTANCIALIZAÇÃO

A teoria da individualização e a teoria da substancialização se referem a compreensão da causa de pedir, são duas correntes que na prática implicam em diferentes conseqüências.

Pela teoria da individualização, a causa de pedir se completa somente pela identificação, na inicial, da relação jurídica da qual o autor extrai certa conseqüência jurídica. Por ex.: Na ação reivindicatória, basta o autor alegar o domínio, pouco importando a sua fonte, se é originária (usucapião) ou se é derivada (compra e venda).

Na moderna doutrina Italiana não se necessária a cabal descrição dos fatos nas ações fundadas em direito absoluto, liberando o autor da sua completa narração, substituída pela indicação do direito formativo invocado na demanda.

Mas nas ações baseadas em direito relativo, de força declarativa ou condenatória, é necessária a exposição dos fatos que originaram o direito alegado pelo autor.

Na ação declaratória positiva de domínio, em que se aponte testamento ou usucapião como causa de aquisição da propriedade, trata-se uma só ação.

Pela teoria da substancialização, constituem os fundamentos da demanda o conjunto de fatos em que o autor baseia a ação.

Conforme o artigo 282, III do C.P.C., ao autor compete, na inicial, explicitar "os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido".

Na doutrina brasileira, é total o reconhecimento da adesão do C.P.C. à teoria da substancialização.

Nesta teoria a indicação completa dos fatos se afigura fundamental para particularizar a ação.

Na ação reivindicatória, por ex., o autor deve apontar o modo de aquisição do domínio. Fundamentando o remédio processual, concomitantemente, em testamento e usucapião, o réu enfrentará duas ações.

Cabe avaliar a rigorosa fidelidade do artigo 282, III, à teoria da substancialização, desde a configuração emprestada à causa de pedir no direito brasileiro, mas, seguramente, o dispositivo não consagra a tese oposta da individualização.

Leo Rosemberg constata nas mais recentes exposições dos partidários de cada corrente, uma progressiva harmonia. De acordo com idéia haurida na doutrina alemã, em certas demandas basta o sujeito e o conteúdo (autodeterminadas), enquanto outras exigem fatos (heterodeterminadas).

Para Pontes de Miranda:

"A narração há de ser clara e precisa; convém, outrossim, que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter a verdade dos fatos, exposto com probidade e encadeamento, tal como se passaram".

Segundo Arruda Alvim, "é absolutamente inafastável a realidade de que o direito decorre de fatos".

Assim, a narrativa fática integra a "causa pretendi". Os fatos devem ser indicados para favorecer à inteligência da categoria jurídica controvertida, em função da qual se deduzem as conseqüências face ao réu. Visto por esse ângulo, a teoria que dispensa os fatos, reclamando somente a relação jurídica, se apresenta errônea.

12.1. Analisemos o Acórdão proferido na Apelação n.º 771.556-6 - São Paulo - 4ª Câmara - 12/08/98 - VU - Rel. Juiz Oséas Davi Viana)

"AÇÃO - Condições - Ajuizamento de ação de repetição de indébito referente à prestação de serviços fisioterápicos - Alegação, contudo, pelo réu, de inoccorrência dos pressupostos da restituição do indébito - Irrelevância, pois o nosso sistema, ao adotar a teoria da substanciação, exige apenas a descrição do fato e do fundamento jurídico essencial, o qual não se confunde com a indicação deste ou daquele artigo da lei material - Preliminar afastada".

Ainda no corpo do Acórdão:

"Em sua apelação, o requerido diz ser nula a r. sentença, porque não definido o seu suporte legal, se os artigos 964 e 965 ou os artigos 159 e 1.056 do Código Civil.

Entretanto, tal nulidade não ocorre e esta preliminar se funde à alegação de carência de ação, por falta de interesse-adequação, a seguir apreciada.

E o autor, data vênia, também não é carecedor de ação, pois conquanto o mesmo a tenha proposto como de repetição de indébito, o nosso sistema, ao adotar a teoria da substanciação, exige apenas a descrição do fato e do fundamento jurídico essencial, o qual não se confunde com a indicação deste ou daquele artigo da lei material, mas ao conteúdo adequado a que o juiz proceda a subsunção do fato à norma jurídica abstrata adequada (MOACYR AMARAL SANTOS, "Primeira Linhas...", 2º vol., 4ª ed. Saraiva, 1979, pág. 115).

13. DO PEDIDO

A partir de agora iremos discorrer sobre o pedido, seus aspectos e finalidades.

Encontramos o tema em tela, nos artigos 286 a 294, no Código de Processo Civil, porém restam-se insuficientes para o nosso entendimento a leitura destes artigos, o que nos leva a buscarmos o respaldo de diversos doutrinadores que nos oferecem seus conceitos e suas variações sobre o referido tema.

13.1 Vicente Grecco Filho

O mestre e doutrinador, logo de imediato, fala que o pedido é o núcleo da petição inicial.

Para ele o pedido tem dois aspectos – o imediato e o mediato.

O Imediato é o tipo de providência jurisdicional pretendida que poderá ser no processo de conhecimento: declaratória, constitutiva e condenatória. Já o mediato é o próprio bem jurídico de direito material a ser tutelado pela sentença, por exemplo: o pagamento, obrigação de fazer.

Segundo entendimento "o pedido é dirigido contra o Estado em sua função jurisdicional, mas tem por finalidade a produção de efeitos sobre o réu, ou sobre a relação jurídica de que o réu é um dos titulares" (8)

Diz que o pedido para alcançar a finalidade deve ser certo ou determinado. Certo é todo pedido expresso, explícito e delimitado e teremos como idéia antagônica o implícito, tácito e genérico. Há casos em que determinados pedidos decorrentes do pedido principal acabam por ficarem omitidos, o que contudo não deixam de serem cumpridos, posto que o acessório segue o principal. Apesar de ser recomendável que nada seja omitido, podemos pegar como exemplo o pagamento de custas e honorários advocatícios.

Os pedidos devem ser interpretados de forma restritiva, desta maneira, salvo os casos acima citados, se o ação inicial deixou de constar determinado pedido, somente poderá fazê-lo em ação autônoma, distinta da primeira.

Determinado é aquele pedido definido quanto a qualidade e quantidade, segundo o doutrinador.

Podemos dizer que o pedido, para alcançar as suas finalidades, dever ser certo e determinado, nem por isso a legislação deixou sem providência o caso de pedido genérico, conforme o artigo 286 do CPC.

O artigo em tela nos fornece um rol onde o pedido poderá ser genérico, ou seja, nas ações universais, se não puder o autor individualizar, na petição, os bens demandados; quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou fato ilícito; ou quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Entretanto diz o doutrinador que "Em qualquer caso, porém, a indeterminação ou generalidade não é absoluta, porque sempre o pedido é certo e determinado quanto ao gênero, faltando apenas a fixação do valor." (9)

Poderá o pedido ainda ser simples ou complexo. Este poderá ser cumulativo, alternativo, sucessivo ou subsidiário.

Alternativo é aquele pedido que o devedor poderá cumprir com a obrigação de mais de um modo. Não poderá neste caso o autor requerer que o réu arque com prestações cumulativamente, mas apenas uma delas. Ressalte-se que a escolha poderá competir ao autor ou ao réu. Neste ultimo caso, a sentença condenará alternativamente e o réu no momento da execução optará pelo que lhe parecer de mais favorável.

Subsidiário é aquele pedido que o autor ao formular o pedido principal, porém pede ao juiz que acolha um outro pedido em caso de não poder acolher o primeiro. O pedido subsidiário é conhecido pelo código como sucessivo.

Contudo entende o autor que sucessivo é o pedido cumulativo e que poderá ser concedido se o primeiro for concedido.

Poderá o autor cumular pedidos em um único processo contra o réu o que denominamos de cumulação objetiva, distinta da subjetiva, que é a das partes (litisconsórcio).

Requisitos para que o pedido possa ser cumulado:

- Que os pedidos sejam compatíveis entre si;
- Que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;
- Que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Para concluir diz o nosso ilustre doutrinador que "O pedido, como já se disse, define o objeto da demanda e é o próprio objeto do processo." (10)

13.2. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarca

Para referidos doutrinadores não há justificativa para o indivíduo ingressar com uma medida judicial se não fosse com o escopo de buscar uma tutela do órgão jurisdicional pedindo uma medida ou provimento. Esse provimento poderá ter natureza cognitiva, executiva ou cautelar.

Terá natureza cognitiva quando caracterizar o julgamento da própria pretensão que o autor deduz em juízo e a sentença de mérito será meramente declaratória, constitutiva ou condenatória.

Terá natureza executiva quando se tratar de medida através da qual o juiz executa os resultados determinados através da vontade concreta do direito.

O provimento cautelar é aplicado para resguardar eventual direito da parte contra possíveis desgastes ou ultrajes propiciados pelo decurso do tempo.

Ressaltam os doutrinadores que todo o provimento que o autor pede refere-se a determinado objeto ou bem da vida e dizem eles que: " Assim é que, considerando-se uma massa de ações propostas ou a propor, distinguem-se elas entre si não só pela natureza do provimento que o autor pede, como também pelo objeto do seu alegado direito material." (11)

13.3. Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso

O doutrinador em tela diz que toda a inicial traz dois pedidos distintos.

O primeiro para ele é o pedido imediato, ou seja, a exigência é formulada contra o juiz como o escopo de obter uma tutela jurisdicional, a qual poderá ser de cognição – condenatória, constitutiva ou declaratória, ou executiva – satisfatividade do direito ou ainda cautelar - garantindo a eficácia do processo principal.

O segundo é o mediato, ou seja, a exigência é formulada contra o réu para

que este seja submetido a pretensão de direito material que o autor diz não ter sido respeitada.

Termina o doutrinador dizendo que " qualquer uma das duas espécies de pedido implica a geração de uma nova demanda, afastando a incidência dos fenômenos da coisa julgada e litispendência." (12)

13.4. Antônio Carlos Marcato

O Il.mo. Dr. Desembargador em suas obras intituladas o Roteiro de Estudos de Direito Processual Civil e Apontamentos de Direito Processual Civil nos dá o enfoque sobre o pedido.

Para ele "o pedido representa, em sentido amplo, a própria dedução, em juízo, da pretensão formulada pelo autor, relacionando-se intimamente com o exercício do direito de demandar e em nada influenciando, destarte, pára a sua individualização." (13)

O pedido em sentido estrito é o próprio objeto representando o bem jurídico que o autor pretende obter o provimento jurisdicional, ou seja, o próprio objeto da ação.

O pedido deve fixar limites da prestação jurisdicional pleiteada, não podendo ter conteúdo diverso – qualitativa ou qualitativamente – daquele pretendido pelo autor – obedecendo-se ao Princípio da Adstrição do Julgamento ao Pedido – artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

O Pedido nada mais é que a manifestação de vontade externada pelo autor dirigindo-se a autoridade judiciária pretendendo desta uma atividade de determinado conteúdo.

Em outras palavras, " a tutela jurisdicional invocada pelo autor ao Estado (pedido imediato) e o bem jurídico material, ou incorpóreo, alvo de sua pretensão (pedido mediato)." (14)

Pedido imediato é a pretensão processual e pedido mediato é a pretensão de direito material afirmada no processo.

Para ele o pedido mediato qualifica a ação ou qualifica o tipo de tutela desejada, ou seja, se a pretensão do autor é a imposição de uma sanção ao réu, consistirá o seu pedido em uma condenação e, diz mais, que na realidade nem o pedido e nem a ação são condenatórios, mas sim a sentença de procedência, pois a improcedência terá cunho meramente declaratório; se a pretensão do autor é a constituição ou desconstituição de uma relação de um estado jurídico, o provimento será de cunho constitutivo; se o objetivo do autor for a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica teremos um conteúdo declaratório.

Na ação de execução o pedido imediato dirá respeito, segundo o doutrinador, a provimentos consubstanciados em atos de constrição, excussão e satisfação, e o mediato dirá respeito à satisfação do direito violado.

"As sentenças declaratórias e constitutivas , positivas ou negativas, atendem plenamente a ambos os pedidos, tanto que não exigem execução forçada.

A condenatória, ao reverso, atende apenas ao pedido imediato, tanto que seu cumprimento voluntário pelo devedor impõe ao credor nova ação, desta feita objetivando a satisfação de seu direito (ação de execução)." (15)

O pedido certo e determinado – artigo 286 do Código de Processo Civil – o autor diz que " a certeza diz respeito à tutela desejada, a determinação, ao bem da vida almejado pelo autor." (16)

O pedido poderá ser genérico quando o objeto for indeterminado e poderá ainda ser implícito.

Poderá ainda haver a cumulação de pedidos, eventual ou simples, sucessiva (art. 289, CPC) ou alternativa (art. 288, CPC).

Os artigos 264 e 294 falam sobre a inalterabilidade do pedido, sendo o primeiro inalterável qualitativamente e, o segundo, quantitativamente.

O art. 920, CPC reza sobre a fungibilidade do pedido.

Para finalizar o tema – DO PEDIDO – iremos acrescentar ao trabalho perguntas e repostas extraídas do livro Questões de Direito Processual Civil II, do doutrinador Vicente Grecco Filho , elaboradas e respondidas pelo Mestre.

" Que se entende por pedido imediato?

O pedido imediato é o tipo de providência jurisdicional pretendida, que, nos termos da natureza das sentenças de conhecimento, pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória.

Que se entende por pedido mediato?

Pedido mediato é o bem jurídico de direito material que se pretende seja tutelado pela sentença, como, por exemplo, a entrega da coisa, o pagamento, a desocupação do imóvel, etc.

Como deve ser formulado, de regra, o pedido?

O pedido deve ser, de regra, certo e determinado.

Em que casos é lícito ao autor formular pedido genérico? Exemplifique.

É lícito formular pedido genérico:

nas ações universais, se não puder o autor individualizar, na petição, os bens demandados. Numa ação de petição de herança, por exemplo, o pedido é genérico, porque se refere a todos os bens que couberem no quinhão.

quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou fato ilícito. É o que ocorre, por exemplo, quando não é possível ainda determinar a real e definitiva extensão de uma lesão decorrente de ato ilícito.

Quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. É o que ocorre, por exemplo, na ação de prestação de contas.

Esta generalidade permitida no art. 286 do Código pode ser absoluta?

A indeterminação ou generalidade não é absoluta, porque o pedido é certo e determinado quanto ao gênero,. Faltando apenas a fixação do valor.

Que se entende por pedido simples? E pedido complexo?

Pedido simples é aquele que contém apenas um item. Pedido complexo é aquele que contém mais de um item.

Que se entende por pedido cumulativo? Em sentido amplo diz-se que o pedido é cumulativo quando contém mais de um elemento ou unidade, mas pedido cumulativo propriamente dito é aquele em que há uma soma de pretensões sendo que cada uma delas pode ser concedida ou negada autonomamente.

Que se entende por pedido alternativo?

Pedido é alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

Que se entende por pedido subsidiário?

O pedido é subsidiário (o Código usa a expressão " pedidos de ordem sucessiva") quando o autor formula um principal, pedindo que o juiz conheça de um posterior em não podendo acolher o anterior.

Que se entende por pedido sucessivo?

Entende-se como sucessivo o pedido que é feito cumulativamente com um primeiro, e que só pode ser concedido se este for. Exemplo: pedido de rescisão contratual cumulado com reintegração de posse.

Que pedidos podem ficar implícitos?

O das despesas processuais e honorários de advogado, o de juros legais e o das prestações vincendas, o da multa diária nas ações de obrigação de fazer e não fazer, bem como a correção monetária legal, se se entender que subsiste." (17)

14. DA CAUSA DE PEDIR

14.1. Vicente Grecco Filho

Segundo o doutrinador o autor deverá descrever com precisão os fatos relevantes e pertinentes que constituem a relação jurídica sobre a qual haverá o pronunciamento

jurisdicional, bem como o fato contrário do réu que impediu a efetivação voluntária e espontânea de direito do autor. Deverá ainda dar a todos os fatos descritos a qualificação jurídica ou a natureza perante o direito da situação descrita. Segundo o doutrinador " o fato e o fundamento jurídico do pedido são a causa de pedir, na expressão latina a causa petendi. Antes de mais nada é preciso observar que o fundamento jurídico é diferente do fundamento legal,; este é a indicação (facultativa porque o juiz conhece o direito) dos dispositivos legais a serem aplicados para que seja decretada a procedência da ação; aquele (que é de descrição essencial) refere-se á relação jurídica e fato contrário do réu que vai justificar o pedido de tutela jurisdicional." (18)

O nosso código ao exigir a descrição do um fato e de um fundamento jurídico do pedido acaba por filiar-se à chamada teoria da Substanciação quanto a causa de pedir, posto que a decisão judicial julgará procedente , ou não, o pedido, em face de uma situação descrita e como descrita.

14.2. Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso

Para o autor são os fatos e fundamentos jurídicos que levam o autor a buscar o magistrado. È o conflito de interesses e sua repercussão jurídica na esfera patrimonial ou patrimonial do autor. É ela dividida em causa de pedir remota ou fática ou próxima ou remota.

Causa de pedir remota ou fática é a descrição fática do conflito de interesses, consistente na indicação de como a lesão ao direito do autor ocorreu. Estes fatos que geram o direito são chamados de constitutivas do direito do autor. O Poder judiciário só atua de fatos concretos, uma vez que todo direito dele nasce. O ajuizamento de ação que não se baseie em conflito de interesses real e concreto significa tentativa de utilização de Judiciário como mero órgão de consulta, carecendo de agir (falta de necessidade de intervenção judiciária)

Causa de pedir próxima ou jurídica é a descrição da consequência jurídica gerada pela lesão ao direito do autor. Não se confunde ela com a enunciação do fundamento legal que embasa a pretensão do autor, uma vez ser esse elemento dispensável, ante o brocardo de que o juiz é aquele que conhece o direito. Conclusão do autor no sentido que de para o surgimento da lide de interesse do Judiciário necessário se faz que os fatos gerem violação na órbita jurídica do titular da pretensão. São essas consequências jurídicas que consubstanciam a causa de pedir próxima.

14.3. Antônio Carlos Marcato

Para o autor em tela, a causa de pedir ou causa petendi é aquela resultante da soma dos fundamentos jurídicos e fáticos que suportam o pedido formulado pelo autor.

Para ele a causa de pedir é " representada pelos fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir próxima) e pelos fatos deduzidos pelo autor em sua inicial (causa de pedir remota) conforme exigência contida no artigo 282 do Código." (19)

È a causa de pedir, segundo o autor, que delimita a res in iudicium deducta, tanto que ao autor é vedado, após a citação válida do requerido, alterar a causa de pedir, ou mesmo o pedido, sem a anuência daquele (art. 264, CPC).

Para finalizar o autor reza que causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos do pedido e a causa de pedir remota são os fatos deduzidos pelo requerente em sua exordial, ou seja, são os chamados fatos constitutivos do direito do autor.

Para corroborar o entendimento dos doutrinadores, novamente nos utilizaremos do livro Questões de Direito Processual Civil II, do mestre Vicente Grecco Filho.

A pergunta feita foi : " Em que consiste a teoria da substanciação quanto á causa de pedir?

Na teoria da substanciação, a petição inicial define a causa, de modo que os fatos ou fundamento jurídico não descritos não podem ser levados em consideração, mesmo porque a causa de pedir é um dos elementos que identifica a causa, não podendo ser modificada sem o consentimento do réu após a citação, e em nenhuma hipótese após o saneamento do processo. O Código, ao exigir a descrição do fato e o fundamento jurídico do pedido, filiou-se à chamada teoria da substanciação quanto à causa de pedir. A decisão judicial julgará precedente, ou não, o pedido, em face de uma situação descrita e como descrita. A teoria da substanciação se contrapõe á teoria da individualização ou individuação, segundo a qual não bastaria ao autor a indicação de relação jurídica controvertida, podendo o juiz investigar e apreciar todos os fatos e fundamentos a ela relativos". (20)

15. DA COGNIÇÃO

A Cognição é uma ato, segundo Kazuo Watanabe, de inteligência em que o juiz poderá, melhor dizendo, deverá considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes, ou seja, as questões de fato e de direito as quais são deduzidas em um processo e cujo alicerce é o resultado (a sentença), o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto que objetivou a lide.

O mestre Kazuo diz que "O juízo – observa Frederico Marques – é o fruto e resultado, sobretudo, da cognição do juiz, o que vale dizer que o elemento lógico e intelectual constitui o seu traço predominante e fundamental. E acrescenta: A imperatividade do julgado se subordina sempre ao ato de inteligência que o precede e lhe dá substância, visto que provêm das indagações realizadas pelo órgão jurisdicional para investigar e resolver a respeito das questões jurídicas de fato focalizadas no processo." (21)

Segundo o autor em tela, em seu livro, diz que o juiz antes de decidir a demanda, a lide, realiza uma série de atividades intelectuais, ou seja, forma o seu juízo de convicção com o objetivo de se respaldar e trazer subsídios suficientes para julgar a demanda.

Inclusive toma por exemplo os casos já vivenciados em aulas de metodologia científica onde se é utilizado as premissas (premissa menor, premissa maior e conclusão). Para o autor a premissa menor seriam os fatos, premissa maior seria a regra jurídica abstrata e o provimento do juiz seria a conclusão. A soma das premissas abrangeria a cognição, uma vez que estas nortearão o juiz no caminho decisório.

A importância da cognição vem ao encontro da atividade jurisdicional, uma vez que o juiz ao decidir sobre determinado litígio precisa conhecer dos fatos e fundamentos jurídicos da lide, ou seja, conhecer das razões que levaram o autor a buscar e pedir ao Estado que resolva os conflitos suscitados e, por outro lado, ouça também as razões do réu, chegando por fim a um juízo de valor, tomando a decisão que achar correta.

O juiz poderá conhecer das razões em profundidade, superficialmente, parcialmente, definitivamente ou em caráter provisório, tudo dependerá do que o autor venha a pedir.

Salienta ainda o doutrinador que a cognição não fica adstrita aos fatos e fundamentos da lide, uma vez que o magistrado tem como parâmetro decisório as suas próprias vivências, ou seja, fatores tais como: psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural. Cita, como exemplo, a decisão de diferentes juizes em um acidente automobilístico em que um dos magistrados sabe dirigir e outros nunca dirigiu.

15.1. A cognição nos planos vertical e horizontal

A cognição pode ser vista em distintos planos em número de dois: horizontal (extensão) e vertical (profundidade).

No horizontal a cognição tem por limites objetivos do processo e no plano vertical poderá ser classificada segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).

Há a cognição rarefeita que é a cumprida no processo de execução.

Grande parte dos processualista adota a teoria do trinômio (pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa), entretanto não há uniformidade de entendimento quanto ao conceito e abrangência de cada um dos termos. É a teoria defendida por Liebman, e que no Brasil formou inúmeros seguidores e ainda continua tendo adeptos.

Diz o mestre Kazuo sobre os pressupostos processuais que "Cintra, Grinover e Dinamarco sustentam concepção restritiva: 'a doutrina mais autorizada – dizem eles – sintetiza esses requisitos nesta fórmula: uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo'. Reduzem a apenas três pressupostos processuais: a) um pedido; b) a capacidade de quem formula; c) a investidura do destinatário do pedido, ou seja, a qualidade de juiz". (22)

Condições da ação para os adeptos do trinômio seriam o segundo objeto da cognição do juiz e são elas a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse de agir.

Mérito da causa diz respeito ao uso correto da terminologia adequada, pois há inúmeras formas de se falar sobre o mérito da causa como lide, res in iudicium deducta, litígio, objeto do processo, objeto litigiosos do processo todas expressões

Sinônimas de mérito da causa.

No âmbito do mérito reza o autor em tela que "o juiz deverá conhecer de todas as questões suscitadas pelas partes e também daquelas que por ofício lhe caiba conhecer, cumprindo assim, por inteiro, a atividade cognitiva que deverá servir de fundamento à decisão a ser proferida." (23)

As espécies de cognição que são: plena e exauriente, parcial e exauriente, plena e exauriente secundum eventum probationis, eventual, plena ou limitada e exauriente, sumaria e superficial.

Para finalizar não poderíamos de deixar de citar o grande mestre Kazuo que mostrou-nos quão importante é a cognição no ordenamento jurídico dizendo: "A cognição torna-se necessária no momento em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre os homens em conflitos de interesses. A interposição do Estado atende à razão política de evitar o prevalecimento do mais forte e de substituir a força pela justiça, num esforço de solucionar os conflitos pelos meios mais civilizados, e isso somente se consegue conhecendo-se as razões de ambas as partes." (24)

CONCLUSÃO

A classificação mais aceita pela doutrina é a tradicional – abraçada pelo Código de Processo Civil, por se considerar que o pedido que se contém na ação será sempre ou uma declaração, ou a formação de nova situação jurídica (criando-a, modificando-a ou suprimindo a antiga) ou uma prestação.

Isso corresponde à tríplice divisão das ações de conhecimento: declaratórias, constitutivas e condenatórias, afirmando-se, mesmo, que não tem tido aceitação na doutrina a denominação ações mandamentais.

Dentre as vantagens em se lançar mão da ação declaratória, sem dúvida, a principal consiste na prevenção de litígios futuros. A segurança da coisa julgada por si só, as vezes capaz de solucionar prováveis controvérsias posteriores entre os litigantes.

A ação cominatória apesar de Hodiernamente não ser mais admitida, proporcionava sensível economia processual, pois a ameaça contida na cominação podia produzir o esperado efeito intimidativo, forçando que o obrigado, dentro do decêndio em que se esperava a defesa, desse desempenho à obrigação.

Assim, as ações de conhecimento, as ações constitutivas tendem a uma sentença que contém uma declaração e além disso, modifica uma situação jurídica, criando uma situação nova.

O nosso Código de Processo Civil adotou a teoria da substancialização, exigindo que o autor indique na inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido.

A ação mandamental, apesar de muito estudada por Pontes de Miranda, não é adotada pela maioria dos juristas que utilizam a classificação tripartida.

Importante lembrar que o Pedido nada mais é do que o núcleo da exordial, visando alcançar a sua finalidade, seja ela de satisfatividade, garantia de um processo principal, declaração, condenação ou de constituição. Já a causa de pedir, com a somatória dos fatos e fundamentos jurídicos chega-se à causa de pedir, que é a teoria da substancialização.

A cognição é um ato de valoração feito pelo juiz para que, quando de sua decisão tenha efetivamente subsídios suficientes para julgar a demanda.

NOTAS

(1) CALDAS, Gilberto. A técnica do direito. Pág. 190.

(2) DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição, ação (defesa), e Processo, pág. 117 et seq.

(2) César MONTENEGRO, Proponha uma ação no procedimento ordinário, p. 191.

(3) Idem, p. 192.

(3) Heliana Lucena GERMANO, A ação declaratória autônoma, <http://www.jus.com.br/doutrina/declauto.html>.

(4) João Batista LOPES, Ação Declaratória, p. 56.

(5) Sílvio RODRIGUES, Direito Civil, p. 36.

(6) Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, Tratado das ações, p. 36.

(7) João Batista LOPES, Ação Declaratória, p. 51.

(8) João Batista LOPES, Ação Declaratória, p. 49.

(9) Heliana Lucena GERMANO, A Ação Declaratória Autônoma, <http://www.jus.com.br/doutrina/declauto.html>.

- (10) Ada Pellegrini GRINOVER, Ação Declaratória Incidental, p. 59.
- (3) Marcos Cláudio, ACQUAVIVA, Dicionário Jurídico Brasileiro, p. 29
- (2) Maria Helena DINIZ, Dicionário Jurídico, p.37
- (1) Maria Helena DINIZ, Dicionário Jurídico, p. 38.
- (2) Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento, p. 183-184.
- (3) Gilberto CALDAS, A técnica do Direito, p. 320-321.
- (4) Idem p. 323.
- (5) Nelson NERY JÚNIOR, Princípios fundamentais: Teoria Geral dos Recursos, p. 185.
- (5) Pontes de Miranda, Tratado das Ações, Tomo 6, p. 23.
- (6) Idem, Tomo 1, p. 135.
- (7) Idem Ibidem, Tomo 6, p. 30.
- (8) FILHO, Vicente Grecco, Direito Processual Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 2º Volume, pág. 98
- (9) FILHO, Vicente Grecco, Direito Processual Civil Brasileiro,, Ed. Saraiva 2º Volume, página 99
- (10) idem, ibidem, página 102.
- (11) CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, 9ª Edição, página, 221
- (12) BARROSO, Carlos Eduardo F. de Mattos, Sinopses Jurídicas, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Ed. Saraiva, pagina 39
- (13) MARCATO, Antônio Carlos, Apontamentos de Direito Processual Civil, página, 15
- (14) idem, ibidem, página 15
- (15) MARCATO, Antônio Carlos, Apontamentos de Direito Processual Civil, página

- (16) idem, Roteiros de Estudo de Direito Processual Civil, página 64
- (17) FILHO, Vicente Grecco, Questões de Direito Processual Civil II, pág. 63 a 66.
- (18) idem, Direito Processual Civil Brasileiro, pág. 94.
- (19) MARCATO, Antônio Carlos, Apontamentos de Direito Processual Civil, pág. 17.
- (20) FILHO, Vicente Grecco, Questões de Direito Processual Civil II, pág. 58 e 59.
- (21) WATANABE, Kazuo. Da cognição no Processo Civil, Central de Publicações Jurídicas, pág. 59.
- (22) WATANABE, Kazuo, da Cognição no Processo Civil, Central de Publicações Jurídicas, páginas 74 e 75
- (23) idem, ibidem, pág. 110.
- (24) WATANABE, Kazuo, Da cognição no Processo Civil Central de Publicações jurídicas, página 44

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. Jurídica Brasileira, São Paulo. 1995, 7ª ed.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento. Revista do Tribunais. São Paulo, 2000, vol. 1, 5ª ed.
- BARROSO, Carlos Eduardo F. de Mattos, Sinopses Jurídicas, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Saraiva, São Paulo: 1997.
- CALDAS, Gilberto. A Técnica do Direito. Leia Livros. São Paulo, 1984, vol. 1.
- CALDAS, Gilberto. A Técnica do Direito. Leia Livros, São Paulo:1984, 3.ª ed.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et alli. Teoria Geral do Processo, Malheiros, São Paulo, 1995, 9ª ed.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. v. 1. Saraiva. São Paulo, 1998.

GERMANO, Heliana Lucena. A Ação Declaratória Autônoma. Curso Preparatório para concursos. São Paulo: 1997.

GRECCO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Saraiva, São Paulo: 1997, 2º vol.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Declaratória Incidental. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1972.

LOPES, João Batista. Ação Declaratória. 3 ed. Revista do Tribunais. São Paulo, 1991.

MARCATO, Antônio Carlos. Apontamentos de Direito Processual Civil. Curso Preparatório para Concursos, São Paulo: 1997.

_____, Roteiros de Estudo de Direito Processual Civil. Curso Preparatório para Concursos, São Paulo: 1997.

MILHOMES, Jônatas. Manual de Prática Forense – Civil e Comercial. José Confino. São Paulo, 1977.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1974, tomo 3.

_____, Tratado das Ações. Bookseller, Campinas: 1999, tomo 1.

_____, Tratado das Ações. Bookseller, Campinas: 1999, tomo 6.

MONTENEGRO, César. Proponha uma ação no procedimento ordinário. São Paulo, 1980.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos. 5 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000, 5.ª ed. rev. e atual.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, Central de Publicações Jurídicas, São Paulo: 1999, 2ª ed. atual.

www.jus.com.br/doutrina/declauto.html.

* pós-graduados em Direito pela UniFMU.

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=780&p=1>> Acesso em.: 08 nov. 2007.