EFETIVIDADE DA SENTENÇA CONSTITUTIVA

Darci Guimarães Ribeiro

Advogado. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular de Direito Processo Civil da PUC/RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual Civil. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Pesquisa financiado pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC – da Espanha.

“Más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología” (GUASP, La pretensión procesal. In: Anuario de Derecho Civil, 1952, t. V, fasc. 1º, p. 26).

Sumário: 1. A eficácia preponderante como critério classificador; 2. Direitos potestativos; 3. Sentença constitutiva; 3.1. Conteúdo e direitos potestativos; 3.2. Sentença constitutiva e sentença declaratória; 3.3. Sentença constitutiva e sentença condenatória; 3.4. Execução e sentença constitutiva.

1. A eficácia preponderante como critério classificador

Desde o direito romano as pretensões (*rectius*, ações¹) eram classificadas de acordo com a ‘*natureza do direito*’, ou seja, pessoais, reais, mista, pretoriais, etc².

¹ Por questões metodológicas e ontológicas preferimos utilizar a expressão pretensão ao invés de ação. A justificativa dessa opção é extremamente complexa e foge aos propósitos do presente artigo, mas pode ser encontrada em DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona Bosch, 2004, nº 9.5, p. 158 a 161.

² Para aprofundar melhor o estudo da classificação das ações no direito romano, consultar IHERING, *El espíritu del derecho romano*. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares, 1998, t. III, §56, p. 757 a 778 e t. IV, §61, p. 810 a 825; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*. Trad. Santiago Santís

Depois da idéia fundamental dos direitos potestativos anunciada por Chiovenda em sua famosa conferência pronunciada na Universidade de Bolonha, em 3 de fevereiro de 1903, se substituiu a antiga forma que tinha por base a natureza do direito⁴, pela modalidade que leva em consideração os ‘*efectos jurídicos existentes*’⁵.

Desde então, os autores começaram a classificar as sentenças a partir dos efeitos jurídicos produzidos por elas. Aqui é necessário, se quisermos evitar confusão, identificar claramente a noção de conteúdo da sentença, seus efeitos e ainda a eficácia da mesma.

Em primeiro lugar, devemos precisar que os efeitos de uma sentença se diferenciam de seu conteúdo e de sua eficácia, pois, enquanto o conteúdo e a eficácia são elementos internos da sentença⁶, sua essência, algo que a integra, os efeitos são algo

Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954, §14 e ss, p. 131 e ss; VAN WETTER. *Cours élémentaire de droit romain*. Paris: Marescq, 1893, t. I, §§96 a 104, p. 201 a 215; MURGA, *Derecho romano clásico - II. El proceso*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1989, p. 211 a 246; BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1952, §§20 e 21, p. 79 a 84; SCHULZ, *Derecho romano clásico*. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, Cap. II, p. 27 a 47; e, especialmente, WENGER, *Actio iudicati*. Trad. Roberto Goldschmidt e Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: Ejea, 1954.

⁴ Diversamente do que ocorre nos demais países da Europa Continental, o direito francês classifica tradicionalmente as ações em “1. actions ‘réelles, personnelles’ et ‘mixtes’; 2. actions ‘mobilières’ et ‘immobilières’; 3. actions ‘possessoires’ et ‘pétitoires’”, como nos demonstra a classificação de VINCENT e GUINCHARD, *Procédure civile*. Paris: Daloz, 1999, nº 73, p. 124, com uma pequena crítica por parte de SOLUS-PERROT, que denunciam nesta classificação a exclusão dos “‘*droits extra-patrimoniaux*’: *droits de la personnalité, droits de famille, droits intellectuels, etc...*”, *Droit judiciaire prive*. Paris: Sirey, 1961, t. I, nº 121, p. 117.

⁵ CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Santís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, nº 11, p. 29 e ss, e también o nº 13, p. 37 e ss. Este é o sentido de BARBOSA MOREIRA quando o mesmo afirma que efeito e eficácia são coisas distintas, pois, “todo ato jurídico é, em tese, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito – característica pela qual, justamente, se distinguem os atos ‘jurídicos’ dos que não o são. Os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se) ou em ato (como realmente produzidos). (...) Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato, enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima exposto, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). Menos freqüente é o uso de ‘eficácia’ como sinônimo de efeito, isto é, para designar cada um dos efeitos (em potência ou em ato) particularmente considerados, o que leva a conferir-se ao mesmo ato jurídico numa pluralidade de ‘eficácias’”, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. In: *Ajuris*, nº 35, 1985, p. 204 e 205.

⁶ Sobre este particular, aderimos à doutrina de OVÍDIO B. DA SILVA, que amplia o conteúdo da sentença não o limitando exclusivamente a declaração ou constituição pronunciada pelo juiz, pois, segundo o autor “as eficácias de uma dada sentença fazem parte de seu ‘conteúdo’. Através delas é que uma sentença declaratória ou constitutiva, ou condenatória, ou executiva, ou mandamental, é diferente das demais”, *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, p. 464. Daí concluir o autor que: “O conteúdo de cada sentença é formado pelos verbos que o compõem”, *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 1998, v. II, p. 424. Com uma postura distinta PONTES DE MIRANDA, para quem a “‘eficácia’ é a energia automática da resolução judicial. (...) A ‘eficácia’ compreende, portanto, a ‘fôrça’ (‘e. g.’, a eficácia consistente na ‘fôrça’ da coisa julgada material da sentença declarativa) e o ‘efeito’ (‘e. g.’, a eficácia consistente no ‘efeito’ de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas

externo, que se projetam fora da mesma⁷. Por isso a eficácia, que está no conteúdo da sentença, é a causa⁸ dos possíveis efeitos que, originados de seu conteúdo, se projetam e se manifestam fora da mesma sentença, mas com ela não se confunde⁹. Em consequência, o conteúdo da sentença, por ser causa, é maior que os efeitos por ela produzidos¹⁰, isto é, uma sentença pode conter diversas eficácias e produzir, por via de consequência, efeitos também diversos que podem ocorrer ou não, *e. g.*, de acordo com a doutrina majoritária, a sentença condenatória¹¹ se caracteriza pela declaração de existência de uma prestação e por consequente imposição de uma sanção estabelecida na lei, em virtude do ato ilícito cometido pela outra parte, pertencendo estas duas eficácias ao conteúdo da sentença. Este conteúdo, por sua vez, produz, entre outros possíveis efeitos, o executivo, que consiste na criação de um título, pois ainda predomina o princípio *nulla executio sine titulo*, porém, que pode não se produzir, uma vez que o vencedor não realize a pretensão executiva. Teremos, por tanto, dois momentos distintos na sentença condenatória: o primeiro constituído por seu conteúdo (*rectius*, declaração de culpa + imposição de uma sanção legal), e o segundo, constituído por seu efeito executivo que, apesar de haver nascido do conteúdo, se projeta fora da sentença condenatória¹².

de ordinário não têm”, *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1972, t. I, § 32, p. 160 e 161.

⁷ A este respeito, afirma acertadamente BARBOSA MOREIRA, que “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico”, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, *ob. cit.*, p. 205. De igual modo, OVÍDIO B. DA SILVA, para quem: “Os efeitos hão de ser, por definição, exteriores ao ato que os produz, à medida que, até mesmo, o pressupõe existente e capaz de produzi-los, vale dizer, eficaz”, *Curso de processo civil*, *ob. cit.*, v. I, p. 461.

⁸ A palavra *causa*, dentro das diversas acepções descritas por ARISTÓTELES, é empregada no sentido de “entidad”, de “esencia”, *Metafísica*. Trad. Tomás Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 2000, L. I, n° 983a-25, p. 67, e significa, nas palavras do autor, “aquello de-lo-cual se hace algo, siendo aquello inmanente <en esto>”, *Metafísica*, *ob. cit.*, L. V, n° 1013a-25, p. 195.

⁹ Daí afirma BARBOSA MOREIRA, que: “Conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra”, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, *ob. cit.*, p. 206.

¹⁰ Esta idéia tem sua origem a partir da afirmação de ARISTÓTELES, segundo a qual “<es mayor> lo que es principio que lo que no es principio y lo que es causa que lo que no es causa; porque sin causa ni principio es imposible existir o llegar a ser”, *Retórica*, Trad. Quintín Racionero. Madrid: Gredos, 2000, L. I, n° 1364a-10, p. 92.

¹¹ Sobre este particular, consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, *ob. cit.*, n° 9.5.3.1.3, p. 182 a 186.

¹² No mesmo sentido, LORCA NAVARRETE, quando afirma: “Dos son los momentos que pueden distinguirse en este tipo de pretensión declarativa: ‘la declaración de condena’ por parte del órgano jurisdiccional civil en la sentencia y ‘la ejecución de ésta’ cuando el condenado no cumple”, *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1991, tema IV, n° 2, p. 90. Igualmente LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1984, t. I, n° 84, p. 162 e 163; e BARBOSA MOREIRA, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, *ob. cit.*, p. 206.

Em segundo lugar, também devemos precisar a essência da eficácia para diferenciá-la dos possíveis efeitos produzidos a partir do conteúdo da sentença. A eficácia é o elemento através do qual o conteúdo de uma sentença se diferencia de outros conteúdos, é o componente que qualifica seu conteúdo e permite, por exemplo, distinguir uma sentença constitutiva de uma condenatória, ou uma sentença declarativa de uma constitutiva, e assim sucessivamente. Por isso, a eficácia é o elemento central do conteúdo da sentença, sua ‘*energia*’, que está representada pelos diferentes ‘*verbos*’ existentes nos conteúdos das sentenças¹³, e indica, de acordo com OVÍDIO B. DA SILVA, “*mais do que a validade, ou a pura aptidão para ser eficaz, perante seus destinatários, indica a qualidade do ‘ser eficaz’, porque não se diz simplesmente que tal sentença tem eficácia, e sim que tem esta ou aquela eficácia, que ela é declaratória, constitutiva etc*”¹⁴. Deste modo, podemos concluir dizendo que enquanto as eficácias estão caracterizadas pelos verbos específicos que traduzem as peculiaridades de cada um deles dentro do conteúdo das sentenças, os efeitos estão fora do conteúdo das sentenças, já que são *posterius* com relação às eficácias, algo externo que se projetam a partir delas. Daí que as eficácias sejam os ‘*comandos*’, por assim dizer, geradores dos possíveis efeitos, e por tanto, a existência de uma eficácia, por exemplo, mandamental (ordem) produz o efeito mandamental que está caracterizado pela expedição do mandado, porém, pode ocorrer que este efeito jamais se produza, basta pensar nas hipóteses de que este mandato não seja expedido. De forma idêntica ocorre com a eficácia executiva, anteriormente analisada, que está dentro do conteúdo de uma sentença condenatória e produz como consequência natural o efeito executivo caracterizado na *vis executiva* (hoje realizada através da fase do cumprimento de sentença, art. 475-I e ss do CPC), que pode não se produzir, vez que o vencedor pode não se utilizar da fase do cumprimento de sentença, e assim sucessivamente com todos os demais efeitos nascidos das respectivas eficácias.

¹³ A idéia é de OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463 e ss. Sobre o tema o autor afirma, acertadamente, que: “Se quisermos saber se o verbo ordenar (ordeno) integra o conteúdo da sentença mandamental, é simples: basta retirá-lo e verificar se a sentença em si mesma permaneceu imodificada. É óbvio que ela só é mandamental por ‘conter’ a ordem em seu ‘conteúdo’”, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 464; ou então: “se a sentença fosse apenas declaratória em seu ‘conteúdo’, não poderia estar o verbo condenar (condeno). Se retirássemos dela o verbo ‘condenar’, a sentença continuaria condenatória ou, tendo ficado reduzida à declaração de que o réu era responsável por indenização, deixaria de ser condenatória para ser simplesmente declaratória (art. 4º do CPC)? Certamente a perda do verbo ‘condenar’, significaria redução de seu ‘conteúdo’ ou de sua eficácia”, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463 e 464.

¹⁴ *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463.

Parte da doutrina processual moderna ainda classifica as diversas pretensões processuais (*rectius*, ações processuais) como se o conteúdo de cada uma delas tivesse somente uma eficácia, v. g., a pretensão é declarativa porque contém uma eficácia declarativa. Porém, o certo é que, na realidade, como indicamos, os conteúdos das pretensões e das sentenças sugerem conter em si mais de uma eficácia¹⁵. A partir daí PONTES DE MIRANDA afirmou categoricamente que: “*Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura*”¹⁶. Sem ser tão radical, podemos concluir que as pretensões e, em consequência, as sentenças são híbridas, ou seja, geralmente possuem mais de uma eficácia. E se as pretensões e as sentenças possuem mais de uma eficácia, qual é o critério mais adequado para classificá-las? Cremos que o critério mais adequado, por uma questão lógica e metodológica, é o que toma por base a *eficácia preponderante* entre todas as demais eficácias contidas dentro da declaração petitoria do autor, é a “*eficácia maior*”¹⁷ a que empresta seu nome à pretensão ou a sentença¹⁸, ou

¹⁵ Neste sentido GUASP, quando afirma que: “La relatividad jurídica de los tipos de acción, complemento de la relatividad de la acción en general, como ha demostrado Calamandrei, se corrobora pensando en la posibilidad de que la función de cada uno de estos tipos se obtenga a través de la estructura, más o menos forzada, de los otros; así, por no citar sino el caso más significativo, la función de la acción declarativa, a través de la acción de jactancia: acción de condena, que tendría a obtener no una mera declaración, sino una verdadera imposición judicial”, *La Pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1985, p. 79, nota 79, e também nos *Estudios Jurídicos*, Madrid: Civitas, 1996, nº 20, p. 606 e 607, nota 79; SENTÍS MELENDO, ao dizer: “No hay sentencias totalmente declarativas, como no las hay totalmente de condena; se trata, por regla general, de un pronunciamiento mixto o promiscuo”, *Acción y pretensión*. In: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1967, nº 11, p. 39; PRIETO-CASTRO, quando afirma que na ação constitutiva “el ‘efecto’ de la sentencia es doble. De un lado, declara el derecho del actor al cambio jurídico, como en las otras sentencias; pero contemporáneamente provoca aquél, con la constitución, modificación o extinción”, e também quando assevera que: “En sí, la sentencia constitutiva se basta y sobra para la finalidad a que tiende, no siendo precisa la ‘ejecución’. Pero no excluye la necesidad de realizar actos consecuenciales que no tienen carácter ejecutivo, sino más bien de acreditamiento, de constancia y publicidad del cambio ocurrido (v. gr., inscripción de la separación de los cónyuges y de los bienes en el Registro, artículos 82 y 1437 Cód. Civ; del cambio de propietario en el de la Propiedad, por virtud del retracto, mandamientos y notificaciones a otros organismos, etc.)”, *Acciones y sentencias constitutivas*. In: *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, nº 7, p. 139; e W. GOLDSCHMIDT, *Guerra, duelo y proceso*. In: *Revista de Estudios Políticos*, ano X, v. XXXIV, nº 54, p. 80.

¹⁶ *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §26, p. 124.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §26, p. 124. Para o autor: “‘Não há outro meio científico, de classificar as sentenças, que por sua força’, pesando-se-lhes, por bem dizer, a eficácia (força e efeitos)”, ob. cit., t. I, §32, p. 162.

¹⁸ A classificação das sentenças a partir da eficácia preponderante é defendida por LANGHEINEKEN, apud CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*. In: *Ajuris*, nº 43, p. 75; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §25 e ss, p. 117 e ss, BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. In: *Repro*, nº 97, p. 255, nota 20; OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 152; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 31, p. 39 e CARLOS A. A. OLIVEIRA, em que pese o autor não negar a eficácia preponderante, prefere o mesmo utilizar a classificação com base nas ‘formas de tutela jurisdicional’, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, nº 27, p. 137 a 140, entre outros autores.

mais especificamente: a *eficácia preponderante* é uma consequência natural do que realmente o autor pede.

A classificação que toma por base só a “*specie e alla natura del provvedimento che viene domandato*”, como se fosse “*l’unica classificazione legittima*”¹⁹, tem sido bastante criticada²⁰, pois “*cuando los conceptos dogmáticos empiezan a predominar en la ciencia puede predecirse la rápida decadencia de la misma. Dogma y ciencia son – por esencia – contradictorios*”²¹. Do nosso ponto de vista, esta classificação não é adequada – não utilizamos a expressão ilegítima, porque consideramos todas as formas de classificação, como mínimo, legítimas desde sua perspectiva. Basicamente os autores partem do binômio cognição-execução para classificar os diversos tipos de tutela jurisdicional²². Porém, o certo é que estas duas atividades, conhecer e executar, por

¹⁹ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, ob. cit., t. I, n° 76, p. 143. O autor considera que “*l’unica classificazione legittima*” é aquela que toma por base “*le azioni di cognizione; le azioni esecutive; le azione cautelari*”, ob. cit., t. I, n° 76, p. 143 e 144. Esta teoria, bastante difundida, que classifica a tutela cautelar como um *tertium genus*, encontra em CALAMANDREI, seu opositor mais conhecido, uma crítica bastante acertada, segundo a qual “*las providencias cautelares no constituyen un ‘tertium genus’, que se pueda contraponer en el mismo plano lógico a las providencias de cognición y a las de ejecución, de modo que, al calificar una providencia como ‘cautelar’, se excluya con esto que la misma sea declarativa o ejecutiva; sino que constituyen una categoría formada a base de un carácter de diferenciación, que es diverso del carácter por el cual las providencias de cognición se distinguen de las de ejecución, por lo que la calificación de cautelar dada a las providencias de este grupo no excluye que cada una de ellas pueda, a base de un criterio diverso de clasificación, aparecer como perteneciente a las providencias de cognición o a las de ejecución. Quien, sin esta necesaria advertencia, quisiera hacer una división tripartita de las providencias jurisdiccionales en declarativas, ejecutivas, y cautelares, haría una clasificación ilusoria por heterogeneidad de los términos, como quien dijera, por ejemplo, que los seres humanos se dividen en hombres, mujeres y europeos*”, *La sentencia declarativa de quiebra como providencia cautelar*. In: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, apéndice II, p. 191. Com uma crítica mais ampla e contundente COMOGLIO que censura não só a cautelar como um *tertium genus* senão principalmente a classificação das tutelas que tomam por base o “*‘tipo di giudizio instaurabile’ (ad es., di cognizione, conservativo od esecutivo, come si esprime l’art. 2943 c.c.)*”, *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale*. In: *Riv. Dir. Proc.*, 1993, n° 2, p. 489.

²⁰ Entre as diversas críticas convém mencionar, por sua profundidade, as realizadas por OVÍDIO B. DA SILVA, quando o mesmo afirma que: “O equívoco que tem levado os juristas a afirmar que a única classificação legítima, do ponto de vista da ciência processual, seria aquela que distingue as ações e sentenças por suas respectivas cargas de eficácia, decorre da suposição de que a separação entre o chamado ‘processo de conhecimento’ e o processo de execução seja um fenômeno apenas processual e que nada tenha a ver com o direito material de que o processo se ocupe; supondo-se que o processualista, e o legislador, sejam soberanos absolutos neste domínio, podendo fazer e desfazer as coisas, criando ou extinguindo ações condenatórias ou executivas ou declaratórias; ou transformando-as de uma categoria em outra. (...) Jamais poderá o legislador do processo mudar a natureza constitutiva de uma ação de separação judicial, ou de anulação ou rescisão de um contrato”, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 149.0

²¹ BENABENTOS na obra *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Juris, cap. II, n° 5, p. 97.

²² O fato de a lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, ter alterado a concepção tradicional sobre este binômio que exigia uma execução *ex intervallo*, não significa que o mesmo tenha, atualmente,

questões de ordem sócio-econômica podem, em algumas situações, estar juntas, sendo inclusive impensável separá-las, como ocorre, por exemplo, na tutela cautelar²³, no despejo²⁴, etc²⁵. A relatividade desse binômio, cognição-execução, já foi apontada pelo próprio LIEBMAN, quando disse: “*As duas atividades distintas de ‘conhecer’ e ‘executar’ podem reunir-se e misturar-se em único procedimento, examinando-se e resolvendo-se as dúvidas e as questões à medida que surgirem: ou podem separar-se e suceder-se numa ordem nem sempre fixa e invariável. O direito vigente deu a estes problemas soluções que são o resultado de longa e interessante evolução histórica*”²⁶. De igual modo FABRÍCIO destaca: “*é ao direito legislado que, sensível inclusive a razões de conveniência sócio-econômica, cabe prover sobre a necessidade ou não, com*

desaparecido. O que ocorre é que o credor, ao invés de propor uma demanda executiva autônoma, deverá *requerer*, dentro da mesma relação processual, conforme *caput* do art. 475-J, do CPC, o cumprimento da sentença. Essa alteração legislativa produziu escassos resultados práticos na vida dos operadores do direito, pois, como acertadamente evidencia ARAKEN DE ASSIS ainda existe “*actio iudicati* do art. 475-I, *caput*, c/c art. 475-J”, *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, nº 10, p. 26. Também DANIEL MITIDIERO, com grande propriedade, aponta a insignificância da reforma através da advertência de Pontes de Miranda, para quem “o valor da dicotomia ‘procedimento de cognição, procedimento de execução’, no plano teórico e no prático, é quase nenhum”, *A nova execução*. Coord. Carlos A. A. Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2. Por isso ainda podemos considerar válida, senão em termos absolutos ao menos relativo, a crítica feita por THEODORO JÚNIOR quando o mesmo disse que: “Embora o que queira de fato o credor seja a concretização efetiva de seu direito, só não é possível, por exemplo, o autor de uma ação de indenização pedir desde logo a condenação do devedor ao pagamento do prejuízo, com a cominação de penhora e praxeamento de bens e conseqüente pagamento do que lhe é devido, porque teima em prevalecer o dogma de que o processo de conhecimento e o processo de execução são atividades distintas e que só devem ser tratadas em relações processuais diversas”, *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 237.

²³ Neste sentido LIEBMAN, ao disser: “Nella tutela cautelare non si può perciò distinguere una fase di cognizione ed un’altra di esecuzione; essa si svolge in ogni caso attraverso un procedimento unitario, in cui si trovano congiunte ed eventualmente frammiste le attività di diversa indole che, a seconda dei casi, concorrono a conseguire la piena attuazione della cautela”, *Manuale di diritto processuale civile*, ob. cit., t. I, nº 96, p. 195.

²⁴ Sobre o tema PÉREZ-CRUZ MARTÍN quando afirma: “Por lo que respecta a la ejecución de la sentencia dictada en juicio de desahucio hemos de recordar que, conforme dispone los arts. 1596 de la L.E.Cv., la sentencia dictada en dicho procedimiento cuando declare haber lugar al desahucio se ejecutará en cuanto al lanzamiento del demandado, previo apercibimiento del desalojo, en los plazos (...)”, *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales*, Oviedo: Forum, 1999, p. 120.

²⁵ Sobre este aspecto, afirma acertadamente VERDE que “nel caso del contratto preliminare si è ottenuto costruendo una fattispecie legale che ha fuso i due momenti, qui si deve attuare riconoscendo l’inevitabile interconnessione tra cognizione ed esecuzione”, *Attualità del principio ‘nulla executio sine titulo’*. In: Riv. Dir. Proc., 1999, nº 4, p. 987.

²⁶ *Processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1946, nº 5, p. 24. É bastante conhecida a tese de MANDRIOLI, segundo a qual uma das características da tutela constitutiva “è la massima concentrazione formale tra il momento della cognizione e il momento esecutivo”, *L’azione esecutiva*, Milano: Giuffrè, 1955, nº 121, p. 618.

*respeito a determinada pretensão de direito material, de manter ou suprimir a dicotomia cognição-execução*²⁷.

Deste modo, quando existirem pretensões que se realizem (*rectius*, produzem transformações no mundo dos fatos) dentro da mesma relação processual sem necessidade de outra relação processual futura, a classificação que toma por base o binômio cognição-execução é inadequada, já que não explica de maneira coerente nem as características nem a função que estas pretensões devem ocupar dentro do ordenamento jurídico. Além do mais, podemos acrescentar que esta classificação comete o equívoco, antes apontado, de considerar o conteúdo das pretensões e das sentenças como se cada uma delas tivesse somente uma eficácia.

Do que foi dito se conclui claramente que a classificação mais adequada às novas demandas de uma sociedade pós-moderna, cada vez mais preocupada com a efetividade de seus direitos, é aquela que parte da natureza híbrida das sentenças e adota, como critério mais seguro, a eficácia preponderante entre todas as demais eficácias contidas dentro da pretensão processual, independente do binômio cognição-execução. E isso deve ser assim, pois, como indica COMOGLIO, ao criticar as diversas classificações denominadas tradicionais, “è ormai inevitabile la necessita di ricorrere ad altri parametri classificatori, i quali tengano conto dei possibili ‘risultati’ del processo, in rapporto a quelle ‘forme di tutela’, che rappresentano l’oggetto variabile della domanda giurisdizionale”²⁸.

2. Direitos potestativos

Como bem demonstrou CHIOVENDA, os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: direitos a uma *prestação* e direitos *potestativos*²⁹. Estes

²⁷ *Comentários ao código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. VIII, t. III, p. 36. Esta realidade pôde ser percebida no direito brasileiro com a aprovação da Lei 8.952, de 1994, que reformou o art. 461 do CPC, e trata das obrigações de fazer ou não fazer, bem como a Lei 10.444, de 2002, art. 461-A do CPC, que trata das obrigações para entrega de coisa. Seguindo a opinião de ZAVASCKI, a primeira ação era “tradicionalmente condenatória e sujeita, por isso mesmo, a posterior execução autônoma”, porém, “a partir da reforma de 1994, assumiu, em grande número de casos, característica de típica ação executiva ‘lato sensu’ ou mandamental, conforme se verá, reunindo, em procedimento unificado, cognição e execução”, *Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 13.

²⁸ *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale*. In: Riv. Dir. Proc., 1993, n° 2, p. 489.

²⁹ *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli: Eugenio Jovene, 1960, v. I, n° 4, p. 12.

também são conhecidos como direitos formativos³⁰ e se diferenciam substancialmente daqueles que se dividem em direitos absolutos e relativos³¹.

Entre as inúmeras definições de direito formativo destacamos o conceito precursor de CHIOVENDA para quem direito potestativo significa o “*poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente ‘sujetas’, de manera que no pueden sustraerse a él, al efecto jurídico producido*”³². Ou como quer ZAFRA VALVERDE: “*el derecho potestativo supone la posibilidad subjetiva, en su titular, de producir, mediante una conducta propia, la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica*”³³. Aqui o titular de direito tem, por sua própria vontade, o poder de produzir um efeito jurídico na esfera de outro, criando, modificando ou extinguindo uma situação jurídica. Tal efeito jurídico, para que se produza, não está condicionado ao comportamento do sujeito passivo, que deve simplesmente ser submisso, nem tão pouco pode ser impedido por sua oposição, de maneira que para alcançar o objeto de sua vontade o titular do direito potestativo não necessita exigir do obrigado um fazer ou não fazer. Com isso, uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de *sujeição* que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente ou até contra sua vontade. Como esclarece AGNELO AMORIM, “no máximo a pessoa que sofre a

³⁰ Sobre a teoria dos direitos potestativos consultar por todos CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 29 a 39 e também na obra, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, n° 4, p. 13 e ss; SANTI ROMANO, *Fragments de un diccionario jurídico*. Trad. Santiago Santís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1964, p. 304 e ss, PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*, São Paulo: Obelisco, 1973; LEMOS FILHO, Flávio P. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, e AMORIM FILHO, Agnelo, *As ações constitutivas e os direitos potestativos*. In: Revista Forense, v. 216, p. 23 e ss, e também no artigo *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista dos Tribunais, edição histórica, dezembro de 2009, p. 474 e ss. Há autores, como VON THUR, que preferem utilizar o nome ‘*derechos secundarios*’, *Derecho civil*. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998, §7, p. 164. Em minha opinião, esta expressão não é adequada porque não representa o conteúdo dos direitos potestativos, mas, simplesmente, se contrapõe à existência de uma relação jurídica primária que é anterior.

³¹ Para identificar melhor as características de cada uma das espécies de direito consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., n° 4.2.2.1 a 4.2.2.3, p. 58 a 62.

³² *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 31.

³³ *Sentença constitutiva e sentença dispositiva*, Madrid: Rialp, 1962, p. 40. De igual modo, ENNECCERUS, L; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de derecho civil*. Trad. Hans Carl Nipperdeg. Barcelona: Bosch, 1953, t. I, v. II, §222, p. 962; SANTI ROMANO, *Fragments de un diccionario jurídico*, ob. cit., p. 304 y 305; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 40; VON THUR, *Derecho civil*, ob. cit., §7, p. 165 e LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 155.

sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito pode exercê-lo por outra forma”³⁴.

Existem diversas formas de exercício dos direitos potestativos. O autor que melhor as identificou foi AGNELO AMORIM, quando disse:

a) em alguns casos o titular do direito potestativo só pode alcançar o objetivo (criação, modificação ou extinção da relação jurídica), por meio de uma ação constitutiva; *b)* outras vezes, o uso da ação é facultativo: dispensa-se quando o sujeito passivo concorda em que a criação, modificação ou extinção se faça por meio de ato jurídico extra-judicial e bilateral; *c)* há um terceiro grupo de direitos potestativos que são exercitáveis por meio de *exceções substanciais*; finalmente, aqueles direitos potestativos que não comportam, em hipótese alguma, exercício por via judicial³⁵.

Dentro destas quatro categorias de exercício dos direitos potestativos, convém destacar três. Na hipótese (*a*), a ação, por determinação da lei, é obrigatória para o exercício do direito potestativo que não pode prosperar sem o uso daquela e a razão é simples, já que visa dar maior segurança para determinadas situações jurídicas que estendem seus reflexos na ordem jurídica, como soe acontecer no direito que qualquer dos cônjuges tem de invalidar os casamentos nulos ou anuláveis, bem como o direito que assiste ao pai de contestar a legitimidade do filho de sua mulher, etc. Na segunda hipótese (*b*), em não havendo concordância, o titular do direito potestativo pode utilizar a via judicial para exercitá-lo. Aqui a via judicial funciona subsidiariamente. São exemplos desta forma de exercício o direito que o condômino tem de dividir a coisa comum, o direito que tem o doador de revogar a doação, etc. Na terceira hipótese (*d*), o uso da via judicial para o exercício do direito potestativo se mostra totalmente dispensável, como ocorre no caso da aceitação da herança, da aceitação da oferta para dar vida a um contrato, revogação do mandato, etc.

Em conseqüência, nos direitos potestativos não existe pretensão, porque o titular do direito não necessita exigir do obrigado qualquer comportamento positivo ou

³⁴ *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, ob. cit., 475.

³⁵ *As ações constitutivas e os direitos potestativos*, ob. cit., p. 23.

negativo para obter a satisfação de seu direito, bastando para isso somente sua vontade³⁶. Aqui estamos diante de um caso em que mesmo não havendo pretensão material haverá ação material, porque para que o efeito jurídico se produza o titular do direito deverá, por sua própria vontade, *agere*³⁷.

3. Sentença constitutiva

3.1. Conteúdo e direitos potestativos

As sentenças constitutivas³⁸ são aquelas que sem se limitar a simples declaração de uma relação jurídica, e sem estabelecer uma condenação ao cumprimento de uma obrigação, criam, modificam ou extinguem um estado jurídico³⁹. O essencial neste tipo de sentença é, segundo CHIOVENDA, “*la produzione di uno stato giuridico che prima della sentenza non era*”⁴⁰.

³⁶ Assim ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 30; VON THUR, *Derecho civil*, ob. cit., §15, p. 250; ENNECCERUS, L; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de derecho civil*, ob. cit., t. I, v. II, §222, p. 962; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, n° 4, p. 11 y ss; LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, ob. cit., p. 155; CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*, ob. cit., p. 73, nota 8; FREDIE DIDIER, *Sentença constitutiva e execução forçada*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLIX, n°1 e 2, p. 314 e 315; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §24, p. 115. Se bem que este último autor apresenta contradição em seu pensamento porque em uma passagem de seu livro sustenta que existe pretensão nos direitos potestativos, ob. cit., §5, p. 50.

³⁷ Neste sentido PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §24, p. 115.

³⁸ Para aprofundar melhor o estudo das origens dessa sentença, consultar ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 89 e ss; CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., n° 13, p. 37 e ss, especialmente nota 118, p. 151 e ss; PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*, especialmente Cap IV e VII, p. 51 a 55 e 75 a 111. CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*, ob. cit., p. 72 e ss; e PRIETO-CASTRO, *Acciones y sentencias constitutivas*. In: *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 126, nota 1.

³⁹ Para ZAFRA VALVERDE que escreveu um dos melhores estudos sobre o tema, a sentença constitutiva, por ele denominada ‘*constitución procesal sustancial*’, indica o “fenômeno de formalización o desformalización jurídica, relativo al orden de las situaciones jurídicas materiales, que, siendo directamente provocado por el acto de voluntad estatal contenido en una sentencia, da sustantividad independiente a una forma particular de la función procesal declarativa, por cuanto realiza plenamente un modo de la tutela jurisdiccional de intereses subjetivos”, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 79. No direito italiano esta modalidade de sentença está prevista no art. 2908 do Cód. Civ., segundo o qual: “*Effetti costitutivi delle sentenze. Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*”.

⁴⁰ *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, n° 53, p. 172. De igual modo, GUASP, para quem a característica destas pretensões consistem “en que lo que pide la parte al órgano jurisdiccional es que la declaración de voluntad de este último produzca un estado jurídico que antes no existía en la situación o conjunto de situaciones a que la pretensión se refiere”, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid: Aguilar, 1943, t. I, p. 344; PRIETO-CASTRO, quando afirma que através destas pretensões se

De forma idêntica as sentenças declaratórias, as constitutivas apresentam a peculiaridade fenomênica de consumir-se em si mesma, ou seja, se esgotam no mundo normativo do ‘*dever ser*’⁴¹, não necessitando nenhuma outra decisão jurisdicional para realizar-se⁴².

As sentenças constitutivas estão ligadas, como bem vimos, aos direitos potestativos⁴³, também denominados formativos, e significam o poder que o titular de um direito tem de produzir, mediante uma conduta própria, a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica. A característica essencial destes direitos está no

declara la existencia dos presupuestos legales para que “se produzca la nueva situación jurídica predeterminada en ley”, *Acciones y sentencias constitutivas*, ob. cit., p. 127; e também na obra *Derecho procesal civil*, Madrid: Tecnos, 1989, nº 70, p. 109; e STEFAN LEIBLE, ao dizer que as pretensões constitutivas (*Gestaltungsklagen*) “están dirigidas a la inmediata creación de una modificación jurídica” *Proceso civil alemán*. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Diké, 1999, p. 173. Desde uma perspectiva monista é possível afirmar como fez RAMOS MÉNDEZ, que “en las acciones constitutivas no existe ningún derecho material preexistente, pues precisamente lo que se pretende es la creación de un nuevo estado no existente. Esta crítica también se puede superar, puesto que incluso en las acciones constitutivas las teorías dualistas han tratado de identificar la preexistencia de un derecho a la modificación jurídica. Ni que decir tiene que, si se adopta una perspectiva monista, todas las sentencias son constitutivas, esto es, creadoras del derecho en cada caso”, *Enjuiciamiento civil*, Barcelona: Bosch, 1997, t. I, nº 12.2.1, p. 230. Daí concluir o autor que “el significado de la sentencia en el ámbito del ordenamiento jurídico es siempre, en mi opinión, la creación del derecho, esto es, el clásico efecto constitutivo”, *Enjuiciamiento civil*, ob. cit., t. I, nº 23.10, p. 477.

⁴¹ Em sentido contrário W. GOLDSCHMIDT, quando afirma que “las acciones constitutivas, si bien reclaman, en primer lugar, una mera transformación en el sistema normativo – por ejemplo, disolución del vínculo matrimonial -, en último lugar tienden hacia análoga transformación del mundo material – por ejemplo, pago de alimentos, nuevo matrimonio, etcétera-. Las acciones declarativas parecen alejarse de nuestros ideales de controversias normativas. Pero inclusive en ellas se encuentra siempre en el fondo el deseo de una reforma del mundo material, hecho que plasma en el requisito de un «interés jurídico» para la fundabilidad de la acción y en la vetusta acción de jactancia de las Partidas, con su condena del jactancioso al «perpetuo silencio»”, *Guerra, duelo y proceso*, ob. cit., p. 80. Esta postura do autor, por um lado, merece ser criticada e, por outro, elogiada. Merece censura na medida em que confunde as diversas cargas de eficácias existentes no conteúdo de uma sentença e é digna de elogio quando reconhece mais de uma carga de eficácia no mesmo conteúdo.

Para aprofundar melhor o estudo do mundo do ser e do dever-ser, vide por todos Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 36 e ss. Sobre este particular, merece destaque o estudo realizado por Engisch acerca do ‘dualismo metódico’ do ser e do dever-ser desde o prisma da concreção do direito, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, cap. IV, nº 3, p. 203 e ss.

⁴² De acordo com a opinião de Pontes de Miranda: “A sentença só é constitutiva se a decisão do juiz é elemento do suporte fático do exercício do direito formativo”, *Tratado das Ações*, ob. cit., t. III, nº 1, p. 10. De igual modo Fredie Didier, porém com a ressalva de que, em verdade, “o que dispensa ‘execução’ é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma”, *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 315.

⁴³ Sobre este particular consultar por todos Chiovenda, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., nº 13, p. 37 e ss; e também na obra *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 52, p. 169. Pontes de Miranda critica a vinculação indiscriminada que Chiovenda realiza entre sentenças constitutivas e direitos potestativos pois, de acordo com o autor, “não há direito formativo, dito potestativo, nas ações de nulidade, na de interdição e em muitas outras”, *Tratado das Ações*, ob. cit., t. III, p. 4.

estado de sujeição que o exercício dele cria sobre outra pessoa, independentemente ou inclusive contra sua vontade, que não pode legalmente impedir a realização do direito e que certamente não se confunde com o contraditório.

Se o interessado puder obter a constituição de seu direito independentemente de uma sentença constitutiva, então não existe necessidade da intervenção estatal, e, portanto, não há interesse na tutela jurídica⁴⁴, bastando simplesmente sua declaração unilateral de vontade, como ocorre, por exemplo, nos títulos de crédito⁴⁵, ou na promessa de recompensa⁴⁶.

As pretensões constitutivas podem ser positivas, quando criam uma nova situação jurídica, *e.g.*, na servidão de passagem, na filiação; modificativas, quando trocam o estado jurídico existente, *v.g.*, na incapacidade; e negativas, quando cancelam ou deixam sem efeito um estado jurídico anterior, por exemplo, na resolução de contratos, dissoluções de sociedade, nulidade de matrimônio, etc⁴⁷.

A sentença só é constitutiva porque entre todas as eficácias possíveis compreendidas em seu conteúdo (a eficácia declarativa, da existência dos requisitos previstos na lei para que possa produzir-se a modificação jurídica; a mandamental, contida na ordem do juiz⁴⁸, *e.g.*, para a inscrição da separação dos cônjuges e dos bens no Registro Civil, art. 1.124 do CPC; a executiva, que permite a alteração de um estado jurídico através da execução não forçada; a condenatória, que se encontra na criação tanto do título executivo de condenação em custas, como na criação da via executiva para realizar este título); a eficácia *preponderante* ou em *maior grau* pretendida pela

⁴⁴ De igual modo, GOLDSCHMIDT, quando afirma que não existe “‘necesidad de tutela jurídica’ (...) cuando el interesado puede lograrla por sí mismo, es decir, cuando posee un derecho constitutivo de carácter privado”, *Derecho procesal civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Depalma, 1959, §15, p. 110 e 111, e CARLOS A. A. OLIVEIRA, *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*, ob. cit., nº 45, p. 167.

⁴⁵ No direito brasileiro esta possibilidade está prevista no art. 905 do Código Civil.

⁴⁶ Esta possibilidade está prevista no art. 854 do Código Civil.

⁴⁷ A este respecto, merece aprovação o exposto por GUASP, quando afirma: “Realmente la distinción entre los tres grupos señalados no puede llevarse a sus últimos límites; cuando se crea una situación jurídica inexistente se modifica o extingue a la vez una situación jurídica anterior y a la inversa; la sentencia que declara la prodigalidad de una persona supone el nacimiento de una nueva situación jurídica pero al mismo tiempo la extinción de una situación jurídica anterior”, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, ob. cit., t. I, p. 345, nota 2. Para aprofundar melhor no estudo dos casos particulares de sentenças constitutivas, consultar por todos, ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 247 e ss.

⁴⁸ A este respecto, o art. 755 da LEC española prevé que: “Cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan”.

parte é a *modificação jurídica de um estado jurídico*, criando assim, um estado jurídico novo que antes da sentença não existia. Por isso, esta forma de tutela jurisdicional é representada pelo verbo *decretar, resolver, rescindir, revogar, anular* ou outro similar⁴⁹.

Para concluir, convém destacar que toda sentença é intrínseca e objetivamente coercitiva⁵⁰, razão pela qual, em toda sentença constitutiva existe uma coação

⁴⁹ De igual modo, OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 465 e FREDIE DIDIER, para quem “é suficiente que o juiz diga ‘anulo’, ‘rescindir’, ‘dissolvo’, ‘resolvo’, para que as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam”, *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 315. Para CHIOVENDA, quando o juiz diz: “*resolvo, rescindo, revogo, anulo*, essas e outras frases não passam de simples frases representativas da eficácia que, ‘por lei’, tem a ‘formulação’ da vontade da lei”, *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, nº 52, p. 197.

⁵⁰ A este respeito, merece aprovação o exposto por IHERING, quando o mesmo diz que: “La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbraba. Poco importa que esta coacción sea ejercida por el juez (civil o criminal) o por la autoridad administrativa”, *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, v. I, nº 145, p. 159 e 160. O autor, de maneira correta, se refere à coação e não à sanção, porque a sanção não é um conceito exclusivamente jurídico, enquanto que a coação além de ser um conceito jurídico é também um elemento indispensável para a criação dos direitos subjetivos mediatos (consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 3.3, p. 49 a 51). De igual modo, KELSEN, para quem: “El orden estatal se diferencia, ante todo, de los demás órdenes sociales, en que es ‘coactivo’”, *Compendio esquemático de una teoría general del estado*. Trad. Luís Recaséns Siches e Justino de Azcárate Flores. Barcelona: Nuñez y Comp. S. en C., 1927, nº 11, p. 40, vale dizer, “el derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción”, *Teoría pura del derecho*. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: EUDEBA, 1973, cap. III, nº 3, letra ‘c’, p. 74. Para KELSEN, “la característica esencial del derecho como un orden coercitivo consiste en establecer un monopolio de la fuerza común”, *La paz por medio del derecho*. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 28. Daí que para ele, “el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener”, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. III, nº 3, letra ‘b’, p. 74. E o Estado moderno é o modo mais perfeito para garantir a ordem social, exatamente porque “su perfección se debe a la centralización del empleo de la fuerza”, *La paz por medio del derecho*, ob. cit., p. 29. Sem lugar para dúvidas, um dos primeiros autores que vinculou o direito à força, à coação foi KANT, (o primeiro foi Christian Thomasius, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Trad. Salvador Rus Rufino e María Asunción Sánchez Manzano. Madrid: Tecnos, 1994, L. I, cap. V, §XXI, p. 216) quando disse: “Si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (unrecht)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que ‘obstáculo’ frente a ‘lo que obstaculiza la libertad’, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, conforme al derecho (recht): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”, *La metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1993, p. 40 e 41 (na edição do original alemão [VI, 231]). Por isso o autor afirma que “derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa”, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 42 (na edição do original alemão [VI, 232]). Nesta ordem de idéias, MANDRIOLI, quando afirma que: “La tutela giurisdizionale, nelle sue forme concrete poste dall’ordinamento giuridico, è il mezzo per la realizzazione delle sanzioni, ma è mezzo – fuori dei casi di legittima autotutela – esclusivo e concretamente limitato”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 27, p. 187. De acordo com MANDRIOLI, a teoria de Chiovenda também poderia ser interpretada neste sentido, na medida em que “la attuazione effettiva della volontà della legge implica già, ‘in quanto avviene in via giurisdizionale’, la caratteristica di realizzarsi indipendentemente dalla volontà della persona che la subisce, ossia mediante coazione (in senso ampio)”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 563. E o autor tem razão na medida em que o próprio CHIOVENDA afirma literalmente que “Con esto

potencial⁵¹, v.g., a pretensão que constitui uma servidão de passagem⁵². Aqui, a sentença exerce uma pressão psíquica sobre a vontade do obrigado, através da modificação do

la declaración de certeza ha adquirido una importancia por sí propia; es ella misma actuación de derecho, en cuanto, por obra de un órgano público, la voluntad colectiva es, no concretada, como suele decirse inexactamente, sino expresada como voluntad concreta: y en cuanto tal, la misma ejercita ya por sí un grado más o menos grande de coacción sobre el ánimo del obligado, tanto que a menudo el mismo basta para determinar el cumplimiento”, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 54 e 55, nota 7. Para entender melhor estas idéias consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 3.2, p. 39 a 49.

A respeito da força, convém destacar, de acordo com ROUSSEAU, que “el más fuerte no es, sin embargo, lo bastante para ser siempre el amo, si no convierte su fuerza en derecho y la obediencia en deber”, *El contrato social*. Trad. María José Villaverde. Madrid: Tecnos, 2000, L. I, cap. III, p. 7.

⁵¹ A coação pode ser *atual (exercida)* ou *potencial (virtual)*. Existirá coação *atual* ou *exercida* quando a sentença produza uma pressão física direta sobre a vontade do obrigado de maneira concreta e real, modificando, segundo PEKELIS, “forzatamente uno stato di fatto”, *Il diritto come volontà costante*, Padova: Cedam, 1930, p. 109, como por exemplo, as sentenças nas ações possessórias de manutenção e reintegração de posse. Ao contrário, existirá coação *potencial* ou *virtual* quando a sentença exerça uma pressão psíquica sobre a vontade do obrigado de forma condicional, ou seja, é “la ‘posibilidad jurídica de la coacción’ en potencia, no en acto”, nas palavras de DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, Trad. Luís Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1969, p. 359, e ocorre, e.g., nas sentenças condenatórias no civil. De igual modo W. GOLDSCHMIDT, quando afirma que nas sentenças judiciais, a diferença das arbitrais, “no sólo disponen de coacción psíquica, sino también, y directamente, de coacción física”, *Guerra, duelo y proceso*, ob. cit., p. 93. Com base nisso é que HENKEL afirma corretamente que: “Como la forma de actuación del Derecho no consiste en aplicar continuamente la coerción actual, el momento coercitivo que se pone en relación con el Derecho ha de ser entendido, por regla general, como coerción potencial; y ésta, a su vez, no como coerción fácticamente posible, sino como ‘coerción jurídicamente posible’”, *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968, §12, p. 163. O direito está intimamente ligado à coação, seja física ou psíquica, posto que, segundo LOPEZ DE OÑATE, “il diritto non solo si serve della forza per farsi rispettare, ma organizza e prevede tale uso della forza”, *Compendio di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1955, §42, p. 181. No mesmo sentido, admitindo como característica do ordenamento jurídico tanto a coação atual como a potencial, KANT, quando afirma: “sólo puede llamarse derecho ‘estricto’ (restringido) al derecho completamente externo. (...) que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales”, *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 41 (na edição do original alemão [VI, 232]); CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, 1951, nº 13, p. 32 e 33; DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 359; MIGUEL REALE, porém afirmando que o direito é “‘lógicamente coercível’, por haver possibilidade ou compatibilidade de execução forçada, e não ‘jurídicamente coercível’ como se expressa Del Vecchio”, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, nº 241, p. 600; HART, quando afirma: “dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia”, *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980, cap. II, p. 32; LOPEZ DE OÑATE, ao dizer: “essa non vuol dire che il diritto si attua ‘sempre’ per mezzo della coazione, ma semplicemente che è insita al diritto la possibilità di coazione, ossia che il diritto è coercibile”, *Compendio di filosofia del diritto*, ob. cit., §42, p. 185; CASTANHEIRA NEVES, que adota as posições dos autores anteriores quando a norma jurídica não exige uma sanção concreta, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: Coimbra, 1976, p. 22, nota 22; BONSIGNORI, quando afirma que na execução forçada “la coercione non significa esclusivamente impiego di forza materiale, ma attività di organi giurisdizionali contro un privato obbligato, per procacciare al credor un bene a lui dovuto”, *Esecuzione forzata in genere*. In: *Estratto dal Digesto*. Torino: Utet, 1992, v. VII, p. 8; e, em certo sentido, BOBBIO, que caracteriza o ordenamento jurídico tanto pela existência de sanções negativas como pela existência das sanções positivas, *Contribución a la teoría del derecho*, Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980, p. 383 e ss.

estado jurídico anterior, não lhe permitindo que se oponha a passagem do demandante. Nas sentenças constitutivas, a *coação potencial* consiste na *imposição de um estado jurídico novo a quem deve suportá-lo*. Melhor dito, através desta sentença se produz a modificação jurídica de um estado jurídico, onde se cria um estado novo a favor do demandante que antes da sentença não existia, daí que esta exerça uma *pressão psicológica potencial* quebrando assim a vontade do demandado no sentido de impor-lhe esta modificação jurídica⁵³. A própria sentença contém em si a alternativa de uma eleição com a exclusão de outras eleições potencialmente possíveis por parte do obrigado, conseqüentemente o querer volitivo do obrigado, para a realização do direito subjetivo mediato é um elemento a ser desconsiderado.

3.2. Sentença constitutiva e sentença declaratória

Em sentido contrário, admitindo como característica do ordenamento jurídico só a coação atual, KELSEN, quando afirma: “En este sentido, el término coerción no debe confundirse con la coerción en el sentido psicológico de la palabra, es decir, con el hecho de que la idea que los hombres tienen del Derecho es un motivo suficiente o efectivo para obligarlos a comportarse de acuerdo con la ley. En lo que se refiere a esta coerción, el Derecho no difiere de otros órdenes sociales. El orden moral también puede y, en verdad, ejerce coerción en el sentido psicológico de la palabra sobre aquellos cuyo comportamiento regula”, *Introducción a la teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 22; e también na obra *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. III, nº 3, p. 62; PEKELIS, ao dizer que, “solo quella detta ‘fisica’ è veramente coazione; ne occorre aggiungergli alcun aggettivo. L’altra, la ‘coazione’ psichica non è veramente coazione: l’aggettivo ‘psichico’ basta per dimostrarlo”, por isso o autor utiliza a palavra “‘coazione’ solo in un senso proprio; nel senso di un’azione che modifica forzatamente uno stato di fatto. In quanto alle azioni che agendo sulla psiche umana la possono indurre mediante un calcolo di convenienza a determinati atti, le indicheremo col termine ‘sanzione’”, *Il diritto come volontà costante*, ob. cit., §20, p. 109 e 110; e DABIN, para quem “o la regla está sancionada por la coacción, o no lo está. ‘Tertium non datur’. Sólo la coerción efectiva da la respuesta. La <tendencia a la coerción> deja la regla sin coacción, y desde ese momento, y frente a la regla sancionada por la coacción, no es más que una regla de otra especie o, al menos, una regla jurídica imperfecta”, *Teoría general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado.1955, nº 32, p. 54. Para o autor, a justificação de tal solução é evidente: “se busca defender, de este modo, el concepto de un derecho ‘natural’ diferente de la regla moral, que se caracterizaría por la simple exigibilidad, independientemente de la intervención de la regla positiva”, *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 32, p. 54.

Também em sentido contrário, porém admitindo como característica do ordenamento jurídico só a coação, por nós, denominada ‘potencial’, DUGUIT, quando afirma: “Or il n’y a pas de puissance au monde qui puisse contraindre directement une volonté à vouloir ou à ne pas vouloir une certaine chose. Donc, en réalité, il n’y a jamais de force contraignante susceptible d’assurer directement l’application de la loi”, *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Anciennes Maisons Thorin, 1923, t. II, §19, p. 205.

⁵² Também podemos citar o exemplo bastante frequente trazido por ZAFRA VALVERDE em que “el Juez anula un contrato en la sentencia, actuando una pretensión impugnatoria, por estimar alguna de las causas que provocan la ineficacia relativa de los negocios jurídicos, el demandado se ve afectado por la sentencia en el sentido de perder los derechos que del contrato nacieron a su favor”, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 75.

⁵³ De igual modo, ZAFRA VALVERDE, quando afirma que: “Con la satisfacción positiva de la pretensión de constitución jurídica, el demandado vencido queda sometido a la ineludibilidad de la creación, la modificación o la extinción de una forma jurídica que le afecta. La realidad jurídica que se le impone es esa transformación operada en el mundo del Derecho, cuya existencia es actual y automática, efecto inmediato de la sentencia”, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 75.

Toda sentença constitutiva possui uma eficácia declarativa que consiste na declaração da existência dos requisitos previstos na lei para que se possa produzir a modificação jurídica, e, a partir desta declaração, que é obrigatória, a eficácia constitutiva produz um *quid novi*, uma nova situação jurídica que antes da sentença não existia.⁵⁴ Daí que a eficácia constitutiva seja uma *quid novi* em relação à eficácia declaratória, e com ela não se confunde, pois, enquanto que as sentenças meramente declaratórias têm por objetivo a eliminação de uma incerteza jurídica através da declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, a constitutiva se vale da declaração como causa anterior e necessária para produzir, como objetivo, a mudança jurídica.⁵⁵ Em conseqüência, a eficácia declaratória nas sentenças de mera declaração é o fim desejado pelo demandante para eliminar uma incerteza, enquanto que nas sentenças constitutivas é o meio, a causa necessária para que o demandante possa alcançar o fim desejado, que é a modificação jurídica⁵⁶. Além disso, como indica L. MAZEUAD “*lê jugement déclaratif se borne à reconnaître l’existence d’un droit antérieur*”, enquanto que “*le jugement constitutif crée au contraire un droit*”⁵⁷. Por isso, os efeitos daquele ‘*judgment*’ são *ex tunc*, e os destes são, habitualmente, *ex nunc*, podendo excepcionalmente produzir efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos⁵⁸.

⁵⁴ Nesta ordem de idéias, L. MAZEUAD, para quem: “Sans doute le jugement constitutif, en même temps qu’il crée des droits, reconnaît-il des droits préexistants; mais ceux-ci ne servent que de motifs à la création des droits nouveaux”, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929, p. 21; PONTES DE MIRANDA, quando afirma que: “Tôda sentença constitutiva declara, porque não se poderia conceber que a prestação jurisdicional pudesse consistir em modificar o mundo jurídico sem partir do conhecimento dêsse e da afirmação de existir a relação jurídica correspondente ao direito à constituição positiva, modificativa ou extintiva”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. II, §29, p. 143; e J. GOLDSCHMIDT, ao dizer que toda sentença constitutiva contém “una declaración de existir el derecho a la acción constitutiva (derecho a exigir la constitución judicial de una situación jurídica)”, *Derecho procesal civil*, ob. cit., §15, p. 111, entre tantos outros autores.

⁵⁵ De igual modo, CARNELUTTI, para quem “existe jurisdicción de declaración constitutiva cuando la ‘existencia de la situación jurídica declarada judicialmente depende de la declaración judicial’, la cual ‘es, por lo tanto, un hecho constitutivo de la misma”, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, v. I, n° 33, p. 55.

⁵⁶ Em termos similares, CHIOVENDA, quando afirma que a “sentenza d’ accertamento accerta una volontà di legge preesistente e non le tiene dietro altro effetto che la cessazione dell’incertezza del diritto”, enquanto que “la sentenza costitutiva accerta una preesistente volontà di legge che tende al mutamento d’un’altra volontà di legge, e le tiene dietro ‘questo mutamento stesso’”, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, n° 52, p. 171.

⁵⁷ *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 23. Analogamente HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève: L’Université Georg et Cie S.A, 1981, § 53, p. 333.

⁵⁸ Como toda sentença constitutiva cria, modifica ou extingue um estado jurídico, é normal que seus efeitos comecem a contar a partir da firmeza da criação, modificação ou extinção deste estado jurídico (*ex nunc*), pois o novo estado jurídico não deve existir até que seja criado, modificado ou extinto pela

Deste modo, ao analisar a sentença constitutiva encontramos dois elementos: a eficácia declarativa e a constitutiva. O primeiro consiste na declaração de existência dos requisitos previstos na lei para que se possa produzir a modificação jurídica, e o segundo, refere-se à produção de uma nova situação jurídica que antes da sentença não existia.

3.3. Sentença constitutiva e sentença condenatória

A sentença constitutiva também se diferencia da sentença condenatória⁵⁹. A característica essencial desta última não é propriamente a criação do título executivo,

sentença. Contudo, existem algumas exceções em que os efeitos da sentença constitutiva retrotraem (*ex tunc*) em três momentos distintos: a) ao momento da origem do fato extraprocessual; b) ao momento da sentença não definitiva; e c) ao momento da demanda. Seguindo a opinião de CHIOVENDA, estes três momentos são: “a) talvolta fino al ‘momento della pronuncia’ non definitiva (sentenza d’interdizione, art. 328, cod. civ., e analogamente, secondo alcuni, la sentenza d’inabilitazione); b) talora fino al ‘momento della domanda giudiziale’ (ad esempio, per la separazioni dei beni fra i coniugi, cod. civ., art. 1420 e 1442; per l’espropriazione, a favore degli artefici, dell’azione dell’imprenditore verso il committente, cod. civ., art. 1645; per lo scioglimento della società nel caso dell’art. 99 cod. comm.); c) talora fino al ‘momento della nascita dello stato giuridico’ che ora viene a cessare (ad es., per la cessazione della qualità d’erede per indegnità, cod. civ., art. 727 e 933; per l’annullamento degli atti giuridici)”, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, n° 53, p. 172; e também na obra *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., n° 13, p. 37. Nesta ordem de idéias, PRIETRO-CASTRO, que descreve estes três momentos como: “el de la originación del hecho extraprosesal, el de la demanda (¿interposición o admisión?) y el de la sentencia no definitiva. Así, por ejemplo, el de la sentencia que pronuncia la indignidad para suceder se retrotrae a los hechos (art. 760 Código civil); el de la que pronuncia la prodigalidad, a la demanda (art. 226 Cód. civ.), y en la de alimentos (si se la estima como consecutiva), para lo que se refiere a la percepción de ellos, es decisivo el momento de la interposición de la demanda (art. 148, I, Cód. civ.), y por lo atañente a los derechos adquiridos, se refieren a la sentencia no definitiva (art. 148, II, Cód. civ., y 1617 L. e. c.). En cada caso habrá que atenerse a lo que la ley disponga, y ante su silencio, a la teoría general expuesta”, *Acciones y sentencias constitutivas*, ob. cit., p. 134, nota 14, e CARLOS A. A. OLIVEIRA, que acertamente aponta que o efeito pode ser excepcionalmente: “1) desde a concessão de alguma medida antecipatória ou cautelar (v.g., os efeitos da separação judicial se produzem desde a data da decisão concessiva da separação de corpos, Lei n° 6.515, de 26.12.1977, art. 8º, 2ª parte); 2) desde a prolação da sentença (v.g., sentença de interdição, art. 1.184 do CPC); 3) desde o trânsito em julgado (v.g., sentença que julgar a separação judicial, se não tiver sido concedida antes a separação de corpos, Lei 6.515, de 26.12.1977, art. 8º, 1ª parte); 4) desde a celebração do negócio jurídico nulo ou anulável (Código Civil, art. 182, antes art. 158 do Código Civil de 1916)”, *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*, ob. cit., n° 45, p. 168. Com razão HABSCHEID indica que: “La question effet <ex tunc> ou effet <ex nunc> trouve sa réponse dans le droit matériel”, *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., § 53, p. 333.

⁵⁹ Sobre este particular, existe uma tese muito sugestiva que cada vez mais tem o meu apreço. É a tese bastante conhecida de L. MAZEAUD, segundo a qual só existem dois tipos de decisões judiciais: “Le jugement, par lequel un tribunal, tranchant un différend, reconnaît l’existence d’un droit antérieur contesté, sera déclaratif de droit. Le jugement, par lequel un tribunal attribuera des droits nouveaux, sera constitutif de droits”, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 17. Daí que “si le juge se contentait d’affirmer l’existence du droit contesté, le but poursuivi par le demandeur ne serait pas rempli. Ce que veut le demandeur, c’est contraindre son débiteur à l’exécution. Aussi le juge va-t-il user de la puissance publique, qui lui est conférée par la loi, même dans son rôle d’arbitre; le jugement déclaratif crée un droit qui n’existait pas auparavant, le droit à l’exécution

forcée; par là le jugement déclaratif est en même temps constitutif de ce droit”. E também “le jugement déclaratif donne en outre au créancier une garantie nouvelle, l’hypothèque judiciaire; il est donc par là encore constitutif: il crée une hypothèque”, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 19. Por isso, “le jugement déclaratif, qui crée le droit à l’exécution forcée et qui crée des garanties, n’en reste pas moins essentiellement déclaratif, car ces droits créés ne sont que les accessoires du droit préexistant reconnu; ils n’ont pour but que de permettre à ce droit préexistant de produire ses effets”, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 21.

Esta tese foi adotada e melhor desenvolvida por CALAMANDREI. De acordo com a opinião do autor, “la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa ‘prepara’”, daí a “necessaria correlazione che passa tra la sentenza di condanna e la esecuzione forzata”. Para o autor, a situação do condenado “prima della condanna, non è altro che un ‘obbligato’: cioè il soggetto passivo di un rapporto giuridico sostanziale, vincolato, in forza di questo, a tenere ‘volontariamente’ un certo comportamento”, vale dizer, a realização da obrigação depende da sua vontade. “Ma, dopo la condanna, la volontà del debitore, sulla quale finora il diritto sostanziale faceva affidamento per ottenere l’adempimento dell’obbligato, si trasforma, da soggetto attivo di volontà, in oggetto passivo di una volontà altrui. In questa ‘trasformazione dell’obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell’obbligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più’, mi pare che consista la caratteristica essenziale della condanna, comune alla condanna civile ed a quella penale. (...) La ‘trasformazione dell’obbligo in soggezione’, questa mi pare che sia veramente la funzione specifica della condanna”. Com base nisso é que o autor conclui sua exposição afirmando que “la funzione della sentenza di condanna sia quella di ‘costituire quello stato di soggezione’, in forza del quale il condannato è posto alla mercé degli organi esecutivi, e costretto a subire passivamente la esecuzione forzata come un male inevitabile. In questo senso si può dire veramente che la sentenza di condanna ha natura costitutiva”, *La condanna*. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1972, v. V, p. 491 e 492 (este artigo também está publicado nos ‘*Estudios sobre el Proceso Civil*’. Trad. Santiago Sentís melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 551 e ss).

Também adota esta tese, MONTESANO, quando diz: “Sicché l’azione esecutiva è non solo accertata, ma anche costituita dalla condanna”, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli: Jovene, 1965, § 8, p. 26. Para o autor, “la condanna è preordinata a far conseguire all’avente diritto il risultato della prestazione non compiuta, ed impone, perciò, di riferire l’efficacia (processualmente costitutiva) della condanna non ad una dichiarazione di volontà del giudice nè ad una sfera estranea a quella della condanna stessa nella sua specifica natura di atto giurisdizionale, ma, insieme, alla funzione che l’ordenamento assegna alla tutela in esame ed alla qualità dichiarativa propria della tutela medesima”, *Condanna civile e tutela esecutiva*, ob. cit., § 8, p. 28. Deste modo, o autor conclui sua idéia afirmando que de acordo com o ordenamento em vigor, “la sanzione esecutiva è, appunto, applicata dalla condanna: applicazione che, avvenendo, come pure s’è visto, in via di accertamento (processualmente) costitutivo, non è perfezionata se non col giudicato, giacché a questo inerisce, o da questo è necessariamente sorretto (lo si è già accennato) l’accertamento, che è il risultato proprio della funzione giurisdizionale cognitiva”, *Condanna civile e tutela esecutiva*, ob. cit., § 9, p. 35. No mesmo sentido, SATTA, *L’esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*. In: *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950, v. II, p. 9. Para conhecer a posição do autor, consultar DARCI G. RIBEIRO, *La sentencia ejecutiva como garantia constitucional del principio de la efectividad*. In: *Da tutela jurisdiccional às formas de tutela*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, nº 2.4.

Um dos opositores desta tese é ZAFRA VALVERDE, para quem: “El concepto riguroso de la sentencia constitutiva ha de quedar delimitado en el sentido de que el fenómeno de formalización o desformalización jurídica de la sentencia se refiere a una situación jurídica de naturaleza material (no procesal, como la de la acción ejecutiva, ni jurídico-constitucional, como la de la potestad abstracta de acción procesal) y es el objeto directo y exclusivo del interés del demandante al dirigirse al Organismo jurisdiccional (cosa que no sucede en los casos de condena, en los cuales lo que el demandante persigue directamente es la efectividad de un derecho subjetivo material conculcado)”, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 79.

senão a criação da via executiva, ou seja, confere ao titular do direito uma nova pretensão: a executiva⁶⁰. Deste modo, na sentença condenatória o juiz não pode realizar o direito do demandante na mesma fase processual porque depende de uma nova fase processual, iniciada obrigatoriamente por um *requerimento* realizado pelo credor, para produzir as devidas alterações no mundo dos fatos, segundo art. 475-J do CPC, enquanto que na sentença constitutiva o juiz realiza a modificação da situação jurídica na mesma relação processual, já que esta não exige uma alteração no mundo dos fatos, senão somente uma alteração no mundo normativo do ‘*dever ser*’⁶¹. Por isso é que as sentenças condenatórias para que produzam uma alteração no mundo dos fatos devam ser realizadas através da execução forçada, enquanto que as constitutivas, ao produzir uma alteração no mundo normativo, são satisfeitas através da execução denominada não forçada⁶². Além do mais, também podemos acrescentar que as sentenças condenatórias têm por base direitos à prestação – *oportere* - por parte de uma pessoa, enquanto que as constitutivas um direito potestativo⁶³.

3.4. Execução e sentença constitutiva

⁶⁰ Para analisar com mais profundidade a essência da sentença condenatória, consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 9.5.3.1.3, p. 182 a 186.

⁶¹ Se orienta neste sentido, CALAMANDREI, ao afirmar que “mentre la sentenza costitutiva assoggetta a effetti giuridici ‘immediati’, che la stessa sentenza determina ‘ed attua’, la sentenza di condanna assoggetta a effetti giuridici ‘differiti’, che la stessa sentenza determina, ma che altri organi (esecutivi) ‘attueranno in un momento successivo’”, *La condanna*, ob. cit., p. 494; MANDRIOLI, quando indica que “mentre con la condanna il giudice non può che rimandare l’attuazione effettiva del diritto ad un’attività tutelatrice ulterior, da compiersi – in quanto destinata ad operare nel mondo materiale – dall’organo esecutivo, nel caso della sentenza costitutiva, l’ulteriore attuazione del diritto accertato può compiersi subito e direttamente dal giudice, dal momento che per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo nel mondo degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l’organo giurisdizionale è senz’altro onnipotente”, *Corso di diritto processuale civile*, Torino: Giappichelli, 2000, v. I, § 15, p. 54; e CELSO NEVES, quando diz: “A partir daí, se a sentença foi de acolhimento, o juiz ‘anula’ o ato ou negócio jurídico. ‘Executa’, portanto, a modificação propiciada pela ‘declaração’, mediante uma atividade de natureza inteiramente diversa da precedente, de caráter eminentemente prático e satisfativo. (...) A ‘execução’ constitui, pois, atividade que, ou ‘é interior ao processo de declaração’, ou é ‘exterior’ a ele, ‘ex intervallo’ e, neste caso, ‘complementar’ de atividade executória nele já ocorrida”, *Estrutura fundamental do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 34 e 36. Para este autor, “em ambas as hipóteses (de execução), a atuação do órgão do Poder Judiciário não é jurisdicional, mas ‘jurissatisfativa’”, *Estrutura fundamental do processo civil*, ob. cit., p. 36 e 37. Em igual sentido, MONTERO AROCA, quando trata da execução afirmando que: “En las constitutivas la sentencia produce por si misma el cambio jurídico y no precisa de actividad posterior”, *Derecho jurisdiccional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, t. II, Lição 51, p. 452.

⁶² Assim, ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*. In: Nuovo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1938, t. V, p. 505 e 506; e MANDRIOLI, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 121, p. 619.

⁶³ Em termos similares, CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 153, nota 118; ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., t. V, p. 505 e 506; e DENTI, *La giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1989, cap. IV, nº 7, p. 125.

Para sabermos se a sentença constitutiva possui atividade executiva é necessário, antes de tudo, delinear o conceito de execução. Inegavelmente a doutrina aponta duas concepções de execução: uma ampla e outra estrita. A concepção de execução em sentido *lato* ou ampla infelizmente não goza de muitos adeptos, ao contrário da concepção em sentido *stricto* ou estrita que acolhe a maioria dos autores.

Em sentido estrito, a execução é concebida como toda aquela atividade que produz uma alteração no mundo dos fatos, ou como quer CALAMANDREI, “la actividad de ejecución forzada, traduce este mandato em modificaciones prácticas del mundo exterior”⁶⁴, sendo denominada de execução forçada.

Em sentido amplo, a execução é entendida como toda aquela atividade que produz uma alteração tanto no mundo dos fatos (conceito *stricto* ou execução denominada forçada), como no mundo jurídico (conceito *lato* ou execução denominada não forçada)⁶⁵.

Toda sentença constitutiva produz inegavelmente um estado jurídico novo que antes dela não havia, mas o que significa produzir uma nova situação jurídica que antes da sentença não existia? Para que a mudança jurídica ocorra é necessária uma atividade judicial maior que a simples cognição, é necessária uma atividade *executiva*, que, de acordo com CALAMANDREI, “no consiste en una actividad material que tenga existencia real en el mundo de los sentidos, sino en una actividad meramente jurídica que existe solamente en el mundo del derecho”.⁶⁶ E isso é assim porque a declaração petitória do demandante (*rectius*, o bem da vida querido pelo demandante) consiste exatamente em querer produzir uma mudança simplesmente jurídica e não fática⁶⁷, logo, esta mudança não produz uma satisfação fática, senão uma satisfação jurídica com a mudança no estado jurídico querido pelo autor. Por essa razão podemos facilmente

⁶⁴ *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1986, v. I, §20, p. 167.

⁶⁵ A denominação execução *non forzosa*, no sentido limitado de execução ‘*dei mezzi istruttori*’, foi criada por CHIOVENDA, quando disse que existe uma execução que “*non è forzata, ma spontanea*”, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 85, p. 245. Porém, sem lugar a dúvidas, foi ALLORIO quem melhor desenvolveu esta teoria em um sentido inovador e totalmente distinto de Chiovenda, como a seguir veremos.

⁶⁶ *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*. In: Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 35.

⁶⁷ De acordo com a opinião de CHIOVENDA, o “*bene*” può essere la modificazione dello stato giuridico esistente, quando si abbia interesse a toglier di mezzo un rapporto giuridico o a costituirne uno nuovo”, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 4, p. 8.

conceber que a finalidade da atividade executiva é produzir uma alteração tanto no mundo dos fatos (conceito *stricto* ou execução denominada forçosa), como no mundo jurídico (conceito *lato* ou execução denominada não forçosa).

A este respeito merece aprovação o exposto por ALLORIO quando o mesmo afirma que: “la sentenza costitutiva, mentre è atto d’ accertamento, in quanto accerta il diritto potestativo, è atto d’ esecuzione, in quanto l’attua (e, si noti, lo consuma)”⁶⁸. De acordo com a acertada opinião do autor, a sentença constitutiva se realiza através da execução *non forzosa* que se diferencia da execução forçada tanto no aspecto funcional como no aspecto estrutural, pois: “sotto l’aspetto funzionale: l’ esecuzione forzata è preordinata ad attuare diritti d’ obbligazione – di specie o di genere – l’ esecuzione non forzata ad attuare diritti potestativi. Dal punto di vista strutturale, la distinzione dell’ esecuzione forzata dalla non forzata consiste in ciò che, nella prima e non nella seconda, non tanto ‘si ha sempre’, quanto ‘può sempre aversi’ impiego di forza (ossia: compimento d’atti materiali, oltre che emissione di provvedimenti)”⁶⁹.

Desse modo, não podemos confundir a execução que realiza os direitos no mundo dos fatos, e que geralmente é levada a cabo em uma fase processual sucessiva e distinta, com a execução que realiza os direitos no mundo jurídico, é e levada a cabo na mesma relação processual. Tanto é assim que CALAMANDREI utiliza a parte dispositiva de uma sentença constitutiva para demonstrar esta duplicidade de função: “*afirmo existente el derecho de la parte a obtener la anulación del contrato (declaración), y por conseguinte, anulo (ejecución)*”⁷⁰. A mudança criada pela sentença

⁶⁸ *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., p. 505. Esta teoria é aceita, entre outros, por MANDRIOLI, quando afirma que: “Sembra anche a me che il riferimento al ‘possibile uso della forza’ valga a distinguere in modo adeguato le forme propriamente forzate dell’ esecuzione”, *L’ azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 562.

⁶⁹ *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., p. 505 e 506. Esta teoria é aceita, entre outros, por MANDRIOLI, quando afirma que: “Sembra anche a me che il riferimento al ‘possibile uso della forza’ valga a distinguere in modo adeguato le forme propriamente forzate dell’ esecuzione”, *L’ azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 562.

⁷⁰ *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 36. Para CALAMANDREI, “la sentencia constitutiva, según esto, acumularía en sí una actividad perteneciente al proceso de cognición (declaración de la existencia de un derecho al cambio jurídico) con una actividad perteneciente al proceso de ejecución (actuación forzada de este derecho)”, *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 36. Porém, o autor conclui dizendo que “en el primer momento el juez realiza una actividad jurisdiccional; en el segundo momento el juez realiza una actividad administrativa”, *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 38. Esta conclusão do autor deve ser atribuída ao seu conceito de jurisdição, pois segundo o professor florentino, a função jurisdiccional consiste na “función mediante la cual un órgano del Estado sustituye la propia actividad a la actividad ajena al actuar concretas voluntades de ley ya nacidas antes del proceso, las cuales no se dirigen a ese órgano sino a los sujetos de la relación jurídica sometida a decisión”, *Límites entre jurisdicción y*

constitutiva realiza o direito do autor na medida em que produz uma nova situação jurídica, modificando juridicamente uma situação jurídica anterior⁷¹.

Por análogas considerações me parece acertada a opinião de MANDRIOLI que se baseia fundamentalmente no fato de que na sentença constitutiva existe a *imposizione de una sanção modificativa*, isto é, “le particolari caratteristiche dell’attività realizzatrice della sanzione a mezzo di modificazione giuridica, ossia a mezzo di esecuzione non forzata, suggeriscono al legislatore l’opportunità che essa sia affidata non all’organo dell’attività materiale, ma all’organo dell’attività propriamente giuridica, che è il medesimo organo dell’accertamento, nulla impedisce piú che all’unità finale corrisponda l’unità formale”⁷². Outro não é o entendimento de HABSCHEID, para quem a sentença constitutiva “une fois entré en force de chose jugée, un tel jugement n’a plus besoin d’aucune intervention de l’autorité publique pour être exécuté: il porte en quelque sorte son exécution en lui-même”⁷³.

A sentença constitutiva também pode produzir efeitos anexos ou secundários, pois, de acordo com a acertada opinião de FREDIE DIDIER, “a efetivação de um direito potestativo pode gerar um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar)”⁷⁴. E os exemplos são vários: a decisão que

administración en la sentencia civil, ob. cit., p. 22. Vale dizer, a função jurisdicional compõe-se de dois caracteres: é uma atividade ‘secundária’ e tem natureza ‘declarativa’. Daí que a sentença constitutiva, em sua atividade executiva, não seja jurisdicional, pois, de acordo com o autor, “se tiene, precisamente, por definición en aquellos casos en que la ley quiere que el cambio jurídico pueda ocurrir solamente ‘jussu judicis’: de modo que no se pueda hablar nunca de sustitución”, *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 37. Para uma crítica sobre a postura do autor no que se refere ao caráter não jurisdicional desta segunda fase da sentença constitutiva, consultar por todos as acertadas considerações desenvolvidas por ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 180 e ss.

⁷¹ No mesmo sentido, entendendo que a sentença constitutiva compõe-se dos elementos declarativo e executivo, ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., p. 505 e 506; CALAMANDREI, *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 34 e ss; MANDRIOLI, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 522 e ss, HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., § 53, p. 331; entre outros, como HELLWIG e RASELLI, *apud* ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 186 e ss.

⁷² *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 121, p. 618 e 619. Convém esclarecer que o autor adota o conceito de sanção descrito por MINOLI, segundo o qual “la ‘sanzione’ non, rigorosamente, come reazione all’illecito vero e proprio, imputabile ad una persona determinata, ma come reazione ad una situazione di fatto antigiuridica, che il diritto intende sia rimossa (almeno, ove ricorrono certi presupposti: ad es. la domanda di un interessato) anche se non è imputabile a titolo di ‘illecito’, a nessuno (si pensi ad un contratto annullabile per errore o rescindibile per sopravvenuta onerosità)”, *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano: Giuffrè, 1950, cap. II, nº 7, p. 60 e 61.

⁷³ *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., § 53, p. 331.

⁷⁴ *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 316.

rescinde uma sentença gera, por efeito anexo, a obrigação de o credor ressarcir o devedor dos danos que este sofreu, art. 574 do CPC; a anulação de um ato jurídico com base no art. 182 do Código Civil pois em não sendo possível as partes voltarem ao estado jurídico anterior, serão indenizadas, etc.

Agora, o fato de a sentença constitutiva produzir um efeito anexo que gere o direito a uma prestação, não implica necessariamente reconhecer que a mesma possa ser executada na forma forçada. Uma coisa é o efeito anexo como *efeito* da sentença constitutiva que se realiza mediante a execução forçada e outra, bem diferente, é afirmar que a própria sentença constitutiva pode ser executada forçadamente⁷⁵. Não podemos confundir aqui *causa* com *efeito*, porquanto a execução forçada far-se-á ineludivelmente sobre o *efeito* anexo, cuja *causa* é a sentença constitutiva.

⁷⁵ Em sentido contrário, afirmando que a própria sentença constitutiva pode ser realizada através da execução forçada, FREDIE DIDIER, quando afirma: “O que, na verdade, dispensa ‘execução’ é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma”, *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 315. Mais adiante o próprio autor afirma textualmente que a sentença constitutiva pode servir como título executivo, pois “a sentença constitutiva pode ter por efeito anexo um direito a uma prestação e, assim, servir como título executivo para efetivar a prestação conteúdo deste direito que acabou de surgir”. Data máxima vênia, o autor confunde aqui *causa* com *efeito*.