

ESTADOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS E DIREITO FORMATIVO. O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS POR SEUS EFEITOS

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Livre docente de Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito de Porto Alegre, Uni-
versidade Federal do Rio Grande do Sul.
Consultor-Geral do Estado do Rio Grande
do Sul.

I - ESTADOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

SUMÁRIO: 1. Transformações operadas pela sentença. 2. Atos devidos e atos permitidos. 3. Transformações. 4. Transformações fáticas e transformações jurídicas. 5. Regulação jurídica das relações interpessoais. 6. Estados jurídicos fundamentais. 7. Estado de poder e sujeição. 8. Estado de crédito e débito. 9. Estado de negação. 10. Transformações da relação jurídica.

1. A sentença é ato jurídico. Portanto, produz efeitos jurídicos.
A sentença é o ato que põe termo ao processo. Portanto, não é um ato isolado: é o último ato de uma série de atos denominada **procedimento**.

Por isso, os efeitos da sentença não são efeitos imputáveis exclusivamente à sentença. São antes efeitos **do processo**.

A sentença, porque põe termo ao processo, é o ato ao qual se imputam os efeitos do processo. Tal como se imputássemos ao apito final do juiz o resultado de uma partida de futebol. Mas bem sabemos que não é o apito do juiz que determina o resultado da partida. Ele apenas marca o momento em que um determinado resultado, até então sujeito às variações do jogo, se torna definitivo.

No direito processual não vemos as coisas tão claramente e, por isso, é preciso chamar a atenção para o fato de que os efeitos da sentença não são rigorosamente efeitos da sentença, mas sim efeitos do processo.

A sentença é tão só **um dos atos** do processo. É, em geral, o ato mais importante, porque contém em si mesma um resumo de todo o processo: o pedido do autor, a resposta do réu e o registro das principais ocorrências havidas no seu andamento (Cód. Proc. Civil, art. 458, I). Nem sempre, porém, é o ato mais importante do processo: na execução, por exemplo, a penhora, a arrematação e a entrega do produto ao exeqüente, são, sem dúvida, mais importantes do que o ato com que o juiz declara extinta a relação processual (Cód. Proc. Civil, art. 795).

Extinto o processo, permanecem os seus efeitos. Isso quer dizer que o processo produz **transformações**. Transformações **jurídicas**. Para se determinar as transformações produzidas pelo processo, é preciso que se compare aquilo que havia **antes** dele com o que passa a existir **depois** dele. As diferenças ou variações assinaláveis são os efeitos do processo que, como vimos, são geralmente imputados à sentença.

Transformação é mudança, movimento, dinamismo. Para que haja transformações é preciso que exista algo mutável, porque observar uma transformação implica em comparar um antes com um depois, considerados estaticamente. Estática e dinâmica são dois contrários que se explicam mutuamente. Não se compreende um sem se compreender o outro. Por isso é que o estudo das transformações produzidas pelo processo deve necessariamente partir do estudo dos **estados jurídicos**. Dada a impossibilidade de estudá-los a todos, por causa de sua infinita variedade, devemos contentar-nos com o estudo dos **estados jurídicos fundamentais**.

Enfrentemos, pois, essa tarefa, partindo de noções extremamente singelas para, a final, compreender as mais complexas.

2. De cada ato humano é possível pensar o seu contrário:

matar, não matar;
comer, não comer;
derrubar a árvore **x**, não derrubar a árvore **x**;
pagar a dívida **y**, não pagar a dívida **y**;
dirigir com prudência, dirigir imprudentemente.

Assim, cada ato humano tem variedade igual a dois. Podemos representá-la pelos sinais + e — (mais e menos): Portanto, + será o símbolo de **fazer** e —, o símbolo de **não fazer**.

Um homem pode estar sujeito à norma (jurídica, religiosa, moral ou técnica) que lhe prescreva o que deve fazer ou não fazer. Tal norma lhe dirá que deve praticar determinado ato, ou que lhe é proibido praticar o ato, ou ainda, silenciando, lhe permitirá praticá-lo ou não. A variedade, aqui, é igual a três. Vamos representá-la assim:

$d +$ = dever fazer, ato devido positivo;
 $d -$ = dever não fazer, ato devido negativo, proibição;
 \checkmark = ato permitido (não ordenado).

O símbolo **d**, isoladamente (não seguido do sinal **mais** ou **menos**) indicará dever não especificado (podendo, pois, tratar-se de ato devido ou de ato proibido. Sempre, porém, se tratará de **dever**, e não de permissão ou faculdade).

Havendo necessidade de distinguir deveres diferentes, usaremos as expressões d_1 , d_2 , d_3 e assim por diante. Identicamente, havendo vários atos permitidos (\checkmark_1 , \checkmark_2 , \checkmark_3 , ...).

3. Um ser pode ser observado em dois momentos distintos, que podemos chamar de **momento 1** e de **momento 2**; ou **antes** e **depois**. Exemplo: estado de João antes de fazer regime para emagrecer: gordo; depois do regime: magro.

gordo —————> magro.

A flecha representa, aí, a **transformação** observada. Em linguagem de cibernética, gordo é o **operando**; magro o **transformado**.

operando —————> transformado.

Transformação é diferença observada. Se a diferença é igual a zero, diz-se que a transformação é **idêntica**. Exemplo: João era gordo e continua gordo.

A idéia de transformação idêntica não implica em absurdo algum. Em primeiro lugar, porque a transformação implica em modificação pelo menos da dimensão temporal; em segundo lugar, porque apenas a deficiência do observador é que o faz ver identidade absoluta. A árvore que ontem estava aqui e continua hoje no mesmo lugar, na verdade não está no mesmo lugar, porque, entretanto, a terra se movimentou em torno do sol. Além disso, transformação é símbolo convencional de uma idéia e nada nos impede de convencionar que a idéia simbolizada pelo som **transformação** seja suficientemente ampla para conter a espécie **transformação idêntica**.

“Uma transformação importante, capaz de ser rejeitada pelo principiante como uma nulidade”, diz ASHBY, “é a transformação **idêntica** na qual não ocorre mudança e cada transformado é igual ao seu operando.” (ASHBY, W. Ross. **Uma Introdução à Cibernética**. São Paulo, Perspectiva, 1970. p. 17).

Essas mesmas idéias são expostas por CARNELUTTI, embora numa linguagem diversa:

“... o fato resolve-se numa multiplicidade de situações, a primeira e a última das quais podem chamar-se (...) situação inicial e situação final. Entre uma e outra há um grupo mais ou menos numeroso de situações intermédias, que constituem o ciclo do fato.

A situação inicial adapta-se o nome de princípio do fato. Este é o ponto de partida do ciclo.

A situação final dá-se o nome de evento (...). Evento é precisamente aquilo que veio de qualquer coisa, e, por tal razão, a última situação, vinda das precedentes.

Para que o grupo das situações, situação entre o princípio e o evento, constitua um fato, ou melhor, para que duas situações constituam respectivamente o princípio e o evento de um fato, é necessária, outrossim, uma ligação entre elas. Esta ligação é precisamente uma relação (...)

É assim que a noção de fato se resolve em dois elementos: situação e relação. É visto que o primeiro destes dois elementos é de nós já conhecido, convém que observemos o segundo. Trata-se (...) de uma relação entre situação e situação, isto é, de uma relação exterior à situação.

Pode suceder que as situações, ainda que múltiplas, formal e espacialmente sejam idênticas e invariáveis. A coincidência formal e espacial entre o princípio e o evento não exclui o fato. É esta uma reflexão de notável importância para a teoria da realidade e para a teoria do direito. Na verdade, tal coincidência não exclui a pluralidade das situações e a sua ligação, que é uma ligação puramente temporal.

.....

Ao fato que consiste numa sucessão de situações idênticas, proponho que se chame fato temporal. Este é o primeiro tipo de fato e o mais simples. Se se atenta em que, em cada fato, do princípio ao evento, há sempre necessariamente qualquer coisa que muda, ou, em outros termos, qualquer coisa que devém, neste tipo o que muda de situação para situação é apenas a dimensão temporal. Este fato é, por tal motivo, um fato a uma (única) dimensão.

.....

A expressão do fato puramente temporal é o que se chama duração. (...). Entendo que se pode atribuir uma certa importância, para a teoria do direito, ao reconhecimento de que a própria duração é um fato.” (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Rodrigues Queiró. São Paulo. Saraiva, 1942. p. 54-7).

4. É preciso distinguir, com extremo rigor, o plano dos fatos (plano fático) do plano das normas (plano jurídico ou normativo). Uma coisa é dever fazer; outra coisa é fazer efetivamente. Uma coisa é dever matar, outra coisa é matar. Temos, portanto, necessidade de não apenas distinguir o **antes** do **depois**, como também de distinguir os planos fático e normativo. Para significar que o ato foi ou não praticado, usaremos também e respectivamente os sinais + e —, **antecedendo**, porém, o símbolo indicativo de dever ou permissão.

Teremos, então:

- 1) + d + = praticar o ato devido positivo, obedecer;
- 2) + d - = praticar o ato proibido, desobedecer;
- 3) - d + = não praticar o ato permitido positivo, não fazer;
- 4) - d - = não praticar o ato proibido, obedecer.

As expressões 1 e 4 são equivalentes. Também são equivalentes as expressões 2 e 3.

De igual forma, teremos:

- 5) + \checkmark + = praticar o ato permitido positivo, fazer;
- 6) + \checkmark - = praticar o ato permitido negativo, não fazer;
- 7) - \checkmark + = não praticar o ato permitido positivo, não fazer;
- 8) - \checkmark - = não praticar o ato permitido negativo, fazer.

As expressões 5 e 8 são equivalentes. Também são equivalentes as expressões 6 e 7.

Observe-se que todo fato do mundo fático produz efeitos fáticos. Até mesmo uma declaração de vontade. Se escrita, garatujas num pedaço de papel são efeitos fáticos de declaração. Se oral seus efeitos fáticos são ondas sonoras que são percebidas pelos que ouvem e que, de algum modo, ficam gravadas no cérebro dos ouvintes. São os efeitos fáticos dos fatos jurídicos que possibilitam a sua prova, o que é de capital importância para o Direito e, particularmente, para o processo.

5. Até aqui nos mantivemos no amplo campo das normas em geral (religiosas, morais, técnicas ou jurídicas). Para ingressarmos no campo especificamente jurídico, é preciso que passemos a considerar também um **alter**, isto é, um **outro** homem. Não podemos mais nos contentar com observar um homem em face de uma norma, porém é preciso que consideremos um homem em face de uma norma e de outro homem.

Um homem, ainda que só, pode estar sujeito a norma religiosa, técnica ou moral que lhe prescreva o que deve e o que não deve fa-

zer. O Direito, porém, regula relações interpessoais. Portanto, para que exista norma jurídica (assim como para que exista norma de cortesia), é preciso que exista um outro e, entre ambos, uma relação. Por isso, um homem só não pode estar sujeito a norma jurídica.

De que modo regula o Direito relações interpessoais? Já o sabemos: proibindo, mandando ou permitindo que se pratiquem atos. Trata-se, agora, de determinar os estados jurídicos fundamentais. Os elementos com que devemos jogar são: o ato; a qualificação do ato como devido, proibido ou permitido e finalmente, o **outro**.

6. Na primeira tentativa de caracterizar os estados jurídicos fundamentais, incidiu o mesmo erro de CARNELUTTI: considerar, ao mesmo tempo, dois atos: por exemplo, a faculdade de fazer, contraposta ao correlativo dever de não impedir; o poder de mandar contraposto ao correlativo dever de obedecer (CARNELUTTI. Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1942. p. 253 e ss.). Verifiquei, posteriormente, que é mais acertado considerar um único ato de cada vez. A análise ganha, assim, maior precisão e unidade.

Consideremos um ato determinado qualquer: o do carrasco que tem o dever de matar um outro homem, condenado a morrer na cadeira elétrica. CASSIANO RICARDO consola o condenado: "Teu eletrocutor será gentil; mais que gentil. Exato. E te fará morrer tão amistosamente como quem — num jardim — colhe uma flor". Entretanto, por mais gentil que seja o ato, ninguém poderá obscurecer o fato de que o condenado é o sujeito passivo do ato, ainda que (dirá o jurista) não exista relação jurídica entre o condenado e o eletrocutor.

Uma outra hipótese: o autor, na execução, pede que o juiz pratique o ato denominado **penhora**. Se presentes os pressupostos legais, o juiz tem o dever de praticar o ato. Quem pratica o ato é o juiz (através do oficial de justiça). Quem sofre os efeitos do ato é o executado. Mas existe ainda um terceiro, que é o exequente, cujo interesse é tutelado pela norma jurídica que impõe ao juiz dever de praticar esse ato determinado que é a penhora. No caso antes considerado de condenação à morte, o interesse tutelado pela norma é o do Estado ou da sociedade. E isso nos mostra o caminho a seguir: não basta considerar os

dois sujeitos, ativo e passivo do ato; é preciso ainda considerar a eventual existência de um sujeito, cujo interesse é tutelado pela norma que ordena, proíbe ou permite a prática do ato.

A análise nos revela que, nos casos citados, nos encontramos em face de **estados jurídicos complexos**. Decompondo-os, encontramos os **estados jurídicos fundamentais**.

Ora, temos três sujeitos a considerar: a) o sujeito ativo do ato: aquele que deve ou que não deve praticar o ato ou a quem se permite a prática do ato; b) o sujeito passivo do ato: aquele que sofre os efeitos fáticos da ação ou omissão do sujeito ativo do ato; e, finalmente, c) o beneficiado: aquele cujo interesse é tutelado pela norma que ordena, proíbe ou permite a prática do ato. Em consequência, também temos três relações a considerar: ab) a relação entre o sujeito ativo do ato e o sujeito passivo do ato; ac) a relação entre o sujeito ativo do ato e o beneficiado; e, finalmente, bc) a relação entre o sujeito passivo do ato e o beneficiado.

Prosseguindo na análise, constatamos que apenas as duas primeiras dessas relações podem ser consideradas como correspondentes a estados jurídicos fundamentais: 1.º, porque, na terceira relação, confrontamos o sujeito passivo do ato com o beneficiado, ficando de fora o sujeito ativo do ato e, portanto, o próprio ato e 2.º, porque a relação entre o sujeito passivo do ato e o beneficiado não é senão um reflexo das outras duas: corresponde, portanto, a um estado jurídico **derivado**!

7. O estado jurídico do sujeito ativo do ato em face do sujeito passivo do ato ou (o que é o mesmo) do sujeito passivo do ato em face do autor do ato será denominado **estado de poder e sujeição**: (p, s). Não importa, aqui, se o ato é apenas permitido ou se se trata de ato devido. Entretanto, se houver necessidade de indicar que se trata de uma ou de outra hipótese, substituiremos a letra p por *d* ou *d*, respectivamente.

Portanto: (p, s) significa estado de poder e sujeição, sem que se saiba se ao titular do poder apenas é permitido praticar o ato ou se,

pelo contrário, lhe cabe o dever de praticá-lo; (*d*, s) também significa estado de poder e sujeição. Aqui, porém, se esclarece que ao titular do poder é permitido praticar ou não praticar o ato; finalmente, (d s) também significa estado de poder e sujeição; aqui, porém, se esclarece que o titular do poder tem o **dever** de praticar o ato. Nessa hipótese, evidentemente encontra-se oculto um terceiro sujeito: o beneficiado.

Em suma: a referência ao estado de poder e sujeição apenas significa a relação entre o sujeito ativo do ato e o sujeito passivo do ato. Exemplos: o eletrocutor em face do condenado à morte; o oficial de justiça em face do executado, cujos bens são penhorados; o devedor que paga a dívida em face do credor que sofre os efeitos do ato, porque seu crédito se extingue pelo pagamento.

8. O estado jurídico do sujeito ativo do ato em face do beneficiado ou (o que é o mesmo) do beneficiado em face do autor do ato será denominado **estado de crédito e débito**: (c, d). Não se pode, aqui, cogitar de ato meramente permitido. Necessariamente tem-se **dever**. E o elemento que serve para caracterizar esse estado jurídico é o **interesse**, tal como o conceitua CARNELUTTI:

“Existindo entre os entes relações de complementaridade, é uma manifestação da vida de que alguns são dotados tenderem a combinar-se com os entes complementares. A força vital consiste precisamente em os seres vivos possuírem estímulo para tal combinação.

O estímulo age por via de uma sensação penosa por todo o tempo em que se não efetue a combinação, e de uma sensação agradável logo que a combinação se produza. Esta tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar é uma necessidade. A necessidade satisfaz-se pela combinação. O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem; **bonum quod beat**, porque faz bem. A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de a satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente. O pão é sempre

um bem, e por isso tem sempre utilidade, mas não tem interesse para quem não tem fome, nem pensa vir a tê-la. Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir; do contrário, é indiferente.

Daqui se deduz que pode haver interesse, não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução. De uma série de sensações de fome, o homem tira uma lei, com base na qual deduz que, se hoje não tem fome, tê-la-á amanhã. A existência do interesse, relativamente às necessidades futuras, determina aquela aquisição de bens, além do limite das necessidades presentes, que se chama poupança. Pode ajuntar-se ainda que a própria disponibilidade de bens para as necessidades futuras, acaba por se tornar objeto de uma necessidade: nisso reside o fundamento da avareza.

É esta a noção de interesse que deve ser empregue na construção da teoria do direito." (CARNELUTTI. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1942. p. 79-80).

Credor ou beneficiado é aquele cujo interesse é tutelado pela norma jurídica que a outro imponha um dever, positivo ou negativo; sujeito ativo do ato é aquele que pratica ou não pratica o ato previsto em norma jurídica mandamental ou permissiva; sujeito passivo do ato é aquele que lhe sofre os efeitos.

No exemplo do carrasco, temos: (c, d, s), isto é, o credor do ato (Estado ou sociedade), o executor e o condenado. Eis aí indicados num relance dois estados jurídicos fundamentais: do autor do ato em face do sujeito passivo do ato e do devedor do ato em face do credor e, ainda, o estado jurídico reflexo ou derivado, existente entre o credor do ato e o sujeito passivo do ato.

Na maior parte dos casos, o interesse tutelado pela norma jurídica é o do autor do ato ou o do sujeito passivo do ato, e não de um terceiro. Fica, então, ainda mais simples a representação. Teremos um vetor com apenas dois componentes: (p, s) ou (c, d).

9. Existe ainda um terceiro estado jurídico fundamental: a inexistência de relação! Assim como o zero é fundamental na matemática, assim a inexistência de relação jurídica deve, no Direito, ser considerada estado jurídico fundamental! Representá-la-emos pelo símbolo matemático do zero.

São, pois, estados jurídicos fundamentais:

- a) o estado de poder e sujeição: (p, s);
- b) o estado de crédito e débito: (c, d); e
- c) o estado de negação, de inexistência de relação jurídica: (o, o).

Se o estado é de crédito e débito (c, d), tem-se um ato devido do segundo sujeito. Exclui-se, portanto, a possibilidade de ser-lhe permitido praticá-lo ou não. Exclui-se também a possibilidade de ser o credor sujeito ativo do ato.

Se o estado é de poder e sujeição (p, s), ao primeiro sujeito tanto pode corresponder um dever (d, s), como uma faculdade ou permissão (p, s). Exclui-se a possibilidade de ser o segundo sujeito autor do ato. O símbolo (p, s) não indica qual o interesse tutelado pela norma, que tanto pode ser do primeiro como do segundo sujeito, como ainda de um terceiro.

10. A idéia de relação jurídica implica em algo que permanece através de sucessivas transformações. Em outras palavras, sucedem-se diferentes estados jurídicos. No exemplo a seguir, eles serão representados por um vetor com três componentes, que indicarão, respectivamente: o plano fático, a situação jurídica de Pedro em face de João e a situação jurídica de João em face de Pedro. Pedro é um pedestre. João é o dono de uma empresa de ônibus.

- a) No estado jurídico inicial, a_1 (correspondente ao plano fático) representa uma situação de fato qualquer, indeterminada; e os dois zeros (correspondentes ao plano jurídico) nos mostram que não há relação jurídica entre Pedro e João: $a_1, 0, 0$.

- b) Um empregado de João atropela e fere Pedro. No plano fático, Pedro está ferido e, no plano jurídico, Pedro se torna credor de João, para quem surge o dever de indenizar: (a2, c, d).
- c) João não paga. No plano fático, vemos os efeitos do inadimplemento. No plano jurídico, vemos que Pedro tem o poder de exigir o pagamento: (-d, p, s).
- d) Pedro exige o pagamento. No plano fático, podem-se observar os efeitos fáticos de sua declaração de vontade, por exemplo, no papel que recebeu sua declaração e que foi lido por João. No plano jurídico, volvemos ao estado de crédito e débito: (p, c, d2).
- e) João não paga. No plano fático voltamos a ver o inadimplemento. No plano jurídico, Pedro adquire um novo poder: o de obter coercitivamente o pagamento: (-d2, p2, s).
- f) Pedro vai ao Judiciário e obtém a satisfação de seu crédito. No plano fático, vemos que Pedro recebeu e João perdeu o valor da indenização. No plano jurídico, volvemos ao estado de negação, porque extinguiu-se a relação jurídica: (p2, o, o).

Fica mais clara a sucessão de estados jurídicos, se os representarmos um ao lado do outro, na mesma linha, unidos por flechas indicativas dos fatos jurídicos:

(a1, o, o) → (a2, c, d) → (-d, p, s) → (p, c, d2) → (-d2, p2, s) → (p2, o, o).

Partiu-se do estado de negação e voltou-se ao estado de negação. (E o leitor que ainda estava em dúvida, já agora há de concordar comigo em que a inexistência de relação jurídica não pode deixar de ser considerada estado jurídico fundamental).

Observando a terminologia de PONTES DE MIRANDA temos: em a2 direito e dever; em -d a pretensão; a seguir o exercício da pretensão; em -d2 a ação de direito material; e em p2 o exercício da ação de direito material.

Note-se que em tal representação distinguem-se os planos fático e jurídico; indicam-se os fatos (pelas flechas) e os efeitos fáticos e jurídicos dos fatos jurídicos (pelo conteúdo dos parênteses); distinguem-se as posições das partes; aponta-se o sujeito cujo interesse é tutelado pela norma jurídica; aponta-se o autor do ato bem como o sujeito passivo do ato; distinguem-se os efeitos fáticos dos fatos alheios à vontade das partes (a1 e a2) dos efeitos decorrentes de atos das partes (-d, p, -d2 e p2); e, finalmente, vê-se a relação jurídica em seu devir, de zero a zero.

Dos três estados jurídicos fundamentais, o de negação não exige maiores explicações. O de crédito e débito tem sido largamente estudado pela doutrina. O de poder e sujeição, porém, não foi ainda suficientemente explicado, razão por que lhe convém um capítulo especial.

Um estado jurídico supõe referência a um só e determinado ato.

II - ÔNUS E DIREITO FORMATIVO

SUMÁRIO: 1. "Non liquet"; 2. Ônus da prova em sentido objetivo; 3. Ônus da prova em sentido subjetivo; 4. Outras espécies de ônus processuais; 5. Ônus extraprocessuais; 6. Direito formativo; 7. Espécies de direitos formativos; 8. Direito formativo e faculdade; 9. Ônus e direito formativo: dois significantes e um só significado.

1. AULO GÉLIO (125-175) era jovem quando, pela primeira vez, os pretores o colocaram no número dos juizes, encarregando-o dos julgamentos chamados privados. Consciente da nova responsabilidade, estudou (como ele mesmo nos conta) os deveres do juiz, quer em livros escritos em latim, quer em livros escritos em grego. "Jovem ainda, deixando as fábulas da poesia e os movimentos da eloquência para subir ao tribunal, eu queria aprender os deveres de meu cargo na escola dos mestres mudos". No que concerne às cerimônias legais, a Lei Júlia c

os **Comentários** de Sabino Masúrio e outros juristas o esclareceram devidamente. Entretanto, esses livros de nada lhe serviram quanto aos conflitos de razões contrárias com que se defrontou. Assim, por exemplo, encontrou-se em inextrincável apuro quando se defrontou com o seguinte caso: um homem honrado, cuja boa-fé era pública e notória; cuja vida era íntima; e sobre cuja sinceridade não havia dúvida, reclamava ante seu tribunal uma determinada quantia em dinheiro, proveniente de um empréstimo que fizera ao réu, homem comprovadamente falso. Nem é preciso dizer que o réu negava a existência do débito... E não só: rodeado de numerosos partidários, não cessava de excluir que era necessário, conforme a lei, que o autor provasse a existência da dívida, com documentos ou testemunhas. E acrescentava que, não havendo sido produzida prova alguma, devia ser absolvido; que a boa ou má conduta das partes carecia de valor, já que se tratava de dinheiro e as partes se encontravam diante de um juiz e não diante de censores de costumes. Não sabendo como julgar a causa, Aulo Gélcio foi buscar conselho, inicialmente com seus amigos forenses. Ora, tais amigos lhe deram a mesma resposta que lhe dariam os advogados e juristas de hoje: se o autor não prova a existência da dívida, o réu deve ser absolvido. Todavia, Aulo Gélcio não se conformou com a resposta. Considerando aqueles dois homens, honrado um e perverso o outro, não conseguia se decidir a julgar improcedente a ação. Dirigiu-se, então, a um filósofo, Favorino, que lhe disse: "não se podendo esclarecer o litígio nem por documentos, nem por testemunhas, deve o juiz procurar de que parte há maior probidade; e só se há igualdade no bem e no mal é que se deve dar fé a quem nega a dívida. Ora, no teu caso, não há testemunhas nem documentos, mas tu afirmas que o demandante é um homem honrado, ao passo que o réu é perverso. Vai, pois, e dá razão ao demandante." Aulo Gélcio considerou esse conselho digno de um filósofo, mas não o seguiu. Pareceu-lhe demasiadamente atrevida a conduta sugerida, e não condizente nem com sua idade, nem com a debilidade de seus conhecimentos. Não tinha ânimo para contrariar os costumes estabelecidos. Parecia-lhe grave condenar sem provas; de outro lado, não podia decidir-se a absolver o réu. E assim, diz Aulo Gélcio, "jurei que o assunto não estava claro, ficando, em consequência, livre daquele julgamento": *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.*" (GÉLIO, Aulo. *Noches Áticas*. Buenos Aires, Europa-América, 1959. Livro XIV, cap. II).

Non liquet. Não está claro. Essa expressão é usual na ciência do processo, para significar o que hoje não mais existe: o poder de o juiz não julgar, por não saber como decidir.

Atualmente, o juiz não pode deixar de julgar. Ainda que nada tenha ficado provado; ainda que não saiba quem tem razão; ainda que não saiba qual das partes é a vítima e qual o algoz; ainda que ignore qual das partes o está enganando, o juiz tem o dever de julgar. Não sabe e, entretanto, deve julgar, como se soubesse. "Il giudice decide **non perché sa ma come se sapesse.**" (CARNELUTTI, Francesco. *Dirito e Processo*. Napoli, Morano, 1958. p. 265).

2. Quando o juiz não sabe como julgar, por falta de provas, a lei julga por ele. Existe uma série de normas jurídicas que dizem ao juiz como deve julgar, quando ele não consegue apurar quem tem razão. Tais normas são chamadas de **regras do ônus da prova**. Diz a lei, por exemplo:

JUIZ!

- se o autor se afirma credor do réu e nada fica provado, absolve o réu! (Cód. Proc. Civil, art. 333, I).
- se o réu afirma que **era** devedor, mas que já pagou a dívida; nada ficando provado, condena o réu! (Cód. Proc. Civil, art. 333, II).

Tais regras que visam impedir o **non liquet**, são regras do ônus da prova **em sentido objetivo**. Seu destinatário é o juiz. Existem quer se trate de processo dispositivo, quer se trate de processo inquisitório. Nesse sentido, é regra relativa ao ônus da prova a norma de processo penal **in dubio pro reo**.

3. As regras técnicas não impõem deveres: apenas dizem o que é necessário fazer para se atingir certo fim. Assim, por exemplo, se quero acender a luz, preciso acionar o comutador.

As regras do ônus da prova, embora tenham por destinatário o juiz, se refletem sobre as partes. Refletem-se, porém, não como regras

jurídicas, mas como regras técnicas: o autor sabe que precisa provar a existência da dívida, para que o juiz julgue procedente sua ação; o réu sabe que deve provar o pagamento, para que o juiz acolha essa exceção.

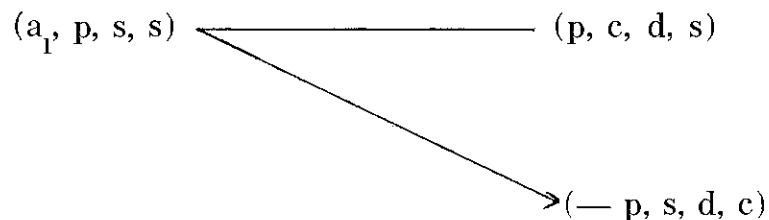
Tem-se, assim, o conceito de ônus da prova em sentido subjetivo: uma como que carga nas costas ora de uma, ora de outra das partes; cada uma das quais sabe o que necessita provar para vencer.

Se o juiz tem o dever de procurar a verdade (processo inquisitório), constitui iniquidade fazer-se recair sobre qualquer das partes as conseqüências do fracasso do juiz. Daí afirmarem alguns que o ônus da prova (em sentido subjetivo) somente existe em processo dispositivo.

Se observarmos atentamente, vemos que o ônus da prova (em sentido subjetivo) constitui para cada uma das partes um poder a que corresponde a sujeição do juiz e da parte contrária: o poder de provar.

O autor, em processo civil, tem o poder jurídico de, querendo, provar a existência da dívida. O Ministério Público tem o poder (que, em face do Estado é um dever) de provar a existência do crime. Se é feita essa prova, surge para o juiz o dever de julgar procedente a ação; se não é feita, surge para o juiz o dever de praticar o ato contrário, isto é, o dever de julgar improcedente a ação.

O transformado é diferente, conforme seja ou não produzida a prova. Teremos: (vetor: mundo fático, autor, juiz, réu):



p = provar, comprovar;
d = julgar procedente a ação.

O autor, quando é seu o ônus da prova, encontra-se na situação de poder exercer efeito imediato não somente sobre o juiz, mas também sobre o réu. Se prova, torna-se credor da sentença de procedência, devida pelo juiz e à qual ficará sujeito o réu. Se não prova, é o réu que se torna credor da sentença de improcedência, devida pelo juiz e à qual ficará sujeito o autor!

4. Os estudos a que foi submetido o processo civil, particularmente nos últimos cem anos, levaram à constatação de que não existe apenas o ônus de provar, mas também o de alegar. Assim, por exemplo, é preciso que o réu alegue, no prazo legal, a exceção de incompetência relativa, se quiser que a causa seja processada no foro competente. Se o réu alega a exceção; torna-se credor do despacho devido pelo juiz, de remessa dos autos ao juiz competente, ao qual fica sujeito o autor; se não alega a exceção, é o autor que se torna credor de ato devido pelo juiz, consistente no dever de não remeter os autos a outro juiz, mas de processar e julgar ele mesmo a ação.

Fala-se de ônus, diz CARNELUTTI, para significar que as provas devem ser produzidas pelas partes, sem cuja iniciativa o juiz não pode buscá-las de ofício. Nesse sentido, o ônus da prova constitui um par com o ônus de alegar no conhecido aforismo: *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*. Na verdade, existe um nexu íntimo entre a alegação e a prova: porque as partes estão em condições de igualdade e, normalmente, no processo contencioso, as afirmações de uma contradizem as afirmações da outra, nenhuma pode pretender que se dê fé à sua palavra; por isso, a parte sabe que uma afirmação sem prova não vale nada; daí o seu ônus de narrar os fatos e produzir as provas; o juiz, como não pode ele mesmo procurar os fatos, assim não pode procurar as provas. Isso seria possível, mas não seria conveniente; a fim de que se possa alcançar o resultado do processo, é necessário que a ação das partes seja energicamente estimulada; quando a parte sabe que não pode contar senão consigo mesma para fornecer a prova, fica naturalmente interessada em fazer tudo quanto possa a fim de que suas afirmações sejam sustentadas pelas provas. (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli, Morano, 1958, p. 264-5).

A medida que se foi prestando atenção aos fenômenos processuais, cresceu o número das hipóteses de ônus: não apenas ônus de provar, não apenas ônus de alegar, mas também ônus de impulsionar o processo, ônus de preparar o recurso (para impedir a deserção); ônus de exhibir documento (para impedir a aplicação da pena de confissão); ônus de comparecer à audiência (sob pena de revelia), etc., etc., até que, por fim, um grande processualista (GOLDSCHMIDT) procurou demonstrar que, no processo, o par da expectativa e do ônus substitui o do direito subjetivo e da obrigação jurídica, par este que seria próprio somente do direito material. (CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1961. p. 219).

5. Do processo, a idéia de ônus saltou para o direito material. Toda inscrição no registro público constitui ônus, diz PISANI, apoiando-se em PUGLIATTI e NATOLI (PISANI, Andrea Proto. *La trascrizione delle domande giudiziali*. Napoli, Joveni, 1968. p. 396).

Encontrando-se a idéia de ônus em diferentes setores do direito (LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1967. p. 26), deve ser considerada cidadã do mundo jurídico e não desta ou daquela disciplina. É, em suma, conceito a ser estudado na teoria geral do Direito, tal como o fez CARNELUTTI (*Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1942, p. 274-5).

Entretanto, é ainda pequena a penetração do conceito de ônus na doutrina do direito material. E por que? A razão é esta: é que ao movimento do ônus em direção ao direito material se contrapõe o movimento do direito formativo em direção ao processo. Os dois conceitos estão em guerra. E um deles deverá perecer. Os fenômenos jurídicos, como as batatas, são em número limitado. E não há batatas suficientes para que ambos possam sobreviver. Ao vencedor as batatas!

6. O conceito de direito formativo, tal como o de ônus, é cidadão da Teoria Geral do Direito, e não desta ou daquela disciplina. Daí a importância dos trabalhos que o examinam fora do seu *habitat* costumeiro. É o que acontece com o artigo do Dr. ALMIRO DO COUTO E

SILVA, "Atos Jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos", publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (9): 19-37, 1968. Nele se contempla o conceito de direito formativo, não no Direito Privado, mas no âmbito do Direito Administrativo.

Existe estreito nexos entre a categoria dos direitos formativos e a das sentenças constitutivas. Deve-se principalmente a Emil Seckel a elaboração do conceito de direito formativo. Deve-se principalmente a Hellwig a construção da categoria das sentenças constitutivas. "O nome de direitos formativos foi inspirado, confessadamente, pela designação **sentenças formativas de direito**, sugerida por Hellwig e aceita pela ciência alemã para as chamadas sentenças constitutivas." (Ibidem). E Hellwig liga a sentença constitutiva aos direitos de poder jurídico ou direitos formativos (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 126).

"Define Seckel o direito formativo, no direito privado, como o direito subjetivo cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, através de negócio jurídico unilateral. O reparo que a essa definição caberia fazer-se é o de que nem só negócios jurídicos constituem instrumento de exercício de direitos formativos, embora seja o que mais freqüentemente ocorra; também atos jurídicos *stricto sensu* e, em raros casos, até atos-fatos jurídicos desempenham essa função." (COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (9): 19-37, 1968.

Note-se que, uma vez aceito (como deve ser aceito) o reparo de Almiro do Couto e Silva, amplia-se a categoria dos direitos formativos (ou potestativos), pouco faltando para coincidir inteiramente com o atrás examinado estado de poder e sujeição.

"Diversamente do que ocorre com os outros direitos subjetivos, aos direitos formativos não correspondem deveres. Nem mesmo é de admitir-se a existência de dever de tolerar o exercício de direito for-

mativo. Como adverte Von Thur, dever de tolerância só tem quem pode contrapor-se a ato de outrem, mas não está, juridicamente, autorizado a isso. Não há dever de tolerância com relação ao que de nenhum modo se pode evitar." (Ibidem).

Entenda-se: o sujeito passivo não tem dever algum, em face do titular de direito formativo. Apenas sofre a ação do sujeito ativo. Nada impede, porém, que o titular do direito tenha o dever de praticar o ato. Nessa última hipótese existe, concomitantemente, uma outra relação, de crédito e débito. Assim, por exemplo, aquele a quem se propõe contrato tem o direito formativo de, aceitando a proposta, constituir a relação jurídica contratual. Pode ocorrer, porém, que ele tenha, em face de outrem, o dever de aceitar, porque a isso se obrigou.

7. Assim como as sentenças constitutivas criam, modificam ou extinguem relação jurídica, assim os direitos formativos que, por isso, dividem-se em direitos formativos geradores, modificativos e extintivos.

"Exemplos de direitos formativos geradores, no direito privado, são os direitos de apropriação, o direito de opção, o direito de preferência, o direito que tem o destinatário da oferta de, aceitando-a, estabelecer negócio jurídico bilateral; de direitos formativos modificativos, o direito de escolha nas obrigações alternativas, o direito de constituir em mora o devedor ou credor, mediante interpelação, notificação ou protesto, o direito de estabelecer prazo para a prestação; de direitos formativos extintivos, a denúncia do contrato, a alegação de compensação, o pedido de desquite, o direito à resolução, rescisão, anulação e decretação de nulidade." "O pedido de transcrição, no Registro de Imóveis, é, também, exercício de direito formativo gerador: de direito a formar direito real. Apenas com a transcrição, que é ato de direito público, efetiva-se a transmissão de domínio." (Ibidem).

"Do mesmo modo como os direitos formativos, no direito privado, os direitos formativos, no direito público, podem ser geradores, modificativos ou extintivos, conforme o resultado que o seu exercício produz, criando, modificando ou extinguindo relação jurídica **ou constituindo para o Estado o dever de criar, modificar ou extinguir relação jurídica**". (Ibidem. Os grifos são meus)

"Constituem exemplos de direitos formativos geradores, no direito administrativo, o direito a inscrever-se em concurso público, o direito a apresentar proposta em concorrência pública, o direito a postular reintegração em cargo público, o direito a ser reenquadrado quando lei, ao reorganizar os serviços, possibilita alteração das posições funcionais, mediante requerimento dos interessados." (Ibidem).

"Os direitos formativos modificativos são mais facilmente verificáveis na relação de emprego público. A essa classe pertencem os direitos a pedir licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à funcionária casada, quando o marido for mandado servir, ex-officio, em outro ponto do território nacional ou no estrangeiro, licença especial ou licença-prêmio, pois, em todos esses casos, observados os requisitos legais, o pedido do funcionário cria, para a administração, o dever de conceder a licença, ficando suspensos, de outra parte, os deveres de assiduidade e de comparecimento ao trabalho, que ordinariamente tem o funcionário. Tais licenças alteram, portanto, a relação de emprego público: sem que haja, durante o tempo de sua duração, prestação de trabalho, subsiste o dever do Estado à prestação patrimonial." (Ibidem).

"Direito formativo extintivo, por excelência, é o direito a pedir exoneração de cargo público." (Ibidem).

8. Em que se distingue o direito formativo do atrás examinado **estado de poder e sujeição**? A diferença está em que o estado de poder e sujeição é gênero de que é espécie o direito formativo. As meras faculdades estão contidas no estado de poder e sujeição, mas são excluídas do âmbito dos direitos formativos.

"Para que bem se compreenda o conceito de direitos formativos é necessário frisar serem eles, efetivamente, direitos e não simples faculdades. As faculdades cabem a todas ou a um número demasiadamente amplo de pessoas, enquanto o direito subjetivo é um **plus**, um poder especial e concreto que se insere na esfera jurídica de alguém e que não é partilhado por todos os demais. O poder de propor contrato é faculdade, o poder de aceitar a proposta é direito formativo gerador; a ocupação de coisa sem dono é faculdade, o poder que tem o arrenda-

tário de formar direito real, pela caça dos animais existentes no campo, é direito formativo gerador." (COUTO E SILVA, Almiro. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (9): 19-37, 1968).

"O conceito de direito subjetivo serve enquanto explica a diferenciação de poderes jurídicos que têm as pessoas, em situações determinadas. Os direitos subjetivos são círculos menores traçados dentro do círculo das faculdades. O poder concreto que nasceu em favor de alguém é sempre diverso dos poderes que os outros possuem. A noção de direito subjetivo surpreende essa diversidade de poderes concretos, atenta ao momento em que uma vantagem especial se acrescenta, se individualiza, no patrimônio jurídico do sujeito de direito. Afirma-se, por outro lado, que o direito subjetivo é um poder concreto e determinado, porque ele é efeito de fato jurídico. Não deriva o direito subjetivo exclusivamente da norma, nem só de fato do mundo natural, mas da união de norma e fato ou, melhor, da incidência da norma jurídica sobre o fato. Ora, os fatos são sempre concretos e, ao ingressarem no mundo jurídico, geram, também, relações jurídicas concretas." (Ibidem).

9. O signo lingüístico une um conceito (significado) com a impressão psíquica de um som (significante). Portanto: signo é a combinação do significante com o significado; o significante não é um som, mas a impressão psíquica de um som (imagem acústica); significado é o conceito. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. de Antônio Chelini. 4. ed., São Paulo, Cultrix, 1972. p. 80-1).

Quer se fale em ônus, quer se fale em direito formativo, há referência a um ato que um sujeito pode (ou deve) praticar e a que outro fica sujeito (p, s).

Quer se trate de ônus, quer se trate de direito formativo, o ato pode sobrevir ou não, no mundo fático. Se sobrevém, diz-se que foi atendido o ônus ou que foi exercido o direito formativo. Tanto no caso de ônus como no de direito formativo, as conseqüências jurídicas são diversas, conforme seja ou não praticado o ato.

Quer se trate de ônus, quer se trate de direito formativo, o interesse tutelado é o do autor do ato, ou, eventualmente, de um terceiro; nunca daquele que sofre os efeitos do ato.

Qual, portanto, a diferença entre os dois conceitos? Apenas esta: quando se fala em ônus, afirma-se que, não sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é desatendido; quando se fala em direito formativo, afirma-se que, sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é atendido. Em suma: não há diferença senão na forma de expressão. Quando se fala em ônus, pensa-se, de preferência, nas conseqüências jurídicas decorrentes da omissão do ato. Quando se fala em direito formativo, pensa-se, de preferência, nas conseqüências jurídicas da prática do ato.

Ônus e direito potestativo são redutíveis um ao outro. E é por isso que a transcrição no registro de imóveis tanto pode ser exemplo de ônus como de direito formativo. Quando se pensa no comprador que fica prejudicado, se não transcreve seu título de domínio, fala-se em ônus. Quando se pensa no adquirente que transcreveu regularmente seu título de domínio, o pensamento vai, de preferência, para o efeito da aquisição do domínio, decorrente da prática do ato da transcrição.

Quem alega a prescrição exerce o direito formativo extintivo. Quem deixa de alegar a prescrição no momento processual oportuno, fica prejudicado, porque não atendeu ao ônus de alegar, no processo, na hora certa.

É claro, portanto, que os dois significantes podem ser reduzidos a um só, já que exprimem um só e idêntico significado. A duplicidade explica-se, pois se desenvolveram em províncias diferentes do direito. A palavra **ônus** surgiu no processo e invadiu o direito material. A expressão **direito formativo** se desenvolveu no direito material e invadiu o processo.

Na verdade, a idéia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente.

Esta é a fórmula do ônus:

— não sendo praticado o ato **a**, não ocorre a consequência **x**.

A fórmula do direito formativo é:

— somente sendo praticado o ato **a**, ocorre a consequência **x**.

As duas proposições são logicamente idênticas.

A idéia última contida nos dois significantes (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato, não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado. . .

Quem fala em direito formativo não precisa do conceito de ônus e vice-versa. Numa só hipótese a idéia de ônus é irreduzível à de direito formativo: é quando se fala em ônus da prova em sentido objetivo, isto é, como norma dirigida ao juiz, para evitar o **non liquet**. A diferença entre ônus da prova em sentido objetivo e ônus da prova em sentido subjetivo é de difícil apreensão. Tal dificuldade desaparecerá, se eliminarmos da ciência jurídica a expressão **ônus da prova em sentido subjetivo**, substituindo-a por **direito formativo à produção de provas**, tanto mais que a ciência processual nunca conseguiu explicar bem como é que ao autor incumbe não só provar os fatos constitutivos, como também produzir a contraprova dos fatos impeditivos ou extintivos alegados pelo réu.

Uma dificuldade permanece, para a prevalência da expressão direito formativo: é que não poucos juristas lhe negam a qualidade de direito subjetivo. Por isso tudo é que prefiro falar em **estado de poder e sujeição**, que abrange não só as idéias de ônus em sentido subjetivo ou direito formativo como, ainda, as meras faculdades, sempre que seu exercício se reflita sobre outro.

Saliente-se, apenas, que a palavra **sujeição** não tem necessariamente sentido desagradável, como bem sabem os enamorados. Quem propõe contrato sujeita o destinatário da oferta. Modifica-lhe a situação

jurídica, outorgando-lhe um poder que antes não tinha: o poder de constituir relação jurídica, mediante a aceitação. O sujeito passivo do ato sofre a ação do sujeito ativo, o que, todavia, pode ser muito bom para ele, se a oferta é vantajosa.

Ônus e direito formativo, dois significantes e um só significado. Ônus da prova, um só significante e dois significados: ônus da prova em sentido objetivo e ônus da prova em sentido subjetivo. Dois por um e dois por dois. A mesma idéia de dois por um e um por dois se encontra numa outra história de Aulo Gélío, o que me leva a concluir com ele, assim como com ele comecei, esta já longa conversa sobre ônus e direito formativo.

Conta-nos Aulo Gélío que antigamente costumavam os senadores romanos levar seus filhos à cúria. Pois bem. Discutiu-se um dia, no senado, uma questão importante, ficando marcada para o dia seguinte a votação, pelo que se decidiu guardar silêncio acerca do assunto de que se haviam ocupado, até que fosse tomada uma decisão. O jovem **Papírio** havia acompanhado seu pai à cúria. No seu regresso, perguntou-lhe a mãe sobre o que haviam deliberado os senadores, retrucando-lhe o jovem que não podia dizer-lhe: era segredo. Isso aumentou a curiosidade da mãe que, excitada pela reserva do filho, impaciente por penetrar naquele mistério, repetiu as perguntas com mais insistência e obstinação. Acurrulado pela mãe, o jovem imaginou (para livrar-se da importunação) uma festiva mentira, dizendo: "os senadores discutiram o que é mais conveniente para a República: se dar duas esposas a cada marido, ou dois maridos a cada mulher". A mãe ficou aterrada com a notícia e saiu em seguida de casa, correndo a dizer a outras senhoras romanas o que havia descoberto. Na manhã seguinte, acudiu às portas do senado um grupo de desoladas matrochas que, chorando e gemendo, imploraram aos senadores que dessem dois maridos a cada mulher, e não duas esposas a cada marido. Ao entrar os senadores na cúria, perguntavam-se assombrados o que significavam aquele tumulto e aqueles rogos. Descoberta a razão, ficou desde então proibido aos pais levarem seus filhos à cúria, abrindo-se exceção apenas para Papírio, em atenção à singular prudência com que soubera calar e falar oportunamente. (GÉLIO, Aulo. **Noches Atticas**. Buenos Aires, Europa-América, 1959. Livro I, cap. XXIII).

III - O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS POR SEUS EFEITOS

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema; 2. Sentença condenatória; 3. Sentença declaratória; 4. Sentença constitutiva; 5. Sentença mandamental; 6. Sentença executiva; 7. A solução do problema dos efeitos da sentença.

1. Algumas controvérsias jurídicas são destituídas de significado real. São puramente nominalistas. Entre essas inclui-se a que diz respeito ao enquadramento dos direitos formativos dentro da categoria mais ampla dos direitos subjetivos, o que depende, obviamente, do conceito que se tenha de **direito subjetivo**. Assim, por exemplo, a lição que segue exclui **a priori** tal enquadramento:

“Distingue-se o direito subjetivo da faculdade, porque no direito subjetivo há sempre um dever jurídico correspondente, enquanto na faculdade existe para alguns a possibilidade de realizar ou não determinado ato, sem que este ato importe na existência de qualquer dever jurídico de terceiros”. (WALD, Arnold. *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Lux, 1962. v 1, p. 136-8).

É evidente que, afirmando-se **a priori** que ao direito subjetivo corresponde sempre um dever, o direito formativo fica automaticamente excluído, porque a ele não corresponde um dever, mas a sujeição aos efeitos do ato praticado pelo titular do direito. Quem, pelo contrário, afirma **a priori** que ao direito subjetivo corresponde dever ou sujeição do outro, claro que afirmará que o direito formativo está contido na categoria dos direitos subjetivos. Tal controvérsia é destituída de significado real. É puramente nominalista, porque se limita à escolha de um nome em vez de outro. Qual o nome que melhor convém à criança que vai nascer? Artur ou João? Carmen ou Maria?

Em grande parte é nominalista a controvérsia sobre os efeitos da sentença. Não obstante, é necessária a abordagem do tema, para fa-

zer desaparecer o nevoeiro que encobre a solução que, aliás, é de extrema simplicidade. Inicialmente, apresentaremos o problema, utilizando predominantemente o método histórico. Após, apresentaremos a solução, utilizando unicamente a lógica.

2. Por longo tempo, diz ALFREDO ROCCO, a ciência do direito processual concentrou sua atenção sobre uma só categoria de sentenças: a sentença de condenação. Não que a existência de outras espécies de decisões fosse totalmente ignorada: sob o nome de **ações prejudiciais**, os juriconsultos romanos examinaram ações meramente declaratórias. Mas sendo o caso mais freqüente, o caso típico, aquele da ação tendente a obter do réu uma prestação, a doutrina concentrou-se no estudo da sentença correspondente, que condenava o réu a entregar a prestação. Mas, especialmente depois de promulgada a ordenação germânica de 1877, que no § 231 reconhecia, em caráter geral, a possibilidade de ações de mera declaração, a atenção da doutrina voltou-se para aquela categoria de sentenças que se limitava a declarar a existência ou inexistência de uma relação ou de um fato jurídico. (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 123).

O estudo da sentença declaratória contraposta à sentença de condenação levantou o problema da classificação das sentenças **pelo critério de seus efeitos**, relegando-se para um segundo plano as classificações tradicionais.

3. Após algumas vacilações, conseguiu-se estabelecer a diferença entre os efeitos da sentença condenatória e os da declaratória.

Enquanto a sentença declaratória não produz outro efeito que a determinação de uma relação jurídica concreta, a sentença condenatória, além desse efeito, produz outro: o de constituir um título para a execução forçada da relação declarada. A diferença entre as duas espécies de sentença está, pois, em que da simples declaração não pode jamais derivar execução forçada; ao passo que a possibilidade de sobrevir execução forçada caracteriza a sentença condenatória. Uma vez que a diferença prática substancial entre ambas se encontra em seu nexo com a execução, aí é que também se deve buscar a distinção conceitual entre

elas. Se a sentença condenatória dá lugar à execução forçada e a declaratória não, isso significa que na primeira existe algum elemento que torna possível a execução e que falta na segunda. Esse elemento é a **condenação**. (Ibidem).

Ao passo que, na ação declaratória, o que se busca é a simples declaração de uma situação jurídica pré-existente, a ação condenatória visa mais: não se quer apenas que se declare obrigado o vencido a entregar determinada prestação, mas também a criação do **título executivo**, para que se possa proceder à execução, na eventualidade de inadimplemento. (VALVERDE, José Zafra. **Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva**. Madrid, Rialp, 1962. p. 68-70).

4. Observou-se, após, que algumas sentenças, como a que decreta o divórcio ou rescinde contrato, não podiam nem ser consideradas meramente declaratórias, porque modificavam ou extinguíam relação jurídica; nem condenatórias, porque não davam lugar à execução forçada. Surgiu, então, a idéia da **sentença constitutiva**.

O mérito de haver elaborado, de modo preciso e completo, a construção jurídica dessa categoria de sentenças pertence a HELLWIG, que as conectou com os direitos formativos ou potestativos (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano, Giuffrè, 1962. p. 126). De vários modos — observa HELLWIG — pode exercer-se o direito à mudança de uma relação jurídica existente: 1.º, por declaração unilateral e extrajudicial de vontade do titular do direito; 2.º, mediante uma sentença em ação proposta pelo titular do direito; 3.º, mediante uma declaração de vontade do adversário, exigida por ele. Nessa última hipótese, tem-se uma pretensão a uma prestação do adversário; e a sentença correspondente é condenatória. Nos dois outros, encontramos-nos em face de direitos formativos diversamente regulados. De regra, para o exercício de tais direitos basta uma declaração de vontade do titular, que produz imediatamente a mudança da situação jurídica. Mas em outros casos, a mudança deve ser conseguida **mediante ação**: isso implica em que a só declaração do titular do direito não é suficiente, mas é necessária a sentença que, transitando em julgado, modifica a situação jurídica. Nos casos em que o exercício do direito formativo ou potestativo precisa ser e-

xercitado por via de ação, há um **direito de ação**, que tem por objeto a emissão de uma **sentença constitutiva** (Ibidem, p. 126-7).

Havendo negado aos direitos formativos o ingresso na categoria dos direitos subjetivos e havendo, por outro lado, enxergado o vínculo existente entre as sentenças constitutivas e os direitos formativos; e havendo, também, afirmado que a sentença é **essencialmente um juízo lógico sobre a existência de uma relação jurídica**, viu-se ALFREDO ROCCO ante o seguinte dilema: o afirmar que os direitos formativos são direitos subjetivos e que, portanto, a sentença não se destina meramente a declarar relações jurídicas incertas; ou negar a existência das sentenças constitutivas. Preferiu a segunda alternativa: nos casos em que se recorre ao conceito de sentença constitutiva, diz ALFREDO ROCCO, tem-se um direito a um efeito jurídico que, por razões de utilidade social, o ordenamento jurídico não permite que seja satisfeito pela espontânea sujeição do obrigado, ou seja, pelo espontâneo reconhecimento dos efeitos de seu exercício: tem-se um direito, sempre **a priori**, incerto, que necessita de declaração judicial. Essa e não outra é a situação. Mas isso significa que a declaração judicial é **condição para que o exercício do direito ao efeito jurídico produza o efeito jurídico**, e não que a declaração judicial **produza ela mesma o efeito jurídico** (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano, Giuffrè, 1962. p. 117 e 130).

Pode facilmente acontecer que alguns neguem, por algum tempo, a existência daquilo que seus olhos vêem. Menos fácil, entretanto, é que muitos se neguem, por muito tempo, a ver o que seus olhos vêem. É certo que se concebia a jurisdição como simples declaração. A etimologia é clara: **juris-dição**: dizer o direito. Em conseqüência, era necessário que se explicasse a sentença como sendo apenas juízo sobre o que aconteceu, e não como força modificadora do existente. Entretanto, os olhos dos juristas não podiam por muito tempo fechar-se à realidade das sentenças constitutivas. Porque este é o poder da verdade: o de se impor aos nossos olhos, mesmo quando a não queiramos ver. Ainda que gemendo, somos forçados a curvar os nossos ombros sob seu jugo. Os direitos formativos não são direitos! O exercício da função jurisdicional não pode importar em modificação de situações jurídicas! Nada disso importa! A sentença constitutiva existe! E ela não precisa de outro título para que se lhe reconheça a existência senão este: ela existe.

E assim é que, apesar dos preconceitos dos processualistas, a sentença que cria, modifica ou extingue relação jurídica, a sentença constitutiva acabou sendo reconhecida pelos juristas.

Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias, sentenças constitutivas. Essa é a classificação predominante na doutrina. No Brasil, é adotada, entre outros, por GABRIEL JOSÉ DE REZENDE FILHO (*Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1965. v. 1, p. 174), CELSO AGRICOLA BARBI (*A ação declaratória no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte, 1962. p. 15), MOACYR AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de Direito processual civil*. São Paulo, Max Limonad, 1963. p. 35) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1962. v. 3, p. 528).

PONTES DE MIRANDA acrescenta as categorias das sentenças mandamentais e executivas.

5. Mandamental é a sentença que contém um mandado dirigido a outro órgão do Estado (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936. p. 113). Exemplo típico de sentença mandamental é a que contém ordem dirigida a oficial do registro público, para que proceda a uma transcrição, inscrição ou averbação.

PONTES DE MIRANDA ampliou o conceito de sentença mandamental: não é preciso que o mandado se dirija a outro órgão do Estado; pode ser dirigido ao oficial de justiça (que não é senão uma *longa manus* do juiz). É mandamental a sentença que contém mandado do juiz, diverso da condenação. "O conteúdo da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação". (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. p. 145).

Melhor se compreenderá o pensamento de PONTES DE MIRANDA, se tivermos presente seu conceito de *ato jurídico mandamental*, gênero de que é espécie a sentença mandamental:

"São atos jurídicos mandamentais aqueles em que o manifestante da vontade impõe ou proíbe (mandamentais positivos ou mandamentais negativos), tais como (negativos) a manifestação de vontade do marido à mulher desquitada, para que não use o seu nome, a manifestação de vontade do locador contra o uso indevido da coisa pelo locatário, ou (positivos) para que repare o prédio ou conserte o muro" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954. t. 2, p. 461).

Em essência, portanto, mandamental é o ato que cria dever. É claro que se podem subdividir os atos mandamentais em tantas espécies diversas quantas sejam as categorias de destinatários: autoridade federal, estadual ou municipal, testemunha, perito etc. Isso, porém, não tem importância. Importante é apenas a essência: mandamental é o ato que cria dever.

6. Costumam-se distinguir três funções jurisdicionais: conhecimento, execução e cautela. Segundo ALFREDO ROCCO, sentença é conceito referido apenas à primeira das três funções (ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 28). A restrição constitui erro gritante, pois é claro que há sentença nas ações cautelares. Mas (pergunta-se) há sentença na execução? A resposta negativa levaria à admissão de processos carentes de sentença. A resposta afirmativa exigiria a ampliação do conceito de sentença. PONTES DE MIRANDA preferiu a segunda alternativa. Dizia que, na execução, a sentença era constituída pelo conjunto dos atos executivos tais como, na execução por quantia certa, a penhora, a avaliação, a arrematação e a entrega do produto ao exequente (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1961. t. 13, p. 11). O novo Código de Processo Civil acolheu em parte seu ponto de vista. Pois que sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo (Cód. Proc. Civil, art. 162, § 1.º), sem dúvida existe sentença na execução. Mas a sentença, aí, não é constituída pela soma dos atos executivos: é o ato pelo qual o juiz declara extinta a execução (Cód. Proc. Civil, art. 795).

PONTES DE MIRANDA, mais claramente do que qualquer outro processualista, viu e proclamou que não há sentenças puras:

“Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. p. 222).

Todavia, erra PONTES DE MIRANDA quando aos efeitos declaratório, constitutivo, condenatório e mandamental acrescenta o efeito executivo.

Toda a confusão pertinente ao problema dos efeitos da sentença se desfaz quando se tem presente que não se podem baralhar critérios diversos de classificação. Por isso, uma classificação das sentenças por seus efeitos não pode, de forma alguma, atender à natureza da causa, porque, aí, já se estará utilizando um **outro** critério de classificação: o da natureza da causa. O fato jurídico é a causa. A declaração, criação, modificação ou extinção de relação jurídica é efeito. Aí é que está a chave para a solução do problema.

7. Para verificar os efeitos de um regime de emagrecimento, é preciso que se pese o paciente antes e depois do tratamento, comparando-se os resultados. De igual forma, para determinar os efeitos de uma sentença, é preciso que se comparem os estados encontrados antes e depois dela, porque a sentença é **causa** de uma **transformação**.

Uma transformação pode ser idêntica (como bem sabem uns tantos que inutilmente tentam emagrecer), pois bem pode ocorrer que o peso não aumente, nem diminua, não obstante o tratamento. Nessa hipótese, apenas a coordenada “tempo” é que muda:

a —————> a

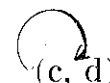
Podemos representar de outra forma a transformação idêntica: por uma flecha reentrante:



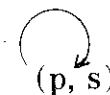
Sabemos que existem três estados jurídicos fundamentais, a saber: de crédito e débito (c, d); de poder e sujeição (p, s); e o de ausência de relação jurídica (o, o).

Pode ocorrer que encontremos, depois da sentença, exatamente o mesmo estado que existia antes dela. Nessa hipótese, que é de transformação idêntica, diz-se que a sentença produz **efeito declaratório**.

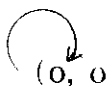
Antes da sentença tinha-se um credor em face de seu devedor; depois dela encontramos o mesmo credor em face do mesmo devedor e a mesma prestação devida:



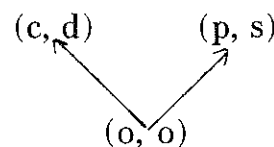
Antes da sentença tinha-se o titular de um poder em face de alguém a ele sujeito; depois dela encontramos o mesmo titular do mesmo poder em face do mesmo sujeito passivo:



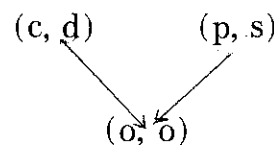
Não havia, antes da sentença, relação jurídica de direito material entre as partes; tampouco encontramos relação jurídica depois dela:



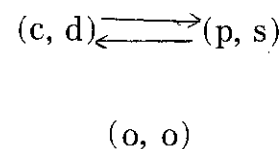
Uma sentença pode criar relação jurídica. É o que ocorre nas duas hipóteses abaixo representadas:



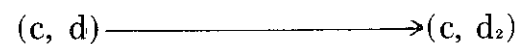
Pode extinguir relação jurídica:



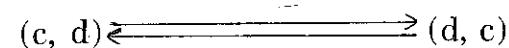
Pode modificar relação jurídica. Por exemplo, transformar um crédito num poder ou vice-versa:



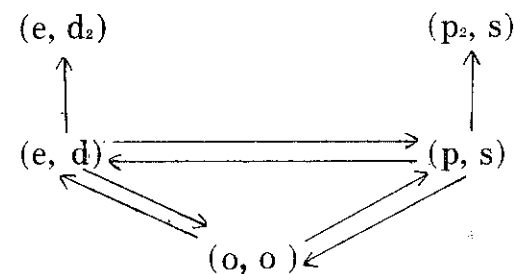
A modificação pode consistir numa derivação de um estado jurídico fundamental. Assim, por exemplo, na hipótese de encontrarmos, antes da sentença, um credor em face de seu devedor e, depois dela, o mesmo credor em face do mesmo devedor, sendo, porém, outra a prestação devida:



Modificação também ocorre por inversão da posição das partes. O que era credor passa a devedor ou vice-versa:

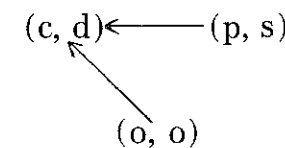


Se a transformação é idêntica, a sentença produz efeito declaratório. Se cria, modifica ou extingue relação jurídica, ela produz efeito constitutivo. Fazemos um gráfico cinemático, conjugando todas as hipóteses acima apontadas:



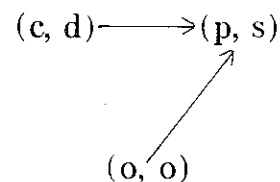
O que se observa? Apenas isto: que já esgotamos **todas** as possibilidades. A classificação das sentenças em declaratórias e constitutivas é exaustiva. É completa. Não deixa resto!

Essencialmente, a sentença mandamental **cria** dever:



Ora, quer tivéssemos, antes do processo, ausência de relação jurídica ou um estado de poder e sujeição, certo é que ambas as hipóteses já foram incluídas dentro da categoria das sentenças constitutivas. Pode-se falar em sentença mandamental, mas apenas como espécie do gênero **sentenças constitutivas**.

Que faz a sentença condenatória? cria o título executivo, isto é, o poder de executar:



Ora, quer tivéssemos, antes do processo, ausência de relação jurídica ou um estado de crédito e débito, certo é que ambas as hipóteses já foram incluídas dentro da categoria das sentenças constitutivas. Pode-se falar em sentença condenatória, mas apenas como espécie do gênero **sentenças constitutivas**.

A rejeição da categoria das sentenças mandamentais não há de surpreender ninguém. A maioria dos processualistas a rejeita também. Mas poderá parecer novidade e heresia a rejeição da categoria das sentenças condenatórias. Mas não há nem novidade nem heresia. Diz JOSÉ ZAFRA:

No pensamento jurídico de diversos processualistas reina a idéia de que a sentença de condenação tem natureza constitutiva, porquanto cria, para o vencedor, o direito de obter a atuação de seu crédito mediante a ulterior execução forçada. Esse conceito foi claramente visto por HELLWIG (V. seu *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig, 1903. v.

1, p. 47). Segundo esse famoso processualista, com a sentença de condenação consegue o vencedor o direito de promover a execução; direito público, dirigido contra os órgãos estatais da execução. Esse direito é criado pela sentença que, por essa razão é, no âmbito do Direito Processual, constitutiva. Na doutrina francesa podemos citar LEON MAZEAUD (*De la distinction des jugements constitutifs de droits. Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1929, p. 19), para quem a sentença de condenação é constitutiva, porquanto “cria um direito que antes não existia: o direito à execução forçada”. Na doutrina italiana são de notar as opiniões de BETTI (citado por RASELLI: *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, nos *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, p. 571) e CALAMANDREI (VALVERDE, José Zafra. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*. Madrid, Rialp, 1962. p. 76).

Ouçamos a voz de CALAMANDREI:

O réu, antes da condenação, não é senão um **obrigado**: isto é, o sujeito passivo de uma relação jurídica substancial, vinculado, por força dela, a observar **voluntariamente** um certo comportamento. Mas, depois da condenação, a vontade do devedor, sobre a qual até então o direito substancial confiava para obter o adimplemento do obrigado, se transforma, de sujeito ativo de vontade em objeto passivo de uma vontade alheia. **Nessa transformação da obrigação, para o cumprimento da qual o direito contava com a vontade ativa do obrigado, em sujeição passiva à força alheia, contra a qual a vontade do condenado já não tem valor**, me parece que consiste a característica essencial da condenação, comum à condenação civil e à penal. Segundo essa concepção, pode-se verdadeiramente dizer que a sentença de condenação tem natureza constitutiva. (CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Lavalle, 1961. p. 560-1).

No Brasil, pronunciamento no mesmo sentido fez LOPES DA COSTA: a sentença proferida na ação condenatória oferece “um aspec-

to também de sentença constitutiva, pois cria o direito à execução". (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 1, p. 143).

As sentenças mandamental e condenatória cabem dentro da categoria mais ampla das sentenças constitutivas. Não se pode acrescentar às sentenças declaratórias e constitutivas qualquer outra, **pelo critério dos efeitos da sentença**. A sentença executiva extingue relação jurídica. É (des) constitutiva. A sentença cautelar, de regra, cria relação jurídica. É constitutiva também. Para se falar em sentenças executivas e cautelares é preciso **outro** critério de classificação. Nunca, porém, poderemos opô-las às sentenças declaratórias e constitutivas, porque isso importaria em baralhar critérios diversos de classificação.

Não existe apenas sentença declaratória. Existe ato declaratório também no direito material:

O negócio jurídico declarativo — diz PONTES DE MIRANDA — é de construção recente. Mas ele, como fato da vida jurídica, vem de longe. A doutrina foi que despertou tarde para explorá-lo a estrutura.

No negócio jurídico declarativo, o objeto é **outra** relação jurídica ou situação. Não são o mesmo ter por objeto outra relação ou situação e ter o mesmo objeto que outra relação ou situação. Por isso, não se confunde o negócio jurídico declarativo com a renovação de negócio jurídico.

O negócio jurídico declarativo não substitui, nem nova, nem renova, nem prorroga: declara.

A estrutura, o conteúdo e a eficácia da relação ou situação jurídica anterior passam a ser objeto do negócio jurídico declarativo. O que emite a declaração unilateral de vontade, ou os que emitem as declarações de vontade concordantes, superpõem declaração e declarado: há, à base das declarações de vontade, ou da declaração unilateral de vontade, enunciado de fato sobre a existência, estrutura, conteúdo e eficácia de relação ou situação jurídica anterior.

O elemento eliminação de incerteza, que se pretende introduzir, é de ordem subjetiva e somente provável: pode não haver no espírito do declarante, ou dos declarantes, ou nos outros espíritos, qualquer incerteza. A sua função é mais preventiva contra dúvidas do que destruidora de dúvidas existentes. Negócios jurídicos ou relações ou situações, que são claras, são suscetíveis de declaração. Por isso mesmo, não é impossível a conclusão de negócio jurídico declarativo **menos claro** que o próprio negócio jurídico nele **declarado**.

Se o negócio jurídico declarativo modificou, deixou de ser, nesse ponto, declarativo, ainda que se diga tal. Se essa discordância entre o nome e o negócio jurídico tem importância quanto à sua validade, total ou parcial, depende dos princípios gerais, ou dos princípios especiais ao negócio modificado, e das circunstâncias. Seja como for, a modificação é anormalidade, com que não se há de raciocinar para se fixarem a estrutura e a função do negócio jurídico declarativo. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. 3, § 276).

Tampouco o elemento condenatório, criação do título executivo, constitui particularidade do Direito processual. Encontramo-lo, no Direito Administrativo, na inscrição em dívida ativa, ato unilateral do Estado, que lhe outorga o poder de executar seu devedor. Encontramo-lo, no Direito Privado, quando o credor de dívida ilíquida e incerta convence seu devedor a assinar cheque, nota promissória ou outro título executivo.

De igual forma, o elemento mandamental não se encontra apenas em sentenças. Sempre que haja ato ou fato constitutivo de dever, há mandamento. Basta que se pense, por exemplo, na hipótese de funcionário que, tendo direito à aposentadoria voluntária, requer sua aposentadoria, ato com que cria para o Estado o dever de aposentá-lo. (Veja-se PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, t. 2, p. 461).

A sentença, pois, como qualquer fato jurídico, declara, cria, modifica ou extingue relação jurídica. Estudar os efeitos da sentença não é senão estudar os efeitos de fato jurídico. Assim como a norma

jurídica regula a conduta humana, prescrevendo deveres ou permitindo, assim a sentença, como os demais atos jurídicos, regula a conduta humana, prescrevendo ou permitindo.

Quem estuda os efeitos dos fatos jurídicos está, quiçá sem saber, estudando também os efeitos da sentença. Essa é a conclusão a que se chega, quando se tira o pó das distinções inúteis, que inutilmente complicam a ciência do Direito.

Insiste-se, ainda hoje, em destacar o efeito condenatório simplesmente porque, no passado, sentença e condenação foram conceitos, na prática, equivalentes.

O gráfico cinemático que segue abrange a totalidade das transformações produzidas por fatos jurídicos. É mais completo do que o atrás apresentado. Mas considero dispensáveis novas explicações:

