

AÇÃO DECLARATÓRIA E MEDIDA CAUTELAR

José Augusto Delgado *

RESUMO Neste trabalho o autor, depois de estudar a função da ação declaratória e do processo cautelar, arremata asseverando que não cabe a concessão de medida cautelar em ação declaratória, pelo simples fato de não ser possível a sua execução, pois a sentença na declaratória é preceito; apenas afirma o ser ou não ser da relação jurídica discutida; e não tem, portanto, função reparativa, enquanto a medida cautelar visa no futuro a reparação. Daí a inconciliabilidade entre uma e outra.

1. – FUNÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA

A regra geral é alguém vir a juízo para pedir a condenação de outrem. Atinge objetivo quando obtém para si uma sentença que condena o réu a realizar uma prestação identificada. Este resultado é decorrente da interposição da ação denominada de condenatória.

Há, entretanto, outros tipos de ação que são utilizados que têm finalidades diversas. Uma, as constitutivas, visam obter a constituição, modificação, ou extinção de uma relação de direito. Fazem, assim, atuar a força da sentença judicial para que determinado estado jurídico seja transformado. Decorre daí, também, um resultado concreto que só se materializa realmente com a execução.

Por outro lado, há de se considerar que há as chamadas ações preventivas ou cautelares, que visam prevenir um prejuízo ou conseguir um direito, se existir, devidamente caracterizado, um perigo iminente.

Não podem ficar sem registro as ações com força de mandado. Estas se encaminham para a obtenção de um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio de sentença judiciária. Contém ordem para a modificação ou fazimento de determinados estados jurídicos.

Em todos os tipos citados, repousa como ponto comum a potencialidade que tem a sentença proferida de ser executada, isto é, do sujeito ativo do processo conseguir que uma sanção seja aplicada ao sujeito passivo. A sentença, em tais ações, consequentemente, tem alvo a atingir, que é a imposição forçada do seu direito judicialmente reconhecido. Com precisão afirma Chiovenda, quando examinou a força da sentença, quanto à pretensão do autor: "Só as sentenças condenatórias, como as que ordenam

* Juiz Federal (RN). Professor Assistente do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

uma prestação, podem dar lugar a execução" (Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, pág. 439, 19). É peremptória tal afirmação dentro dos limites em que ela foi analisada. Na verdade, as outras sentenças, especialmente as prolatadas em ações declaratórias, só podem ser executadas quanto aos encargos processuais.

Destaca-se, agora, o último tipo de ação -- a declaratória. Estas não produzem sanção, pois dos seus efeitos jurisdicionais não advém condenação quanto ao conteúdo principal, pois nenhuma prestação é ordenada ao vencido. E assim é a ação declaratória por visar nada mais do que a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, repousando aí o seu clímax e esgotando sua finalidade.

Na declaratória, o interesse de agir, conforme visão de Moacyr Amaral Santos, in Enciclopédia Saraiva do Direito, págs. 280/282, vol. 2, "Consistirá apenas na obtenção de uma decisão, declarando a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento".

Com efeito, a sentença oriunda da ação declaratória a nada condena. Somente declara, e, ao declarar, tem como esgotada a função jurisdicional. Tanto é assim que a doutrina tem consagrado o ensinamento de que o autor, depois de ser vitorioso na declaratória, se quiser exigir o seu direito que já foi tornado certo por meio dessa decisão, está obrigado a propor uma nova ação, de natureza condenatória, isto é, com capacidade de gerar efeitos patrimoniais concretos. É de ser lembrado que o art. 290, do Código de Processo Civil de 1939, de modo expresso, determinava:

"Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.

O ditame legal não foi repetido no Código de 1973. Necessário, também, não se fazia, em face do posicionamento científico e doutrinário sobre a matéria. Outrossim, o legislador de 1973 foi incisivo ao declarar que o interesse do autor ficaria limitado, unicamente, à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento. Existe a declaratória com a natureza jurídica de ser um direito potestativo com a única finalidade de ver declarada, por órgão oficial, a certeza buscada. Esta só pode ser conseguida através da sentença judicial que, com o decurso ou esgotamento da via recursal, eleva-se à categoria de coisa julgada. A sentença produz efeitos de força declaratória consagrando a certeza oficial sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou sobre a autenticidade ou falsidade de um documento. "Obtida essa certeza, esgota-se a sua função", diz Celso Agrícola Barbi, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I, pág. 92. Daí decorre a afirmação de que essa sentença não permite execução forçada, isto é, não gera sanção.

Hélio Tornaghi, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, RT, pág. 92, ensina com a clareza costumeira de suas idéias:

“A sentença meramente declaratória não é suscetível de execução: ela esgota sua finalidade com o fato de tornar certo, indiscutível o direito. Com isso até lograr evitar controvérsias, litígios e ações condenatórias. Por essa razão, alguns autores chegam a considerá-la meramente cautelar”.

2. — FUNÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR

Examinada a natureza jurídica da ação declaratória, resta agora ver a do processo cautelar e a possibilidade ou não deste existir incidentalmente no curso daquela.

A noção mais exata do processo cautelar mostra que é um processo destinado a tornar eficazes medidas judiciais necessárias para que não sejam impedidas nem a prestação jurisdicional nem a sua execução. Tem como função a de garantir a eficácia da prestação jurisdicional buscada que se encontrava em perigo pelo risco da demora e por situações concretas demonstradoras da fuga do devedor dos efeitos da sanção executória. Essencialmente, caracteriza-se pela finalidade de evitar obstáculos à declaração jurisdicional coercitiva.

O desenvolvimento da cautelar exige os seguintes pressupostos:

a) Um dano potencial, decorrente do “periculum morae”, por encontrar-se ameaçado o direito ou existir justo receio de que a lesão ao direito se concretize. É uma espécie de antecipação da entrega da prestação jurisdicional buscada pela parte interessada.

b) Urgência para a decretação da medida em face do procedimento do devedor em fugir aos efeitos da sentença final.

c) Necessidade da medida por inexistir outro meio tão rápido de afastar o dano.

Não há de se deixar vislumbrar na função cautelar uma dose central de conhecimento e outra mais forte de coerção. Bem verdade que a cautelar não se afasta da sua função meramente assecuratória pela necessidade de ver garantido o julgamento futuro da ação de conhecimento. “É de fato, como disse Liebman, um juízo de valor limitado, que pode ser suficiente para conceder ou para negar a tutela cautelar, mas seria insuficiente a qualquer outra finalidade” (Unitá del procedimento cautelare, pág. 104, apud José de Moura Rocha, Exegese do Código de Processo Civil, vol. VIII, 1981).

Destaca-se, no momento, a indubitosa dependência ou subordinação da cautelar com a resolução definitiva sobre o mérito. Se esta resolução for condenatória, a cautelar antecipou-se na prestação jurisdicional perseguida que fica aguardando o momento único da execução para a efetiva consolidação. Por tal, merece destacar o pensamento de Castro Villar, quando disse:

“Existe, pois, nas medidas cautelares, mais que a finalidade de atuar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia prática da providência definitiva, que servirá, a sua vez, para atuar o direito. A tutela cautelar é, em relação ao direito substancial, uma tutela dependente, mas que ao fazer justiça, contribui para garantir eficaz pronunciamento da justiça” (Medidas Cautelares, RT, SP, 1971, pág. 53).

A via cautelar não pode conceder ao interessado mais do que aquilo que se puder obter com a ação. Se esta quer condenação, aí está esgotado o limite da cautelar: se só pretende declaração sobre determinada relação jurídica, lugar não há para medida cautelar, porque nada de concreto será entregue ao interessado. A sentença do processo principal há que exprimir o julgamento definitivo da lide dentro dos limites impostos pelas partes. Se este limite foi o de simples declaração mais não pode ser assegurado.

3. — NÃO CABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA

Em face dos conceitos expostos, chega-se à conclusão de que não cabe a concessão de medida cautelar em ação declaratória, pelo simples fato de não ser possível a sua execução. A sentença da declaratória é preceito. Apenas afirma o ser ou o não ser da relação jurídica discutida. Nada mais. Não tem função reparativa, enquanto a medida cautelar visa a garantir, no futuro, a reparação. É patente a inconciliabilidade entre uma e outra.

Na declaratória, o Estado declara direito que ainda não foi violado, que talvez nunca o seja, e no entanto é possível ser contestado pelo réu, conforme lição de Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, pág. 165) que, com razão, também, afirma: "Por onde se vê que o art. 49 é regra de direito pré-processual, uma vez que cria pretensão a ação" (ob. cit., pág. 166).

Não há condição de cautelar na declaratória porque esta apenas estabelece a claridade judicial do direito ou da relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade do documento. O efeito da sentença de se apresentar como preceito mostra a sua condição de não dar ensejo a execução. O preceito exprime ordem, regra a ser observada. Só após tal ordem, tal regra ser violada, é que poderá surgir efeito concreto sancionador. No preceito não há entrega da segurança patrimonial do direito. Por isso, a medida cautelar não se compatibiliza com a declaratória. Na medida cautelar há mandamentabilidade, com conteúdo de segurança, na expressão de Pontes de Miranda, o que não surge dos efeitos da sentença declaratória. Só há pretensão à tutela jurídica cautelar quando existe, além da cognição, "a pretensão à tutela jurídica à execução, a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou à segurança quanto ao fato, ou à segurança de pretensão" (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo XII, Forense, pág. 14). Em resumo, na ação declaratória há somente pretensão à declaração; nas medidas cautelares há pretensão à segurança. Repousa aí a divergência de objetivos e, conseqüentemente, a impossibilidade de convivência harmônica entre os dois tipos de ação.

É de se ter em conta, também, que o art. 808, II, do CPC, determina que cessa a eficácia da medida cautelar quando não for executada no prazo de 30 (trinta) dias. Na ação declaratória não há lugar para execução, salvo dos ônus processuais. Se não há

lugar para execução do mérito da sentença, como poderá ser executada a medida cautelar por acaso concedida? Não há momento próprio para tal cumprimento, em face da específica natureza da sentença declaratória em atender a uma pretensão sem segurança, de cunho somente declarativo.

É de se considerar que, em face da índole e da natureza do direito processual civil, a interpretação de suas normas exige cautelas que contribuam para a não desconfiguração de seu caráter instrumental. Tenha-se em conta que o processo não tem função criadora de direitos. Ele tem como objetivo direto fazer valer o direito material, não alterá-lo, “dando ou tirando direitos, além e aquém dele. Nesse sentido, diz-se que o direito processual é essencial e ontologicamente declarativo (José Manoel de Arruda Alvim, pág. 71, na obra “As Normas Jurídicas”, sob o título de “As Normas Processuais Civis” – Coordenação de Sérgio Ferraz – ed. Freitas Bastos). O art. 4º do CPC estabelecia uma submissão de caráter saneador meramente declarativo. É o comportamento estabelecido pela norma. Buscada a sua aplicação, deve haver fidelidade ao seu conteúdo, a fim de não se violar a dimensão pragmática da norma jurídica.