

- (53) "Projeto" citado, vol. III, pág. 57, 1.^a coluna.
- (54) GLOVIS BEVILAQUA, "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. III (2.^a edição), Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1923, 452 págs. — Pág. 184, n.º 4, comentários ao art.º 649.
- (55) "Projeto" citado, "Trabalhos da Comissão Especial do Senado", vol. II — RÉPLICA do senador Ruy Barbosa às defesas da redação do projeto da Câmara dos Deputados", Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1904, págs. 423/424, n.º 91 (art.º 657 — Direito Autoral) — FERNANDO NERY, "Ruy Barbosa e o Código Civil ou O Código Civil Brasileiro com apostilas de Ruy Barbosa, Clóvis Beviláqua, Carneiro Ribeiro e outros" (crítica e defesa), Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1931, 592 págs. — págs. 276/278. FERNANDO NERY, opus cit., pág. 278, n.º 221 "in fine".
- (56) F. P. LACERDA DE ALMEIDA, "O Direito Civil e sua Codificação" in "Livro do Centenário" citado, págs. 174/177.
- (57) "Obras completas de RUY BARBOSA", vol. XL, 1913 — Tomo I — "As cessões de Clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais" — Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 414 págs.; 1948.
- (59) RUBEM NOGUEIRA, opus cit., pág. 383.
- (60) RUBEM NOGUEIRA, opus cit., págs. 385/386.
- (61) RUBEM NOGUEIRA, opus cit., pág. 393.
- (62) RUY BARBOSA, "A Esfola da Calúnia", Rio, 1931, (prefácio e notas de Fernando Nery), Editora Americana, Rua dos Ourives, 95; 258 págs.; pág. 140.
- (63) RUBEM NOGUEIRA, opus cit., pág. 408 — Ver, também, CARVALHO DE MENDONÇA, in "Revista do Supremo Tribunal Federal", vol. II, págs. 480/483; vol. III, págs. 187/194 e "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VI, 2.^a parte, n.ºs 763 a 767. — TULLIO ASCARELLI, "Panorama do Direito Comercial", Saraiva & Cia., S. Paulo, 1947, 230 págs.; págs. 187/213. — HERNANI ESTRÉLLA, "Uma lição de Ruy", in "Revista da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre", ano I, n.º 1, 1949, págs. 145/149.
- (64) OLAVO BILAC, "Tarde", Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, S. Paulo, Belo Horizonte, 1919, 214 págs.; págs. 166/167 — "Poesias", cit. Livraria, 1921 (7.^a edição revista), 392 págs.; pág. 362.
- (65) RUY BARBOSA, "Collectanea Literaria", 5.^a edição, 1944, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 306 págs.; págs. 192/193.

EXTENSÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA

Galeno Lacerda

1. — Ensinam os autores que o exercício da ação declaratória está sujeito ao concurso dos seguintes requisitos:

- a) incerteza quanto à existência ou inexistência da relação jurídica;
- b) possibilidade de o autor sofrer um dano, se a incerteza não fôr eliminada pela coisa julgada, e
- c) aptidão da sentença declaratória para eliminar a incerteza e impedir o dano.

Nossos Tribunais, na prática, têm superestimado êstes requisitos, de tal sorte que se pode afirmar, sem receio de contestação, que grande parte das ações declaratórias terminam pela rejeição preliminar. As mais das vêzes, concluem os acórdãos "não ser caso da ação".

Em verdade, o problema da extensão da ação declaratória vem sendo enfrentado com angústia e avareza não apenas pela doutrina, mas mais ainda pela jurisprudência.

Enquanto aquela submete o interêsse de agir a condições de difícil apreciação, esta é tentada a considerar a declaratória sob o critério estreito de um procedimento especial, esquecida de que a declaração é função principal do processo.

Via de regra, as sentenças que rejeitam a ação na preliminar destoam das modernas concepções do direito processual, olvidam-se de que o processo existe para a realização da justiça mediante a solução ou prevenção da lide e que, assim, o cuidado exagerado das questões instrumentais compromete fundamentalmente aquela finalidade. A jurisdição se exaure de forma frustra, atraçoando a seus próprios objetivos e servindo-se ao papel de acirrar ódios e paixões.

Nunca será bastante o louvor à nova teoria das nulidades processuais, ao sadio relativismo que a domina, à clara noção de meio e de fim que trouxe à atividade jurisdicional.

A facilidade em repudiar-se a declaratória, que ainda ensaia seus primeiros e tímidos passos no universo dos remédios processuais, não parece manter, assim, perfeita consonância com os princípios básicos do direito judiciário.

A culpa da incompreensão em que foi lançado êste tipo de ações cabe, porém, antes à doutrina que à jurisprudência. Os requisitos a que aquela o submeteu, pretendendo através dêles refletir traços próprios do instituto, não resistem a uma crítica mais detida.

2. — Inicialmente, cumpre distinguir entre ação declaratória propriamente dita e função declaratória do processo.

Esta existe nos três tipos fundamentais de ação. É, mesmo, a função principal da jurisdição — a declaração do direito. Nas ações condenatórias, essa declaração é prévia à condenação. E se a sentença aí proferida desestima a demanda, ela se torna puramente declaratória. Nas ações constitutivas, a sentença é por igual declaratória: limita-se, no fundo, a declarar o nascimento, a extinção ou a modificação da relação jurídica. E nas ações propriamente declaratórias, ela se cinge a declarar a existência ou inexistência da relação.

Tôda ação é, pois, em princípio, de conteúdo declaratório, o que se evidencia se considerarmos que, distinguindo-se elas pela natureza do pedido, nêle é comum o elemento declaração, conforme se vê dêste esquema:

Ação condenatória = declaração + condenação.

Ação constitutiva = declaração constitutiva.

Ação declaratória = declaração pura, não constitutiva.

Geram sentenças apenas declaratórias tôdas as ações propriamente declaratórias, tôdas as ações constitutivas e as condenatórias em que o pedido fôr rejeitado.

Sendo, portanto, a declaração o elemento comum a tôdas as ações e afirmando a lei positiva, no direito brasileiro, de acôrdo, aliás, com as concepções mais ortodoxas, que o interêsse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência da relação — claro está que, do ponto de vista lógico, a ação declaratória, de menor compreensão que as demais, possuidoras de notas que as singularizam (condenação ou constituição), terá necessariamente maior extensão que aquelas.

Demonstra-nos, assim, a lógica que o campo de exercício da ação declaratória, meio não só de definição como de prevenção da lide, é forçosamente *mais vasto* que o das ações condenatórias e constitutivas.

3. — Como justificar-se, pois, a série de condições restritivas opostas pela doutrina e acolhidas pela jurisprudência ao exercício dêste remédio processual?

Por que motivo o interêsse legítimo, na ação declaratória, há de ser de mais difícil verificação, sujeito a requisitos próprios, não reclamados pelos autores quando tratam das outras ações?

Como conciliar estas exigências que, sem dúvida, angustiam o campo de aplicação da declaratória, com as conclusões a que nos leva a lógica num exame sereno do instituto?

Na verdade, essas condições não são próprias e exclusivas da ação declaratória — e neste ponto reside o equívoco principal da doutrina. Os requisitos por ela propostos para o instituto, ou são comuns a tôdas as ações, ou dizem respeito somente a um dos tipos de ação declaratória, a preventiva, tipo insuscetível de assemelhação às demais, porque transcende as condições comuns que as legitimam. Examinemos, porém, em particular, cada um dêstes requisitos.

4. — Exige-se, inicialmente, incerteza quanto à existência ou inexistência da relação jurídica.

Que incerteza será esta? Subjetiva ou objetiva? Sendo ela condição para o interêsse de agir, será um dado do sujeito ou do objeto?

A rigor, deveria sê-lo do sujeito, pois que a pesquisa do interêsse legítimo mergulha fundo no problema das *intenções* do autor, problema eminentemente subjetivo.

Subordinaríamos, assim, a ocorrência do interêsse legítimo, na ação declaratória, à verificação de incerteza subjetiva de parte do autor quanto à existência ou inexistência da relação.

E enveredaríamos, então, para um campo perigosíssimo de subjetivismos, acadêmico e anticientífico, além de irreal, pois que a incerteza subjetiva, via de regra, não existe no autor. Na maior parte das vezes, nem a sentença contrária fá-lo perder a certeza subjetiva de seu direito.

Fugindo à dificuldade, apressam-se os autores a afirmar que a incerteza reclamada para legitimar-se o interêsse do autor na declaratória é objetiva, não subjetiva.

Mas, que é a incerteza objetiva?

Colocando a questão em termos positivos, entende-se por certeza objetiva aquela que não depende de nenhuma circunstância pessoal do sujeito, isto é, a evidência da coisa.

O interêsse do autor, na declaratória, estaria subordinado, assim, à não evidência quanto à existência ou inexistência da relação, à incerteza *in rem*, à incerteza ontológica.

Dentro do direito processual, porém, do ponto de vista formal, quando, em que momento, se atinge à certeza ontológica da existência ou não da relação jurídica substancial? Não é somente através da autoridade e eficácia da coisa julgada material? Evidentemente.

Enquanto a sentença de mérito não transitar em julgado, reina dentro da ação uma incerteza objetiva, ontológica, quanto à existência ou inexistência da relação.

Êste estado de incerteza objetiva é *comum* a tôdas as ações. Encontrâmo-lo não apenas na declaratória, mas igualmente na condenatória e na constitutiva.

O interêsse do autor, nestas, como naquela, se apresenta sob um clima de incerteza objetiva quanto à existência do direito alegado. Esta incerteza, que ocorre em tôda ação, só se desfaz pela coisa julgada material.

O primeiro requisito exigido pela doutrina para o exercício da ação declaratória — a incerteza objetiva quanto à existência ou inexistência da relação jurídica — é, assim, comum a tôdas as ações.

5. — Poder-se-ia objetar que essa incerteza que se faz presente em tôdas as ações é a que ocorre *dentro* do processo, sob a forma de expectativa quanto ao resultado da sentença, ao passo que, na ação declaratória, se exige que ela exista *antes* do processo, sem qualquer referência à futura sentença. A primeira diria com o plano ontológico formal, a segunda com o material.

O argumento não procede, por isto que a expectativa que se gera no curso da ação quanto ao resultado da sentença nada mais é que a projeção dentro do processo da incerteza *objetiva*, material, que existe anteriormente à demanda.

Se o estado de incerteza prévia fôsse próprio e exclusivo da declaratória, seria interessante indagar qual a certeza objetiva que poderá haver antes das ações condenatórias ou constitutivas? Evidentemente, nenhuma. Se nestas houvesse a certeza prévia quanto à existência do direito alegado pelo autor, não teríamos possibilidade de demanda infundada.

Tomemos como exemplo, capaz de gerar o mais alto grau de certeza sôbre a existência da relação, o caso da ação executiva cambiária, tipicamente condenatória.

Ainda aqui não teríamos certeza absoluta antes ou no curso da ação. Basta que se admita a possibilidade de defesa causal ou extintiva do pedido, para que se cáia no estado de incerteza objetiva.

E, já que se trata de ação executiva cambiária, por que não admitir-se também ação declaratória para a decretação da existência ou não da obrigação? O título, que se presume líquido e certo, não comportaria a ação?

Evidentemente, sim. Se se admitem, na condenatória, defesas causais ou extintivas do pedido, a declaratória é sempre possível. Como argumento de ordem legal, ainda, bastaria considerar que o Código de Processo, sem qualquer restrição, afirma que o interesse do autor pode limitar-se à simples declaração da existência ou inexistência da relação, interesse que se justifica, portanto, mesmo quando do litígio se possa gerar ação cambiária.

Como se vê, ainda nos casos em que se presume um alto grau de certeza quanto à existência da relação, o que se verifica é que, em verdade, a incerteza objetiva existe, mesmo nas ações fundamentalmente condenatórias.

Esta incerteza objetiva, via de regra, é causa do litígio, da controvérsia, da qual nasce a ação.

Existe, portanto, em tese, sempre que houver ação, seja ela qual fôr.

6. — Generaliza-se, desta forma, o primeiro requisito que a doutrina vislumbrara como próprio da ação declaratória.

Vejam-se os demais comportam a pretendida exclusividade.

Como segunda condição capaz de legitimar o interesse do autor na declaratória, se requer a possibilidade de vir êle a sofrer um dano se a incerteza não fôr eliminada pela coisa julgada.

A condição, em parte, está prejudicada pelos argumentos anteriores, em que se demonstra que o estado de incerteza é comum a tôdas as ações.

Tendo a incerteza gerado o conflito, dêle nasceu evidentemente o dano para o autor. Dano agudo e gritante, nas ações condenatórias, em que se pede reparação; dano latente ou também agudo, nas ações constitutivas, em que se reclama a modificação, a extinção ou a criação da relação jurídica.

A existência do dano, portanto, é ainda comum a tôdas as ações.

Mas, não haverá uma nota peculiar à declaratória no requisito que vimos analisando? Há, com efeito, mas para determinado tipo de declaratória.

É que a ação declaratória, como vimos, é de maior extensão que as demais, pois que pode ser proposta não só quando o dano já se verificou, mas ainda quando existe a sua simples *possibilidade*.

Neste caso, justifica-se, para o exercício da ação declaratória *preventiva*, o requisito da possibilidade do dano. Note-se, porém, que êste requisito não importa em restrição ao uso da ação comparativamente ao das demais. E' que êle se refere a um tipo *inexistente* nestas últimas — a ação preventiva.

A possibilidade do dano, aí, nada mais é que a concretização do próprio interesse legítimo de agir.

Esquemmatizando, diríamos que a ação declaratória pode ser usada em todos os casos de condenatória. Não diríamos que ela *pode sê-lo* em todos os de constitutiva, mas que ela é declaratória, *lato sensu*, em todos êles. E que, além disto, pode revestir-se de modalidade ignorada das outras — a preventiva.

Nesta última hipótese terá por condição a possibilidade de dano.

7. — O terceiro requisito pôsto pela doutrina é que a sentença declaratória seja apta para eliminar a incerteza e impedir o dano.

Que ela seja apta para eliminar a incerteza — não há nisto nenhuma propriedade da declaratória. *Tôdas* as sentenças de mérito, passadas em julgado, eliminam a incerteza objetiva que existe em tôdas as ações.

Que ela seja apta para impedir o dano — há neste requisito o perigo de uma contradição flagrante. Como pode a declaratória impedir o dano, se ela não tem coercibilidade sôbre as partes, se vale apenas como preceito? Não seria esta condição a negação da própria declaratória?

Sua eficácia é antes moral que material.

Seria de reconhecer-lhe a virtude impeditiva se déssemos valor absoluto à sua autoridade moral, se considerássemos o dano apenas

em seu aspecto ético, ou naqueles poucos casos em que êle pudesse ser evitado, por exemplo, pelo registro ou sua anulação, hipóteses em que se admite execução da sentença declaratória.

Mas, eficácia impeditiva ou restauradora do dano têm-na, em grau mais elevado, as sentenças condenatórias e constitutivas.

Donde concluir-se, uma vez mais, pela irrelevância do terceiro requisito com que a doutrina pretende delimitar o uso da declaratória.

8. — Demonstrada, desta forma, a inconsistência dos argumentos restritivos, no que concerne ao interêsse legítimo para o exercício da ação declaratória, fica evidenciada a exatidão da análise anterior em que se verificou, em termos de lógica formal, que a extensão dêste tipo de ações é maior que a dos demais.

O argumento legal conforta a tese.

Se a lei concede que o interêsse do autor possa limitar-se à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, é porque podem gerar declaratórias todos os casos que dariam margem a ações condenatórias.

Não diríamos o mesmo das ações constitutivas porque elas já são, de si, declaratórias em sentido lato. Nelas, o interêsse do autor se limita à declaração da existência ou inexistência da relação — êle consiste, precisamente, na *declaração* da existência de uma nova relação, de modificação na atual ou de sua extinção. O fenômeno declaratório é o mesmo.

A ação declaratória possui, assim, extensão mais vasta que as demais, pois se apresenta, em sentido próprio ou lato, em todos os casos em que estas podem ser exercidas e, além disto, ainda naqueles em que o conflito não se manifestou, em que se a usa de forma preventiva, outorgando às partes um título que valha como preceito, como norma, para o caso concreto.

Mas, por que motivo pode o interêsse do autor limitar-se à declaração da existência ou inexistência da relação, circunstância que o legitima para a declaratória nos mesmos casos da condenatória?

A razão decorre de princípios fundamentais do direito processual civil.

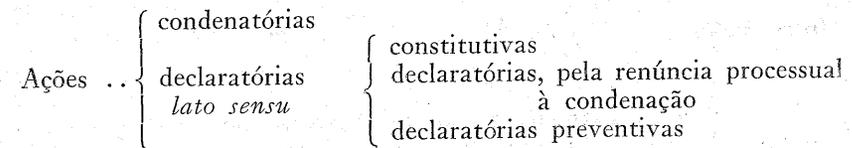
Se, nêle, a incoação é da parte; se, como consequência, se veda ao juiz sentenciar *ultra-petita*; se a parte é livre de fazer valer ou não em juízo o seu direito; se ela tem o poder de movimentar com o seu pedido toda a máquina jurisdicional e de delimitar a atividade desta nas lindes traçadas na inicial; em suma, se a ação é um direito potestativo — então, o autor tem o poder de desprezar a condenação e exigir a prestação jurisdicional unicamente para a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica.

Razões óbvias, de ordem moral e até jurídica, legitimam tal procedimento, e a êle o Código dá guarida expressa no parágrafo único do artigo 2.º.

Mais não será preciso para demonstrar-se o vastíssimo alcance da ação declaratória, e o motivo por que nela encontrou o gênio prático dos norte-americanos um dos mais salutaros remédios judiciais.

Vê-se, agora, como o problema do interêsse nesta ação é simples, como êle não tem nada que o singularize em relação às demais e como tem sido mal pôsto pela doutrina, com desastrosa repercussão sobre a jurisprudência, criando-se assim um clima de incompreensão para um remédio fadado por sua natureza à mais larga aplicação na prática processual.

9. — Como consequência *a latere* da análise feita, seria curioso assinalar que não se justifica a divisão tripartida das ações. Uma vez que as constitutivas se reduzem, em última instância, às declaratórias — só seria aceitável, no fundo, uma divisão bipartida, de acôrdo com o esquema abaixo:



Êste esquema evidencia a importância fundamental da ação declaratória.

E' tempo de abriremos os olhos para os horizontes que ela possui, e de os aceitarmos com a sua amplidão, saindo, enfim, de um empirismo estreito e negativista, que se aferra a condições de formulação esdrúxula, cuja singularidade é puramente nominal, próprias como são a tôdas as ações, ou então incompatíveis com o instituto que desejam asfixiar sob sua sujeição.

Reconheçamos que ela vem dar novo sentido à atividade jurisdicional, facilitando a consecução de seus objetivos, pela prevenção dos litígios e pela definição do direito sempre que solicitada pela parte. Nela, a justiça se torna mais simples, mais acessível, mais despida de formalismos.

A ação declaratória, em verdade, espera compreensão.