

VELHOS E NOVOS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Heitor Vitor Mendonça Sica

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Advogado.

SUMÁRIO – 1. Breve intróito – 2. A “crise” dos “clássicos” institutos fundamentais do direito processual – 2.1. Jurisdição – 2.2. Processo. 2.3. Ação. 2.4. Defesa. 2.5. Conclusão parcial. 3. “Novos” institutos fundamentais de direito processual civil? – 3.1. Tutela jurisdicional – 3.2. Demanda – 3.3. Cognição judicial – 4. Conclusão final.

1. Breve intróito

Em ensaio publicado há quase três décadas¹, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirmou a necessidade de “identificar os institutos processuais fundamentais, ou seja, as grandes unidades sistemáticas que se situam no centro da ciência do processo, constituindo a sua *estrutura*” (destaque do original), sob o fundamento de que “[s]ó se pode chegar à definição do método de uma ciência e a um satisfatório nível de sensibilidade ao seu objeto formal quando se tenha perfeita consciência do objeto material cujos segredos essa ciência se propõe a desvendar”².

Ao assim proceder, DINAMARCO reforçou uma das premissas metodológicas que já haviam sido consideradas para construção da *teoria geral do processo*, a qual, segundo o mesmo autor, tem o “poder de síntese indutiva do significado e diretrizes do direito processual como um sistema de *institutos*, princípios e normas estruturados para o exercício de poder segundo determinados

¹ Os institutos fundamentais do direito processual, *Fundamentos do processo civil moderno*, 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p.249. A 1ª edição da obra data de 1986.

² DINAMARCO, aqui, valeu-se das lições de MIGUEL REALE, em sua clássica obra *Filosofia do direito* (consultamos a 17 ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.74-86), para diferenciar o *objeto material* da ciência (como a substância anteriormente ao processo de abstração) do *objeto formal* (que se define como a substância já sujeita à especial maneira pela qual o cientista se propõe a examiná-la).

objetivos” e a aptidão de “identificar a *essência dogmática do direito processual, nos seus quatro institutos fundamentais (jurisdição, ação defesa e processo)*”³ (destaques nossos).

Restavam assim definidas as duas vertentes da teoria geral do processo, quais sejam, a fixação dos *princípios gerais* do direito processual e a delimitação dos seus *institutos fundamentais*.

Desses dois vetores, o segundo teve destacada importância na estruturação da clássica obra aqui homenageada, *Teoria geral do processo*, da lavra de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (1 ed., 1974; 27ª ed., 2011), a qual foi dividida em quatro partes assim intituladas: “introdução”, “jurisdição”, “ação e exceção”⁴ e “processo”. Essa mesma estruturação mostrou-se influente e foi adotada por outros autores⁵.

Em estudo anterior dedicado ao tema⁶, destacamos os institutos fundamentais do direito processual desempenharam, em maior ou menor medida, relevante papel na afirmação do direito processual como ciência autônoma. Essa base conceitual também permitiu estender ao direito processual civil⁷ as garantias constitucionais (ao menos em princípio) destinadas apenas ao processo penal antes da promulgação da Carta de 1988⁸.

Contudo, essas mesmas duas constatações nos levaram a pôr em dúvida a *atual* utilidade da identificação dos institutos fundamentais do direito processual. Afinal, a afirmação da autonomia

³ *A instrumentalidade do processo*, 8 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2000, p.58-59.

⁴ Embora seja comum o uso da expressão “exceção” como sinônimo de “defesa” em geral, mostra-se tecnicamente mais adequado reservar o primeiro termo para uma particular espécie de defesa, qual seja, aquela que só pode ser conhecida por provocação do interessado. Realçando os inconvenientes do uso inadequado de *exceção* como sinônimo de *defesa*, confira-se BARBOSA MOREIRA (Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz, *Temas de direito processual – 7.ª série*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 120).

⁵ V.g., LUIZ GUILHERME MARINONI, *Teoria geral do processo*, São Paulo: RT, 2006 e FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS, *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.

⁶ Perspectivas atuais da “teoria geral do processo”, In. *Bases científicas para um renovado direito processual*, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e PETRÔNIO CALMON FILHO (Org.), 2 ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p.55-78.

⁷ Assim como ao processo do trabalho, eleitoral, militar e administrativo.

⁸ Em nosso estudo anterior aqui referido, destacamos que as Cartas Constitucionais brasileiras anteriores a 1988 “dedicaram-se ao detalhamento das garantias do cidadão, quando muito, no direito processual penal, exigindo dos estudiosos enorme esforço interpretativo para alargar o âmbito de incidência desses princípios para o processo civil e para o processo administrativo (que ficaram, durante um século e meio, desguarnecidos)” (Perspectivas atuais..., cit., p.63). Naquela oportunidade, invocamos como exemplo o “*princípio da ampla defesa*, que em 1969 foi introduzido no texto constitucional brasileiro e destinado aos ‘acusados’ (art.153 § 15), o que restringia a aplicação do dispositivo ao processo penal”. Assim, concluímos que “[p]ara que essa garantia fosse estendida ao processo civil, fazia-se necessária uma complexa argumentação, apoiada na garantia à inafastabilidade da jurisdição (art.153, §4º) e na cláusula do *due process of law* nela implícita. Essa transposição só podia ser feita por intermédio da *teoria geral do processo*, que propugna a unidade de tratamento principiologicamente entre o processo civil e o processo penal, em particular no tocante à cláusula geral do devido processo legal” (idem, ibidem).

do direito processual como ramo científico autônomo é tarefa que já se completou há um bom tempo, ao passo que a Constituição de 1988 estendeu expressamente a todo o processo *estatal* as mesmas garantias fundamentais antes adstritas, ao menos textualmente, ao processo penal, dispensando o processualista civil de maior esforço exegético orientado nesse sentido⁹.

Melhor refletindo sobre o tema, entendemos que essa empreitada teórica continua, sim, a ter importância, ainda que deva seguir caminhos diversos, para atender a finalidades diferentes daquelas já atingidas no passado. É o que nos propomos a fazer neste breve ensaio.

Para tanto, é necessário assentar algumas premissas.

De início, e pelas razões já expostas em nosso aludido estudo sobre a *teoria geral do processo*, é preciso reconhecer a necessidade de focarmos os institutos fundamentais do direito processual *civil*, desvinculados do direito processual *penal*. Essa diretriz metodológica decorre das evidentes diferenças entre esses dois ramos do direito processual, as quais impuseram que os institutos fundamentais fossem alargados para que se aplicassem indistintamente a ambos¹⁰.

Por idênticas razões, havemos por bem deixar de lado preocupações com outras manifestações do processo judicial (trabalhista, eleitoral e militar), bem como com as demais figuras do processo estatal (legislativo e administrativo).

Feito esse recorte, há que se considerar que as profundas transformações do ordenamento jurídico como um todo, e do sistema processual civil em particular, passaram a exigir uma revisão dos institutos fundamentais. É de se questionar, em suma, se *o avanço do conhecimento científico sobre o processo civil e se as alterações legislativas que ele sofreu interferiram ou não na definição do rol dos institutos fundamentais do direito processual civil*. Desde logo adiantamos nossa opinião de que a resposta a essa questão é *afirmativa*.

Assim, a questão não é verificar *se* é útil identificar os institutos fundamentais do direito processual (do que não *mais* duvidamos), mas *como e por que* fazê-lo. O caminho por nós proposto é analisar os quatro institutos originais sob uma perspectiva crítica, a fim de verificar se continuam realmente situados no núcleo da ciência do processo, e se ainda cumprem a função de

⁹ O impacto do advento da Carta de 1988 não se restringe à positivação dos princípios constitucionais do direito processual civil, mas ainda à ampliação do papel dos direitos fundamentais, de forma geral e à fixação do método de “constitucionalização do direito”.

¹⁰ Não se descarta que os temas aqui examinados possam ter alguma relevância para o estudo do direito processual penal, em que pese a análise empreendida ser feita com os olhos exclusivamente voltados ao direito processual civil.

nos proporcionar “satisfatório nível de sensibilidade” do seu “objeto formal”, para usar as palavras de DINAMARCO acima invocadas. Se a resposta a essas hipóteses de trabalho for negativa (já adiantamos que será), restará buscar que outros institutos podem ser elevados a essa importante categoria.

2. A “crise” dos “clássicos” institutos fundamentais do direito processual

2.1 Jurisdição

A construção do primeiro dos institutos fundamentais – a *jurisdição* – se iniciou muito antes da afirmação do direito processual como ciência autônoma, remontando à gênese da ideia de tripartição das funções estatais – Legislativa, Administrativa e Judiciária – cunhada em meados do século XVIII e ainda observada amplamente nos Estados Democráticos de Direito modernos¹¹.

Embora a definição dos contornos teóricos desse primeiro instituto fundamental não tenha exercido papel determinante no movimento de afirmação da autonomia científica do direito processual, não há dúvida de que os processualistas, entre finais do século XIX e meados do

¹¹ Embora o termo *jurisdição* tenha origem do vocábulo latino *iurisdictio*, eles não se confundem (como demonstra, dentre outros, GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO (Giurisdizione (storia), *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1970, v. 19, p.191). O primeiro argumento a sustentar essa afirmação está no fato de que o conceito de *iurisdictio* variou consideravelmente ao longo dos muitos séculos de evolução do processo romano. Na linha da lição de FRANCESCO DE MARTINO (*La giurisdizione nel diritto romano*, Padova: CEDAM, 1937, p. 29-32), o conceito de *iurisdictio* era de todo estranho no período arcaico, em os sacerdotes desempenhavam importante papel na solução de conflitos (com contornos mais religiosos que jurídicos), Assim a gênese da ideia de *iurisdictio* é contemporânea à criação do pretor urbano (387, a.C.), época em que se delineou clara a distinção entre a atividade de *dizer* o direito a ser considerado para solução do caso concreto (tarefa cabível ao pretor, na primeira fase do procedimento, denominada *in iure*) e efetivamente *aplicá-lo* segundo os fatos e circunstâncias provadas pelas partes (o que competia ao *iudex privatus*, na segunda fase do procedimento, designada *apud iudicem*). Essa primeira tarefa, atribuída ao pretor, congregava alguns elementos que hoje reconhecemos próprios da função legislativa (tanto que as *actiones* concedidas vinham compiladas nos editos pretorianos e publicadas para uso de outros cidadãos, sendo que o *ius edicendi* considerava-se compreendido no exercício da *iurisdictio*, conforme sinalizam as Institutas de Gaio, 1.6), bem como alguns elementos que consideramos próprios da atividade jurisdicional (o pretor revela-se, ao menos, o “juiz de direito”, ao passo que o *iudex* era o “juiz dos fatos”). Já na época da *extraordinaria cognitio*, o conceito de *iurisdictio* volta a se alterar face à unificação da instância, reunindo-se nas mãos do magistrado não só as atividades de instrução da causa (*cognitio*), como também todas as demais atividades de condução e julgamento do processo (*iudicatio*). Apenas nessa última fase de evolução é que o conjunto de atividades confiadas ao magistrado passou a desfrutar de alguma aproximação em relação ao que, hoje, entendemos por jurisdição (como entende, por exemplo, MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 3 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1, p.207).

século XX, aprimoraram o conceito de jurisdição, a reboque do desenvolvimento do conceito de processo, considerado esse último como instrumento de que se serve o Estado para exercer o poder jurisdicional.

Entretanto, entendemos que a evolução do nosso ordenamento jurídico pôs em crise o conceito de jurisdição, ao menos tal como traçado há muitas décadas.

Por um lado, ampliou-se sensivelmente a importância dos mecanismos para obtenção de solução *consensual* de controvérsias, notadamente aqueles confiados à autoridade judicial e aos seus auxiliares¹². Considerando-se as características primordiais da jurisdição¹³, essas atividades que visam a composição amigável, embora *judiciais*, não poderiam ser consideradas propriamente *jurisdicionais*, por lhes faltarem diversas das características que conotam o exercício desse poder¹⁴. Ainda assim, vem ganhando adeptos concepção mais larga de jurisdição, que pudesse abrigar tais fenômenos¹⁵ que cumprem, sem dúvida, ao menos o escopo social da jurisdição (que é a pacificação dos litígios), relegando a um plano nitidamente secundário o escopo jurídico (face à despreocupação em aplicar o direito objetivo no caso concreto em favor de quem demonstrar ter razão).

De outro lado, o aprimoramento da legislação que rege a arbitragem (cujo marco, entre nós, é a Lei n. 9.307/96) forneceu fortes argumentos para que estudiosos lhe atribuíssem a condição de mecanismo *jurisdicional* de solução de conflitos, a qual coloca em dúvida outras características

¹² A tentativa de conciliação, antes reservada ao momento inicial da audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 448), por força das reformas processuais passou a ser possível “a qualquer tempo” (CPC, art. 125, IV), e necessária quando da realização de audiência preliminar (CPC, art. 331). Acrescente-se que nos Juizados Especiais, tanto Cíveis (art. 2º da Lei n. 9.099/95), quanto Federais (art. 10, par.ún., da Lei n. 10.259/01), e ainda da Fazenda Pública (art. 8º da Lei n. 12.153/09) a busca da composição amigável ganhou ainda maior importância.

¹³ Valendo-nos da precisa e didática exposição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Jurisdição e competência*, 9ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999, p.5 e ss.), o exercício da função jurisdicional *declara e aplica o Direito*, de forma *coativa* entre os sujeitos processuais, e de modo *contencioso* (vale dizer, em contraditório). Trata-se de uma atividade *provocada* (pois depende da iniciativa dos interessados para que possa se manifestar sobre o litígio), *pública* (pois exercida, em monopólio, por funcionários designados pelo Estado), *substitutiva* (pois se sobrepõe a meios auto-compositivos de solução de litígios) e *indeclinável* (não se trata simplesmente de uma mera faculdade, tampouco de simples *poder*; trata-se, sim de um *poder-dever*).

¹⁴ A atividade judicial que resulta na obtenção de auto-composição acha-se desprovida de várias das características listadas na nota anterior, quais sejam: a aplicação do Direito ao caso concreto, a substituição da vontade das partes e a imperatividade. Note-se, por oportuno, que mesmo atividades reconhecidas como tipicamente jurisdicionais nem sempre são conotadas pela substitutividade, como ocorre em especial na aplicação das técnicas coercitivas para obtenção da tutela específica (CPC, art. 461, §4º e 5º), as quais pressupõem que o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer seja fruto de conduta realizada pelo próprio executado.

¹⁵ V.g. ADA PELLEGRINI GRINOVER, Os fundamentos da justiça conciliativa, *Medição e gerenciamento do processo*, ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e CAETANO LAGRASTA NETO, São Paulo, Atlas, 2007, p.3.

atribuídas ao conceito de jurisdição¹⁶. Mais uma vez, o instituto acabou sendo esgarçado para nele caberem fenômenos decorrentes da evolução social, política e legislativa.

Outro ingrediente aportado à crise do conceito de jurisdição reside nos (ainda pouco estudados) mecanismos de execução *extrajudiciais*. Nosso ordenamento desde há muito os prevê, mas em casos esparsos e de escassa relevância¹⁷. Ao longo do tempo, contudo, esses mecanismos ganharam destacada importância, sobretudo por força do Decreto-lei n. 70/66 e da Lei n. 9.514/97¹⁸. Esses dois diplomas trazem, em comum, ferramentas para a expropriação de bens imóveis por atos realizados unilateralmente pelo credor, deixando-se para o Poder Judiciário apenas os atos de força destinados ao desapossamento¹⁹. Em que pese as opiniões acerca da inconstitucionalidade desses regramentos legais²⁰, tem prevalecido o entendimento contrário²¹, o que também põe em xeque a concepção tradicional de jurisdição, que ficaria esvaziada tanto

¹⁶ Nesse sentido, por todos, CARLOS ALBERTO CARMONA (*Arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993, p.29-37). De todas as características da atividade jurisdicional listadas em nota anterior, faltaria à arbitragem apenas a característica de atividade “pública”. Mesmo essa questão poderia ser superada, se reconhecermos que o árbitro exerce atividade pública, embora em caráter delegado por força da convenção das partes. A reforçar esse entendimento, o art. 17 da Lei n. 9.307/96, dispõe que os árbitros são “equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”.

¹⁷ Eis aqui alguns exemplos lembrados pela doutrina: leilão extrajudicial de mercadorias especificadas em “warrant” não pago no vencimento (art. 23, § 1º do Decreto 1.102/1903); venda extrajudicial, pelo credor pignoratício, da coisa empenhada (art. 774, III, do Código Civil de 1916, igualmente autorizada pelo art. 1.433, IV, do Código Civil de 2002), leilão extrajudicial da quota de terreno e correspondente parte construída na incorporação pelo regime de administração, também chamado “a preço de custo” (art. 63 da Lei n. 4.591/64), mecanismo que foi generalizado para outras modalidades de contratos de construção e venda de habitações com pagamento a prazo (art. 1º, VI e VII, da Lei n. 4.864/65) e depois estendido para o patrimônio de afetação (art. 31-F, § 14, da Lei 4.591/64, incluído pela Lei n. 10.931/2004); venda, em bolsa de valores, das ações do acionista remisso (art. 107, II, da Lei 6404/76); venda do bem objeto da propriedade fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais (art. 66-B, § 3º, da Lei 4.728/65, incluído pela Lei n. 10.931/2004).

¹⁸ O primeiro diploma cuida da execução da cédula hipotecária; o outro se ocupa da execução de contrato de alienação fiduciária de bens imóveis.

¹⁹ Em ambos os diplomas, a transferência do título dominial e a realização de leilão extrajudicial são realizados extrajudicialmente (art. 32 do Decreto Lei n. 70/66 e art. 27, da Lei n. 9.514/97) e apenas depois é que o arrematante (se necessário) haverá de se socorrer do Poder Judiciário para ser imitado na posse do bem. Note-se que não costuma ser catalogada dentre as hipóteses de execução extrajudicial a retomada do bem móvel alienado fiduciariamente, hipótese o desapossamento judicial (via “ação de busca e apreensão”) precede a expropriação extrajudicial, feita por simples venda a terceiro ”independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial” (art. 2ª, do Decreto-lei n. 911/69). A ordem dos fatores, a nosso ver, não altera o produto: trata-se, também, de hipótese de execução extrajudicial.

²⁰ V.g. EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA (*Execução extrajudicial e devido processo legal*, São Paulo: Atlas, 2010, *passim*).

²¹ Essa é a posição consolidada no STF a partir do julgamento do RE 223.075, sob relatoria do Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, j.: 23/06/1998. Contudo, o STF reabriu a discussão, ao reconhecer repercussão geral ao RE 627.106, e submeter o caso ao Pleno. O julgamento foi interrompido em 18.08.2011 (após pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes), quando já haviam sido prolatados 3 votos pela inconstitucionalidade da execução extrajudicial fundada no Decret-lei n. 70/66 (Ministros Ayres Brito, Carmen Lúcia e Luiz Fux) e 2 votos contrários (Ministros Dias Toffoli, Relator, e Ricardo Lewandowski). O andamento processual foi consultado em 02.04.2012.

quanto a atividades cognitivas²², quanto de boa parte das atividades executivas. Analisados esses fenômenos, questiona-se: quais seriam as atividades necessariamente jurisdicionais? Apenas as medidas de força que, aliás, sequer são privativas do Poder Judiciário²³? A questão ainda merece aprofundamento, e por fidelidade aos objetivos deste ensaio não pretendemos sequer tentar respondê-la.

Um último aspecto merece menção, por igualmente alterar substancialmente o conceito de jurisdição tradicionalmente aceito. Referimo-nos às hipóteses cada vez mais comuns em que os tribunais apreciam questões jurídicas *em tese, com diferentes graus de abstração e, conseqüentemente, de referibilidade em relação a um específico caso concreto*.

No campo do controle concentrado de constitucionalidade, como se sabe, a abstração é total, limitando-se o tribunal a analisar a compatibilidade de ato normativo com a ordem constitucional, sem referência a casos concretos²⁴.

Outros fenômenos encerram atividade cognitiva abstrata realizada por um órgão judicial, mas com aplicação direta e imediata a um caso concreto por decisão de *outro* órgão, como no incidente de constitucionalidade (CPC, arts. 481 e 482) e no incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, art. 479).

De maneira menos evidente, fenômeno similar ocorre no julgamento da questão federal infraconstitucional objeto de recursos especiais repetitivos (CPC, art. 543-C, §6º) e no exame da questão constitucional objeto de multiplicidade de recursos extraordinários, à qual se reconheceu repercussão geral (CPC, art. 543-B, §3). Em ambos os casos, respectivamente o STJ e o STF têm

²² O exercício de *qualquer* cognição judicial ficaria condicionado à provocação do devedor, por meio de ações judiciais destinadas a impedir ou anular as medidas extrajudiciais tomadas pelo credor.

²³ Afinal, o monopólio do uso da força é do Estado, e podem utilizá-la, nos limites da lei, os órgãos do Poder Executivo.

²⁴ Mesmo assim não se pode descartar alguma preocupação do nosso ordenamento com as situações concretas que haverão de ser afetadas pelo controle concentrado de constitucionalidade. Prova disso está na técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 27 da Lei n. 9.868/99), bem como na exigência da demonstração de "controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória [de constitucionalidade]" como requisito de admissibilidade da petição inicial (art. 13, III, da Lei n. 9.868/99). Isso revela que o controle de constitucionalidade merece ser catalogado dentre os instrumentos de tutela *jurisdicional* coletiva de direitos (como propugna, *e.g.*, TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, São Paulo: RT, 2006, p.58). Além desse fator, há outros que levam a doutrina a reconhecer efetivo exercício de jurisdição no controle concentrado de constitucionalidade: *a*) a exigência de legitimidade e interesse, embora esse último não seja *subjetivo* (*v.g.* OSVALDO LUIZ PALU, *Controle de constitucionalidade*: conceitos, sistemas e efeitos, e ed., rev, ampl. e atual., São Paulo: RT, 2001, p.191); e *b*) a obrigatória observância do contraditório, que não raro produz contenciosidade (como destaca LEONARDO GRECO, *Instituições de processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, v.1, p.75).

na prática separado o exame da questão jurídica repetitiva e o julgamento do(s) recurso(s) paradigma(s), embora o mesmo órgão se ocupe de ambas²⁵.

Embora nesses casos por último referidos a competência dos tribunais abra-se por força de um caso concreto e a decisão tomada sirva imediatamente para resolvê-lo, a nós parece que a finalidade primordial desses institutos seja a aplicação do mesmo preceito a outros casos similares.

Assim, em razão da criação de diversas ferramentas processuais, cada vez mais relevantes para funcionamento da justiça brasileira, a atividade judicial alcança um grau de abstração comparável ao da atividade legislativa e, pela concepção tradicional, não poderiam ser consideradas ao menos inteiramente jurisdicionais²⁶.

Todos esses fatores nos convidam a uma profunda reflexão sobre o primeiro dos institutos fundamentais, e põem em dúvida sua aptidão atual para servir de fonte segura para compreensão da moderna ciência processual civil. Isso não significa que o avanço do conhecimento científico não possa dissipar qualquer incerteza a respeito. Entendemos que o rol de institutos fundamentais pode deixar de ser, em essência, mutável.

²⁵ O incidente de resolução de demandas repetitivas, criado pelo projeto de novo CPC (art. 930 e ss. do substitutivo aprovado no Senado) adota técnica um tanto diversa, já que o exame da questão repetitiva será feito por um órgão e o julgamento do(s) recurso(s) ou processo(s) paradigma(s) por outro(s).

²⁶ EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA (A interpretação do direito em tese e a atividade jurisdicional, *Revista Dialética de direito processual*, n.110, p.25-37) afirma que mesmo nesses casos, existe manifestação do Poder Jurisdicional, pois a definição da interpretação do Direito, embora por vezes feita em tese, “tem em vista a eliminação do conflito de interesses” (*ob.cit.*, p.25) sendo essa, ao lado da aplicação do direito objetivo, a função primordial da jurisdição. Não discordamos desse entendimento. Contudo, também não se pode negar que a atividade judicial de fixação da interpretação de normas jurídicas cumpre finalidade que transcende a composição dos litígios que já eclodiram e foram submetidos ao Poder Judiciário, que passa a estabelecer preceitos gerais e abstratos, a serem observados por todos os sujeitos, aproximando-se à lei (a súmula vinculante constitui a mais eloquente demonstração dessa realidade). Aliás, acha-se hoje bastante disseminado o entendimento de que, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, a função de uniformizar o entendimento sobre determinada questão jurídica seria mais importante que o julgamento do litígio concreto em que a questão foi suscitada, chegando o STJ ao extremo de, em princípio, negar ao recorrente o direito de desistir do recurso especial selecionado como paradigma (QO no REsp 1.063.343/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, julgado em 17.12.2008, DJe 04.06.2009). Dentre os argumentos usados para tanto está o seguinte: “Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo” (Decisão monocrática do Min. Luiz Fux no REsp 1.134.903-SP, proferida em 07.09.2009).

2.2. Processo

Diferentemente do que sucedeu no tocante à jurisdição, a definição do segundo instituto fundamental – o *processo* – constituiu algo da maior relevância para a afirmação da autonomia do direito processual. Foi justamente em torno desse instituto que OSKAR VON BÜLOW²⁷ produziu a obra que veio a ser considerada a “certidão de nascimento” do moderno direito processual civil (nas palavras de DINAMARCO²⁸). Conforme realçamos em outra oportunidade²⁹, a grande contribuição do autor alemão foi demonstrar que a relação (pública) entre juiz, autor e réu não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida entre autor e réu e trazida à apreciação judicial, pois cada qual se sujeita a pressupostos próprios. Justamente com base em tal premissa é que o autor propõe a distinção entre exceções processuais e exceções substanciais. A partir desse estudo, até os dias atuais, acabou se consolidando, na larga maioria da doutrina, a ideia de processo como *relação jurídica*³⁰.

Entretanto, de tempos para cá, alguns doutrinadores têm reconhecido que, embora a concepção de processo como relação jurídica autônoma e distinta daquela de direito material que lhe constitua o mérito tenha tido papel importantíssimo na evolução dos estudos do direito processual civil, essa função histórica se exauriu³¹. Se por um lado, essa visão ainda hoje auxilia o exame de diversos institutos processuais³², por outro se baseia numa concepção eminentemente estática (e, portanto, insuficiente) do fenômeno processual.

Ademais, o conceito de *processo* tem passado há tempos por um gradual alargamento conceitual, de tal modo a abranger todo fenômeno de *procedimento em contraditório*³³ empregado para

²⁷ *Di Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen*, traduzido para o espanhol por Miguel Angel Rosas Lichtschein, sob o título *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (Buenos Aires: Ejea, 1964). Há disponível, igualmente, tradução para o português de Ricardo Rodrigues Gama, intitulada *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (Campinas: LZN, 2003).

²⁸ *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, p. 257.

²⁹ *O direito de defesa no processo civil brasileiro* (São Paulo: Atlas, 2012, p.4, nota de rodapé 10).

³⁰ Ressalve-se aqui a concepção de JAMES GOLDSCHMIDT, do processo como *situação jurídica*, que ainda granjeia simpatizantes.

³¹ Essa é a constatação é feita, dentre outros, por EDOARDO GRASSO (L'interpretazione della preclusione e nuovo processo civile de primo grado. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 48, n. 3, set. 1993, p.640).

³² Veja-se, por exemplo, que em nosso *Preclusão processual civil*, 2 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p.96, reconhecemos que essa premissa é fundamental para compreensão do instituto da preclusão.

³³ A expressão, atualmente bastante difundida, é criação de ELIO FAZZALARI (Processo (teoria generale). *Novissimo*

legitimar exercício de *poder*. Assim, sob o fio condutor do *contraditório*, o instituto passou a designar sem maiores diferenças conceituais uma série de institutos bastante diferentes entre si: o processo judicial (civil, penal, trabalhista, militar e eleitoral), o processo administrativo³⁴ e até mesmo alguns fenômenos processuais não-estatal³⁵.

Chegamos, então, à conclusão de que o instituto, assim ampliado, fica melhor alojado no campo da *teoria geral do direito*, e não na *teoria geral do direito processual* e tampouco na *teoria geral do direito processual civil*. Eis aí outro claro indicativo da crise do conceito de processo, ao menos como instituto fundamental do direito processual civil.

2.3. Ação

Quanto ao o direito de *ação*, pode-se enxergar movimento similar àquele noticiado nos dois subitens anteriores.

Após longa e intensa polêmica doutrinária, que resultou na criação de inúmeras correntes teóricas³⁶, reconhece-se hoje que essas visões contrastantes não se excluem, mas sim se completam³⁷, já que o direito de ação deve ser analisado sob o ponto de vista constitucional, face

digesto italiano. 3 ed., Torino: VTET, 1957, v.13, p. 1072-1076).

³⁴ Em que pesem os elementos comuns, aqui o fenômeno acha-se conotado por elementos que o distanciam consideravelmente do processo judicial, a começar pela iniciativa processual (via de regra, de ofício, por parte da Administração Pública), o que põe em xeque um dos pilares do processo judicial, que é a imparcialidade.

³⁵ No nosso texto já referido (*Perspectivas atuais...*, cit., p.72-75), destacamos diversas situações em que já reconhecidas pela lei e/ou pela jurisprudência de procedimentos instaurados entre particulares, para exercício de poder de uma parte em relação à outra, em que deve ser observar o *contraditório*, tais como, por exemplo, a exclusão de quotista de sociedade e de membro de associação civil (que pode ser deliberada pela manifestação de vontade privada) deva ser precedida de oportunidade para defesa do interessado (a teor, respectivamente, do artigo 1.085, parágrafo único, e do artigo 57, ambos do Código Civil, esse último com redação dada pela Lei nº 11.127/2005).

³⁶ Essas correntes costumam ser agrupadas, para fins de didáticos, conforme seus principais aspectos comuns, mas não escondem as diferenças pontuais existentes entre as concepções acolhidas por cada autor que se dedicou ao tema, ao ponto de ser possível afirmar que haja uma teoria para cada obra dedicada ao exame do conceito de ação.

³⁷ Nesse sentido, entre autores estrangeiros, *e.g.*, ALBERTO ROMANO (*L'azione di accertamento negativo*, Napoli: Jovene, 2006, p. 5) e, entre nós, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65).

à impossibilidade de identificar um conceito unívoco e válido para qualquer ordenamento jurídico, em qualquer tempo³⁸.

Sob o ponto de vista constitucional, a ação não se revela apenas direito ao processo, tampouco direito a uma sentença de procedência, ou ainda direito a uma sentença de mérito, mas sim o direito à *tutela jurisdicional efetiva*, que se consubstancia, primeiro, na observância do *devido processo legal* (em benefício de ambos os litigantes), e, num segundo momento, na efetiva *satisfação* do direito material controvertido de modo adequado e tempestivo³⁹ (o que beneficia apenas o litigante amparado pelo ordenamento substancial).

Como resultado dessa evolução, do ponto de vista científico, a ação perdeu força como pólo metodológico da ciência processual civil⁴⁰, emergindo em seu lugar o conceito de *tutela jurisdicional*, menos contaminado por resquícios de teorias já ultrapassadas e, portanto, mais propenso a exercer o papel de instituto fundamental do direito processual civil moderno, conforme adiante teremos oportunidade de demonstrar em momento oportuno (item 3.1, *infra*).

Já do ponto de vista técnico-processual, o resultado mais importante dessa evolução foi a desvinculação do direito de ação do simples ato de iniciativa do autor para instauração do processo. Assim, reconhece-se que o direito de ação não se esgota na propositura da *demanda*⁴¹, e

³⁸ Essa afirmação ecoa na doutrina estrangeira há décadas: CALAMANDREI (La relatività del concetto di azione. *Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1947, v. 5, p. 3-5), LIEBMAN (L'azione nella teoria del processo civile. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 25), FAZZALARI (Azione civile (teoria generale e diritto processuale). *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*. Torino: UTET, 1991. v. 2, p. 31 e ss.) e COMOGLIO (Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 48, p. 465-490, 1993. Entre nós, recentemente a enfatizou CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1 ed., 2007, v.1, p. 329).

³⁹ Sintetizando esse pensamento, COMOGLIO afirma que “‘ação’, em sentido constitucional, como não é mais apenas ‘direito ao processo’ (mas é um ‘direito ao justo processo’), é também um “direito à tutela” (ou, se se preferir, o ‘direito a uma efetiva tutela’), bem se podendo aspirar inseri-lo [...] entre os ‘princípios supremos’ do ordenamento constitucional, ou até mesmo entre os ‘direitos invioláveis do homem’, reconhecidos e garantidos pela República (art. 2.º da Constituição italiana)” (*Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 95), já por nós traduzido) Em sentido similar, BEDAQUE assevera que “direito de ação não é direito a uma sentença favorável, a uma sentença qualquer ou à sentença de mérito (...) mas sim “deve ser visto como garantia da efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil” (Garantia de amplitude da produção probatória. In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 166-167.

⁴⁰ DINAMARCO vem há tempo insistindo nessa ideia (Das ações típicas, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., t. 1, p. 332), com ele concordando SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v.1, p.333).

⁴¹ Nesse sentido, entre os autores estrangeiros, FAZZALARI (*Istituzioni di diritto processuale*, 8 ed. Padova: CEDAM, 2005, p. 424) e COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, Bologna: Il Mulino, 1998, p. 226-229); entre nós, DINAMARCO (*Execução civil*, 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 352) e BEDAQUE, cuja lição merece transcrição: “muito mais do que direito ou poder de iniciar o processo, ação é garantia constitucional ao modelo processual, tal como regulado na própria Constituição, informado pelo contraditório e pela

se desdobra em um “feixe de poderes” a ser exercitado ao longo de todo o procedimento⁴². De todo modo, essa desvinculação entre direito de ação e propositura da demanda não obscurece em nada a elevada dignidade científica desse segundo instituto, como teremos oportunidade de examinar (item 3.2, *infra*).

Em suma, a evolução científica e legislativa trouxe como resultado, por assim dizer, a “dissolução” do conceito tradicional de ação em dois outros institutos, isto é, *tutela jurisdicional* e *demanda*, dos quais nos ocuparemos adiante.

2.4. Defesa

Por fim, chega-se à *defesa*, justamente o último elemento a compor a categoria dos institutos fundamentais do direito processual⁴³. Conforme pontuamos em estudo anterior⁴⁴, uma das explicações possíveis para esse atraso está no forte ranço privatista que, embora atenuado, ainda acompanha os estudos do direito processual civil, reduzindo o direito de ação a mero meio de satisfação do direito material lesado, sem consideração à sua (igualmente relevante) função de ferramenta para atuação do Estado, com intuito de pacificação social e de afirmação do direito objetivo. Considerado apenas a primeira feição do direito de ação, o papel do autor desponta muito mais relevante que o do réu. Tomada em conta a segunda vertente, a atuação do réu é tão relevante quanto à do autor, pois ambos são os destinatários da tutela jurisdicional.

Superado o atraso no reconhecimento da dignidade científica do direito de defesa como instituto fundamental do direito processual civil, chegou-se ao ponto de também analisá-lo sob o ponto de vista constitucional. E o resultado dessa operação é o baralhamento dos conceitos de ação e

ampla defesa” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 70) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 334).

⁴² Essa ideia foi por nos desenvolvida de maneira completa em *O direito de defesa...*, cit., capítulo 3.

⁴³ DINAMARCO (Os institutos fundamentais..., cit., p. 112) denunciou que a obra de importantíssimos estudiosos contentava-se com a trilogia de institutos fundamentais, deixando de fora a defesa (como CHIOVENDA, CALAMANDREI, LIEBMAN e ANDRIOLI, entre os estrangeiros, bem como FREDERICO MARQUES e HÉLIO TONARGHI, entre os brasileiros). O mesmo atraso em reconhecer a importância desse instituto também foi reconhecida por na doutrina latino-americana, EDUARDO COUTURE (*Fundamentos de derecho procesal civil*, 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 91) e, na doutrina brasileira mais recente, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 53 e 245).

⁴⁴ *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, cit., capítulo 1.

defesa, face à evolução da compreensão das garantias de acesso à “ordem jurídica justa” (CF, art. 5.º, XXXV), do contraditório, da ampla defesa (CF, art. 5.º, LV) e da isonomia (CF, art. 5.º, I). Tanto a ação quanto a defesa são meios para atingimento de um fim, que é a *tutela jurisdicional*, perseguida por autor e réu com oportunidades praticamente iguais⁴⁵.

Logo se vê que a evolução do nosso ordenamento jurídico de alguma forma também conspirou contra a catalogação do direito de defesa como instituto fundamental do direito processual civil.

2.5. Conclusão parcial

Ao cabo dessas considerações, percebe-se claramente que a evolução do nosso ordenamento jurídico, especialmente sob o ponto de vista constitucional, comprometeu alguns dos alicerces originais dos institutos fundamentais do direito processual civil⁴⁶. O conceito de *jurisdição* passa por enorme crise, a reboque das profundas alterações das atribuições do Poder Judiciário, afrouxando-se seus contornos teóricos originais. Na mesma linha, o conceito de *processo* submeteu-se a franco alargamento, o que o afastou de sua feição original tão relevante para afirmação da autonomia da ciência processual (tarefa, repita-se, há muito concluída). *Ação* e *defesa*, de sua parte, acabaram se imiscuindo, constituindo feixes de poderes muito similares, pois orientados ao mesmo fim, qual seja, a obtenção de *tutela jurisdicional*.

Nesse passo, se a finalidade dos institutos fundamentais é auxiliar a compreensão da estrutura do sistema processual, é evidente que a evolução do ordenamento jurídico obriga o estudioso a, periodicamente, revê-los. Afinal, em qualquer ramo do conhecimento, ao cientista é proscrito acomodar-se sob a sombra das conquistas dos estudiosos que o precederam.

O que propomos, a partir daqui, não é pura e simplesmente banir os quatro institutos fundamentais há décadas delineados pela doutrina, mas, sobretudo, perquirir em que medida eles devem passar a conviver com novos institutos fundamentais ou se podem ter se fundido e

⁴⁵ O desenvolvimento completo dessas ideias acha-se no já referido estudo de nossa autoria – *O direito de defesa no processo civil brasileiro* – sendo ocioso aqui repeti-lo em minúcia.

⁴⁶ Como se viu acima, a doutrina se deu conta de que o direito de ação é um dado do direito positivo e que, portanto, varia no tempo e no espaço. Essa mesma variabilidade aplica-se, indubitavelmente, aos demais institutos fundamentais.

reaparecido “disfarçados” em outros conceitos que, agora sim, merecem ser agora alçados a essa categoria.

Além disso, é tempo de verificar se há outros elementos relevantes não apenas para compreensão da *estrutura* do processo, mas igualmente de seu *funcionamento*, e que hoje não estão adequadamente representados na categoria dos institutos fundamentais. Ou seja, essa empreitada teórica não se esgota apenas numa perspectiva *anatômica* dos fenômenos processuais (isto é, focada nos seus aspectos *estruturais*), mas deve-se considerar a sua análise *fisiológica*.

3. “Novos” institutos fundamentais de direito processual civil?

3.1. Tutela jurisdicional

Conforme acima já destacado, a importância do conceito de tutela jurisdicional despontou evidente justamente quando se superaram as disputas teóricas em torno do direito de ação, o qual passou a ser extraído da Constituição Federal (especialmente do seu art. 5º, XXXV)

Ainda assim, há acesas dúvidas em torno do conceito de “tutela jurisdicional” as quais, de maneira bastante sintética, gravitam em torno de um problema principal, consistente em definir se *a)* seu objeto é a garantia a um devido processo legal (como entende, por exemplo, MARINONI⁴⁷); *b)* se, no extremo oposto, constitui direito à efetiva reparação do dano sofrido no plano material ou à efetiva imunização da ameaça perpetrada nesse âmbito (como entende há um bom tempo BOTELHO DE MESQUITA⁴⁸, bem como, mais recentemente, SCARPINELLA BUENO⁴⁹); ou *c)* se compreende ambas as proteções, ou seja, o direito ao devido processo legal *e* à efetiva reparação

⁴⁷ *Curso de processo civil*, São Paulo: RT, 2006. v. 1: *Teoria geral do processo*, p. 308-312 e 322, apontando que o resultado da atividade judiciária para o litigante vencedor é a “tutela de direito material”.

⁴⁸ *Da ação civil*, São Paulo: RT, 1975, p.94, afirmando que tutela jurisdicional não se confundiria com o “direito ao devido processo legal”, que seria mero “direito à administração da Justiça”.

⁴⁹ *Curso sistematizado de direito processual civil*, 4 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p.303: “tutela jurisdicional só poder ser entendida como esta realização concreta do direito que foi lesado ou ameaçado”.

do direito material violado ou ameaçado (como entendem, por exemplo, DINAMARCO⁵⁰ e YARSHELL⁵¹).

Não há como negar que essa disputa repete enfoque que remonta à polêmica teórica em torno do conceito de ação. A primeira corrente acentua a relevância do *meio* (o processo), aproximando-se da teoria abstrata; a segunda enaltece o *resultado* da atividade jurisdicional, com tons nitidamente concretistas; e a última tenta conciliar as posições contrastantes, seguindo método próximo ao da teoria eclética.

Nesse passo, assim como as teorias “clássicas” sobre o direito de ação se completam, também as visões discrepantes sobre o conceito de tutela jurisdicional se completam. Mesmo os defensores da primeira corrente não podem negar que o resultado desejável do processo é a efetiva proteção do direito material lesado ou ameaçado, do mesmo modo que os adeptos da segunda concepção não recusam a dignidade constitucional das normas que asseguram a igualdade de oportunidades dos litigantes na formação do convencimento judicial, seja o titular da pretensão amparada pelo direito material, seja o seu adversário. Assim posto o problema, a discórdia quase que beira o aspecto meramente terminológico.

Assim, filiamo-nos à terceira corrente, por ser a que concilia todos os elementos em exame e por considerar indissociável a predisposição de *meios* aos litigantes para influir na decisão judicial dos *resultados* que se pode esperar da atividade jurisdicional. A distribuição de justiça não pode ser feita por *qualquer* provimento judicial, resultante de *qualquer* processo, de tal modo que a correta compreensão do art. 5º, XXX, da Constituição Federal divide suas atenções entre o *meio* (o devido processo legal) e o *fim* (a realização de justiça de modo adequado e tempestivo)⁵².

Dessa opção decorre, primeiro, o reconhecimento de que se outorga tutela jurisdicional ao litigante vencido, ainda que em menor intensidade. Apesar do resultado desfavorável, ao vencido

⁵⁰ DINAMARCO (Tutela jurisdicional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, esp. p. 815).

⁵¹ O citado autor reconhecer que “o próprio devido processo legal – independentemente de quem vença – é forma de tutela” (*Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1998, p.32). Para chegar a essa conclusão, YARSHELL (idem, p. 29-31) principia com a ideia de que a tutela jurisdicional “é prestada em favor de quem tem razão” (idem, ibidem). Todavia, adiante o próprio autor reconhece que “poder-se-ia dizer tratar-se de conceito sincrético ou, quando menos, calcado na premissa de ação como direito concreto, isto é, como direito a um provimento favorável” (idem, ibidem). O meio de resolver esse “impasse” está na ampliação da ideia de tutela jurisdicional para alcançar “igualmente os *meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado*” (idem, ibidem – grifo nosso). Assim, explicam-se os direitos exercidos por autor ou pelo réu que saíram vencidos.

⁵² Cfr., por todos, BEDAQUE (*Tutela cautelar...*, cit., p. 71).

foram disponibilizados os mesmos meios que o vencedor teve para tentar influir na decisão judicial que ao vencedor, sob os princípios e garantias do *due process of law*⁵³. Não nos parece fazer sentido que, após o resultado final (ao menos da “fase” de conhecimento), se distingam as garantias processuais destinadas a um e a outro litigante até então⁵⁴. Ademais, mesmo sob a perspectiva do resultado da atividade jurisdicional cognitiva, há que se reconhecer, em último grau, que o simples desfecho do processo, mesmo que desfavorável, serve ao menos para eliminar do mundo jurídico a incerteza sobre os direitos em disputa, beneficiando igualmente o vencido. E, finalmente, mesmo quando cabível e necessária a “fase” de cumprimento da sentença, ainda assim não se pode negar que ao executado seja destinatário de tutela jurisdicional, seja porque ele pode discutir, ainda que limitadamente, a execução em si, seja porque ele pode discutir amplamente os atos executivos⁵⁵. Seja como for, não se pode negar que a tutela jurisdicional *plena* abrange a realização prática do direito reconhecido judicialmente, com a satisfação do seu titular no plano concreto⁵⁶. Tem-se aqui o ponto culminante da atividade jurisdicional.

As constatações até aqui assentadas representam, tanto do ponto de vista científico quanto prático, notável avanço. A partir delas é possível superar a identificação entre tutela jurisdicional e *demanda* (*rectius*, ato de provocação do Estado-juiz, conforme destacado no item 2.1) e entre tutela e *sentença de mérito*⁵⁷.

⁵³ Assim, conclui YARSHELL que “o Estado também presta *tutela jurisdicional* ao *vencido*, embora de forma diversa daquela prestada ao vencedor” (*Tutela jurisdicional*, cit., p.35). No mesmo sentido, DINAMARCO destaca que o vencido tem o direito constitucionalmente protegido de “não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável” (*Tutela jurisdicional, Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 815), o que inspiraria, por exemplo, as regras atinentes a honorários sucumbenciais (CPC, art. 20, §§ 3.º e 5.º),

⁵⁴ Aqui, vem bem a calhar a crítica de ALFREDO ROCCO à teoria concreta da ação, no sentido de que o direito de ação não se pode confundir com o direito à sentença favorável surge “en un momento que el titular no puede conocer; y [...] cuando es conocido ya ha sido satisfecho” (*La sentencia civil*, Tradução de Mariano Ovejero. Buenos Aires: El Foro, 2003, p. 139).

⁵⁵ DINAMARCO (*Tutela jurisdicional, Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 815) põe em evidência as normas protetivas instituídas em favor do executado como, por exemplo, as normas dos arts. 620, 649 e 650, todos do CPC. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI também destaca esse aspecto no texto *Tutela processual do direito do executado, Processo civil: realidade e justiça*, São Paulo, Saraiva, 1994, p.29-48.

⁵⁶ Essa compreensão é compartilhada mesmo por autores filiados a correntes bastante diversas, como BOTELHO DE MESQUITA (*Da ação civil*, p. 75) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 296), dentre muitos outros.

⁵⁷ Conforme realça SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 334): “[n]ão há mais espaço para confundir ‘tutela jurisdicional’ com ‘sentença’, mesmo que ‘sentença de mérito’ [...] enquanto não prestada a ‘tutela jurisdicional’, as partes [...] poderão e deverão praticar, ao longo do processo e consoante cada tipo de *procedimento*, uma série de atos destinados àquele objetivo. Todos estes atos que, analisados nesta perspectiva, apresentam-se como *meios* de um ato-fim maior (a prestação da tutela jurisdicional), todavia, não podem e não devem ser entendidas como novas

Não bastasse, se o direito de ação se desdobra em um conjunto de poderes e faculdades exercitáveis ao longo do procedimento, cujo objetivo último é a outorga da tutela jurisdicional plena, e sendo essa a efetiva satisfação do direito material no plano real, de modo efetivo, adequado e tempestivo, disso tudo resulta que a “ação de conhecimento”, a “ação de execução” e a “ação cautelar” não seriam nada mais que poderes componentes do amplo feixe que constitui um *único e verdadeiro direito de ação*⁵⁸.

Com esse cabedal teórico, torna-se muito mais fácil a compreensão de ferramentas recentemente incorporadas ao nosso sistema, tais como a antecipação de tutela e o chamado “processo sincrético” (nos quais atividades cognitivas e executivas convivendo de maneira articulada). Da mesma forma, simplificam-se consideravelmente as disputas em torno da classificação das “ações” ou das “sentenças”, passando o fenômeno a ser retratado sob uma perspectiva muito mais ampla, que leva em conta as crises de direito material a serem enfrentadas pelo Estado-juiz *e também* as técnicas usadas pelo legislador para aplacá-las⁵⁹.

A doutrina não poderia alcançar todos esses resultados sem transpor os limites do conceito de ação e adotar a noção de *tutela jurisdicional* como instituto fundamental do direito processual civil. Mostra-se aqui a feição eminentemente didática desse conceito.

3.2. Demanda

Conforme notou DINAMARCO⁶⁰, a expressão *demanda* não é empregada (ao menos corretamente) pelo direito positivo⁶¹ e costuma ser evitada pela doutrina⁶², o que denota imerecido desprezo

ações”.

⁵⁸ Para maior aprofundamento a esse respeito, confira-se o item 3.3, *infra*, bem como o nosso trabalho *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, capítulo 3.

⁵⁹ Nesse particular, parece-nos absolutamente insuperáveis em termos de clareza e coerência a sistematização proposta por SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v.1, itens 6 a 8 do capítulo I da Parte III) que concilia diversos critérios classificatórios, reconhecendo-os não excludentes.

⁶⁰ *Litisconsórcio*, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 71.

⁶¹ Ao se referir ao ato inicial de provocação do Poder Judiciário, pelo qual o autor veicula sua pretensão, o CPC costuma empregar o termo “ação” (v.g., arts. 3º, 263, 267, VIII). Em alguns casos, o vocábulo “demanda” é usado como sinônimo de “processo” (v.g., arts. 70, III, e 593, III).

⁶² ARAKEN DE ASSIS justifica o título de sua monografia *Cumulação de ações* (3 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998) afirmando que “os termos demanda, pretensão, *petitum* e pedido, até o presente momento, contêm ideias obscuras”. Mais recentemente, SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, p. 170) rejeitou o uso promíscuo do termo

pelo instituto que, consoante razões que serão aqui expostas, merece ser alçado à categoria de instituto fundamental do direito processual civil.

Primeiramente, e conforme já destacado, sem a compreensão da diferença entre ação (direito subjetivo público à obtenção de tutela jurisdicional) e demanda (ato que manifesta o exercício do direito de ação), corre-se o risco de reduzir indevidamente a primeira a simples direito de ingressar no Poder Judiciário. Não bastasse, o baralhamento dos dois conceitos tem a aptidão até mesmo de resuscitar algum resquício espúrio de tipicidade do direito de ação, incompatível com a amplitude do art. 5^a, XXXV, da CF.

De outro lado, o conceito de demanda, isoladamente considerado, apresenta utilidade manifesta para compreensão de uma vasta gama de aspectos do sistema processual. Cumpre, então, aprofundar esse exame.

Entendemos que demanda deve ser definida como o ato voluntário, conotado por três elementos (partes, pedido e causa de pedir), pelo qual o sujeito processual rompe inércia do Poder Judiciário e postula tutela jurisdicional *no tocante a uma determinada relação jurídica de direito material*⁶³.⁶⁴ A demanda “ativa o poder decisório do juiz”⁶⁵, fixando seus limites (CPC, arts. 128 e 460) e, como regra, o produto dessa atividade é decisão que se enquadra substancialmente na categoria de sentença (sem ou com exame de mérito, nos termos dos arts. 162, § 1.º, 267 e 269 do CPC, sendo que essa última, apenas, é apta a produzir coisa julgada material⁶⁶. Sem demanda, a mesma

ação, mas não empregou em nenhum momento o termo demanda, preferindo falar em pedido (“pedido de reconvenção” e em “pedido declaratório incidental”).

⁶³ Conforme DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 132-133), o termo comporta definição mais ampla, referindo-se a qualquer ato de postulação, ao longo de todo o procedimento, independentemente do seu objeto, mas preferimos descartá-la, pois assim alargado o conceito abrange fenômenos bastante heterogêneos (como, exemplificativamente, a demanda reconvenção, de um lado, e o pedido de produção de prova pericial, de outro).

⁶⁴ Essa definição tornaria difícil enquadrar como demanda o ato que veicula pretensão ao controle concentrado de constitucionalidade, face à falta de referibilidade a uma relação jurídica material em específico. Para abrigarmos essas hipóteses, haveríamos que alargar o conceito de demanda. A discussão, que é muito profunda, não cabe nos exíguos limites deste trabalho.

⁶⁵ Expressão usada por COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 228).

⁶⁶ Admite-se que a demanda excepcionalmente provoque o exercício de cognição meramente superficial, limitada verticalmente (como, v.g., a ação monitória e a ação de execução de título extrajudicial, em que só haverá cognição exauriente por provocação do réu, via embargos). Nesses casos, a maioria doutrina entende que a decisão final que declara satisfeita a obrigação, sem que tenha havido provocação do réu para exercício de cognição exauriente, não pode ser coberta pela coisa julgada material (WATANABE, *Da cognição no processo civil*, 2 ed., São Paulo, Bookseller, 2000, p. 114, e TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo: RT, 2005, p.57, dentre outros, os quais afirmam expressamente que a coisa julgada material cobre apenas as decisões fundadas em cognição exauriente). De toda sorte, se a tutela pleiteada for executiva, o resultado esperado é a satisfação do direito espelhado no título, mas ainda assim a demanda tem a aptidão de “ativação do poder executório” do juiz, já que nosso sistema

matéria poderia, no mais das vezes até ser conhecida pelo juiz (de ofício ou por provocação de algum dos litigantes), mas apenas como fundamentação para exame de demanda efetivamente proposta (por qualquer das partes) e, portanto, estará excluída da área imunizada pela coisa julgada material (CPC, arts. 469 e 470). Daí a diferença corretamente entabulada pela doutrina⁶⁷ entre o *mérito* (pedido iluminado pela causa de pedir, que forma o *objeto litigioso do processo*, a ser resolvido em caráter *principaliter*) e as *questões de mérito* (pontos controvertidos no plano do direito material, que fazendo parte apenas do *objeto da cognição judicial*, devem ser resolvidos *incidenter tantum*, como pressuposto para exame do mérito propriamente dito). Logo se vê mais uma utilidade da adequada definição dos contornos do instituto, sem a qual haverá evidentes dificuldades de reconhecer, em diversos casos, a incidência da coisa julgada material⁶⁸ (arts. 469 e 470).

A demanda, assim, revela-se pressuposto necessário para que o litigante obtenha tutela jurisdicional *plena*, que a nosso ver inclui a *imutabilidade* do que foi decidido (coisa julgada material) e a *satisfação concreta* do que foi decidido, quando necessário (execução forçada).

De outro lado, apenas a adequada apreensão das características do instituto aqui em foco permite resolver determinadas situações de dúvida na qualificação de determinados atos postulatórios.

Não há maiores dúvidas em identificar a propositura da demanda nos casos em que o direito positivo expressamente o refere como tal, como por exemplo: *a*) a demanda reconvenção; *b*) a demanda declaratória incidental; e *c*) a denunciação da lide promovida pelo réu⁶⁹.

Contudo, diversos outros casos estão envoltos em incertezas, tais como: *d*) a declaração incidente

processual civil não concebe a execução operada de ofício, mesmo depois de ter adotado o sincretismo. Isso fica claro com relação à execução por quantia certa (CPC, art. 475-J, *caput* e §5º), mas entendemos que a mesma lógica há de se aplicar à execução das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa (CPC, art. 461 e 461-A), conforme entende DINAMARCO, a partir de interpretação do art. 612 do CPC, o qual dispõe que “realiza-se a execução no interesse do credor” (*Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros, 2004, v.4, p.456). Por consequência lógica, a atividade executiva é igualmente delimitada pela iniciativa do exequente, reconhecendo-se, pois, a aplicação do “princípio da congruência” também em sede de execução (embora não recaia sobre o binômio “pedido e sentença”, mas sim “pedido e atividade executiva”). Apenas no âmbito da execução de obrigações de fazer ou não fazer é que a congruência é atenuada excepcionalmente, face à autorização de o juiz tomar medidas para obter “resultado prático equivalente ao do adimplemento” (CPC, art. 461, *caput*).

⁶⁷ DINAMARCO (O conceito de mérito em processo civil, *Fundamentos...*, cit., v. 1, p. 233 e ss.) e WATANABE (*Da cognição...*, cit., p. 106).

⁶⁸ Correlatamente, a adequada compreensão do instituto tem manifesta utilidade para identificação da litispendência e para adequado manejo de ferramentas que gerenciam as relações entre demandas (como a conexão e a continência).

⁶⁹ No (raríssimo) caso de denunciação da lide formulado pelo autor, em realidade há cumulação eventual de pedidos contra réus distintos, todos veiculados na demanda inicial.

de falsidade documental; *e*) o pedido contraposto; e *f*) a impugnação ao cumprimento de sentença, para ficar apenas com alguns exemplos. Nas hipóteses ‘d’ e ‘e’, não há porque duvidar que haja verdadeiras demandas, pois vislumbra-se postulação expressa de tutela jurisdicional conotada três elementos (partes, pedido e causa de pedir) que *se projetam sobre o direito material*⁷⁰⁻⁷¹. Na hipótese ‘f’, à falta de elementos concretos no direito positivo⁷², a solução dependerá do conteúdo da impugnação⁷³, não havendo porque lhe negar a condição de demanda quando fundada na alegação de, por exemplo, “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença” (CPC art. 475-L, VI) e lhe negar essa natureza quando a matéria veiculada por “penhora incorreta ou avaliação errônea” (CPC, art. 475-L, III)⁷⁴.

Situação praticamente idêntica se verifica quanto aos embargos à execução. Mesmo após a reforma empreendida pela Lei n. 11.382/06, permaneceu fortemente prestigiado o entendimento doutrinário de que se cuida de demanda incidental⁷⁵, o que é corroborado por alguns “indícios” fornecidos pelo direito positivo⁷⁶. Contudo, quando os embargos se resumem, também, à

⁷⁰ A leitura do disposto nos arts. 390-395 do CPC poderia induzir o errôneo entendimento de que se trata de simples incidente, e não propriamente demanda incidental, mas o entendimento prevalecente é o de que sua natureza é de modalidade de demanda declaratória incidental. A guisa e exemplo, veja-se julgado do STJ que adotou essa posição: “[o] incidente de falsidade documental tem a mesma natureza da ação declaratória incidental” (REsp 30.321/RS, 3.^a T., Rel. Ministro Cláudio Santos, j. 24.05.1994).

⁷¹ Em estudo anterior, filiamo-nos ao entendimento de que o pedido contraposto é modalidade simplificada de reconvenção, cabível no procedimento sumário e dos Juizados Especiais Cíveis (*O direito de defesa...*, cit., item, 9.2).

⁷² O texto da lei traria apenas alguns elementos a sugerir que a impugnação seria mero incidente: *a*) a alteração da denominação do meio de defesa à execução de título judicial (de embargos para impugnação) representa esforço do legislador em diferenciá-lo do meio de defesa à execução de título extrajudicial; *b*) o fato de a decisão que julga a impugnação ser desafiada por *agravo* (CPC, art.475-M, §3º), salvo se extinguir execução (hipótese em que cabe apelação, hipótese em que há *sentença* extintiva da execução como um todo).

⁷³ Parte da doutrina entendeu que a impugnação passou a ser mero incidente, pelo qual o executado veicula defesa, e não demanda (v.g., LUIZ FUX, Impugnação ao cumprimento de sentença. *Execução civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr., ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, NELSON NERY JR. e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER* (coord.), São Paulo: RT, 2007, p.208). Outros autores defenderam que as alterações da denominação do meio típico de defesa em face da execução de título judicial e do seu respectivo procedimento não acarretaram alteração de sua natureza jurídica, que continua a ser o de demanda incidente (v.g., ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, 10 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: RT, 2007, p.1177-1178).

⁷⁴ Essa é a posição sustentada por parcela aparentemente minoritária na doutrina, como, e.g., JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*Execução*, São Paulo: RT, 2008, p.252-255).

⁷⁵ Cf., por todos, DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, v.4, esp. p.742 a 748).

⁷⁶ O art. 736, parágrafo único, do CPC refere-se à “distribuição por dependência” dos embargos, fenômeno típico de demanda inicial (CPC, arts. 253 e 263), ao passo que o art. 739 cuida da “rejeição liminar” dos embargos, em evidente paralelo com o art. 295.

alegação de “penhora incorreta ou avaliação errônea” (CPC, art. 745, II), não há substancialmente como encaixa-los como demanda⁷⁷.

Raciocínio similar se aplica à chamada exceção de pré-executividade. De início, o cabimento desse instrumento de criação pretoriana e doutrinária vinha limitado a matérias que, acima de qualquer dúvida, eram cognoscíveis de ofício, como a falta de condições da ação (em especial a ilegitimidade passiva) e de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, por força de disposições expressas contidas nos arts. 267, §3º e 301, §4º, do CPC. Sob essa limitada conformação, não era difícil *negar* à exceção de pré-executividade a condição de demanda propriamente dita. Contudo, paulatinamente a jurisprudência foi afrouxando o rigor inicial, para permitir a alegação de matérias que, embora sejam de direito material e não reconhecidas como cognoscíveis de ofício – tais como o pagamento⁷⁸ e a prescrição⁷⁹ – pudessem ser alegadas fora do âmbito dos embargos à execução, desde que pudessem ser apreciadas “de plano”, seja por arguir matéria exclusivamente de direito, seja por suscitar matéria fática esclarecida por prova documental apresentada de imediato pelo executado (ou seja, *sucundum eventum probationis*⁸⁰).

⁷⁷ Confira-se, novamente, MEDINA (*Execução*, p.118-121). A corroborar a afirmação feita no corpo do texto veja-se que, se ao tempo da oposição dos embargos ainda não houver penhora, o executado poderá alegar “penhora incorreta ou avaliação errônea” por simples petição, sem que alguém se atreva a cogitar de verdadeira demanda.

⁷⁸ Embora não haja norma expressa, boa parte da doutrina sustenta que o pagamento é matéria de defesa cognoscível de ofício (na doutrina estrangeira, confira-se, v.g., CESARE CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*. Napoli: Jovene, 2003, *passim.*, esp.p.181 e 269 e ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO NORA, *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.296).

⁷⁹ Antes do advento da Lei nº 11.280.2006 – que transformou a prescrição em matéria cognoscível de ofício, mercê da revogação do art. 194 do CC e da alteração do art. 219, §5º, do CPC – a possibilidade de conhecimento da prescrição por meio de objeção de pré-executividade demandava enorme esforço argumentativo e demorou a ser pacificada no STJ, o que ocorreu apenas quando do seguinte julgado da Corte Especial: “1. É possível que em exceção de pré-executividade seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executados, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória. 2. Consoante informa a jurisprudência da Corte essa autorização se evidencia de justiça e de direito, porquanto a adoção de juízo diverso, de não cabimento do exame de prescrição em sede de exceção pré-executividade, resulta em desnecessário e indevido ônus ao contribuinte, que será compelido ao exercício dos embargos do devedor e ao oferecimento da garantia, que muitas vezes não possui” (EREsp 388000/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 16/03/2005, DJ 28/11/2005, p. 169).

⁸⁰ Tal diretriz aplica-se mesmo nos casos em que a matéria alegada pelo executado poderia ser conhecida de ofício, mas demandaria provas outras que não a meramente documental, pré-constituída. Esse entendimento restou consagrado na Súmula nº 393 do STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. Um dos precedentes que deu origem à Súmula nº 393 assim dispôs: “A exceção de pré-executividade é cabível para a discussão a respeito dos pressupostos processuais e das condições da ação, vedada sua utilização, nessas hipóteses, apenas quando há necessidade de dilação probatória” (AgRg no REsp 448268/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 23/08/2004, p. 120). A nosso ver, esse entendimento jurisprudencial não apresenta nenhuma incongruência. Em outro trabalho (*O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2011, p.156-157), pontuamos que “o fato de determinada matéria ser cognoscível de ofício não elimina de

Levadas em conta as características que conotam o instituto, acima delineadas – a postulação expressa de tutela jurisdicional conotada por três elementos (partes, pedido e causa de pedir) *que se projeta sobre o direito material* – não haveria porque negar a condição de demanda a ato sem forma ou figura de juízo que pleiteasse a extinção (total ou parcial) da execução por conta de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação no plano do direito material. Só se chega a esse resultado por meio do raciocínio calcado nas características primordiais do instituto aqui em foco.

Todas essas considerações não encobrem o fato de que, com frequência, o sistema confere *aparente* caráter de demanda a determinados atos postulatórios que não contém todos os atributos acima identificados, embora se assemelhem formalmente a ela.

Aqui merece menção em especial o ato postulatório de tutela tipicamente cautelar nos moldes do Livro III do CPC, que (ao menos na maioria dos casos) não merece ser qualificada substancialmente como demanda. Há na espécie postulação meramente instrumental em relação ao processo principal no qual, aí sim, veicula-se demanda propriamente dita⁸¹. Por isso é que se nega a existência de *mérito* no processo cautelar⁸² (ao menos em sua acepção técnica estrita⁸³) e, conseqüentemente, exclui-se a formação de coisa julgada material⁸⁴, salvo se reconhecida a

todo o ônus do interessado em alegá-la e prová-la”.

⁸¹ Excluem-se dessa afirmação as chamadas “cautelares satisfativas”, isto é, aquelas que prescindem de “processo principal”, portadoras de pedido de tutela no plano material a ser analisado em procedimento sumário e que, aliás, sequer merecem ser catalogadas entre as cautelares. Segundo SCARPINELLA BUENO (*Curso sistematizado de direito processual civil*, 2 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2010, v.4, Parte III) a depender da situação lamentada pelo demandante *podem* ser encaixadas nessa categoria os seguintes exemplos: *a*) caução (CPC, arts. 826 a 838); *b*) busca e apreensão (art. 839 a 845); *c*) exibição (arts. 844 e 845); *d*) a apreensão de título (arts. 885 a 887); *e*) entrega de bem pessoal do cônjuge e dos filhos (art. 888, II); *f*) interdição e demolição de prédio (art. 888, VII). Há tempos WATANABE (*Cognição...*, cit., p.134-142) denunciou a omissão de boa parte da doutrina que, tendo analisado essas hipóteses, preocupou-se mais em destacar a desnecessidade de processo principal, e não centrou atenções na profundidade da cognição desempenhada. Seja como for, entende WATANABE que a cognição exercida nesses casos é sumária e, portanto, o provimento definitivo resultante não é apto a formar coisa julgada material (idem, *ibidem*).

⁸² Dentre os partidários da tese por nós acolhida no corpo do texto, podemos citar a recente manifestação de SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v.4, p.174-176). Notório defensor do entendimento oposto, no sentido de haver uma “lide cautelar” do qual decorre um “direito substancial de cautela”, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Do processo cautelar*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, esp. p.67 a 76).

⁸³ Em realidade, todo ato postulatório passa pelo juízo de admissibilidade e de mérito (cf. *e.g.*, FREDIE DIDIER JR., *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.22 ss. e, mais recentemente, BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA, *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2011, esp. p.64-66). Pense-se na “impugnação ao valor da causa”: se oferecida após o prazo legal (CPC, art. 261), será reputada inadmissível e não será examinada pelo mérito. O fenômeno é ainda mais fácil de ser visualizado no campo dos recursos. Contudo, não há que confundir o mérito do ato processual, recurso ou incidente com o *meritum causae*.

⁸⁴ Cf., por todos, GALENO LACERDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 8 ed. atual., Rio de Janeiro:

prescrição ou decadência que atinjam a pretensão ou o direito *veiculado no processo principal* (CPC, art. 810⁸⁵). Exemplo típico está na ação cautelar de produção antecipada de provas: o único elemento substancial a diferenciá-la de uma simples petição requerendo a produção de uma prova no curso do processo de conhecimento é o risco de perecimento. As duas hipóteses distinguem-se apenas do ponto de vista formal, já que no primeiro caso há petição inicial (art. 801 do CPC, com evidentes semelhanças com o art. 282), empregando *formas* cunhadas para os atos postulatórios que se enquadram substancialmente como demanda. Mesmo nos casos de arresto e sequestro, as mesmas considerações são aplicáveis: se tais providências acautelatórias forem pleiteadas no bojo do processo de conhecimento, a título de antecipação de tutela (o que é possível com base na fungibilidade imposta pelo art. 273, §7º, do CPC), ninguém se atreverá a enxergar aí propositura de demandas incidentes, na acepção estrita do termo aqui propugnada⁸⁶.

Vê-se, pois, que o sistema atribuiu forma de demanda a diversos atos postulatórios que não poderiam se encaixar como tal, ao passo que as reformas processuais sistematicamente abandonaram essa técnica⁸⁷.

A análise aqui empreendida longe está de ser de importância meramente acadêmica, pois consequências relevantes defluem da classificação dos atos postulatórios entre aqueles portadores de verdadeiras demandas e aqueles que formulam pedidos que não se enquadram nessa categoria, a começar pela formação de coisa julgada, indução de litispendência e estabelecimento de parâmetros para conexão e continência.

Ademais, a identificação da natureza do ato postulatório também tem importância na fixação das verbas sucumbenciais. Isso porque o art. 20, §1º, do CPC determina que, ao julgar o recurso e o “incidente”, o órgão judicial deve ater-se a condenar o vencido ao pagamento das despesas processuais. *A contrario sensu*, o dispositivo exclui a condenação do vencido no recurso e no

Forense, 1999, v.8, t.1, p. 288-290).

⁸⁵ Cf., novamente, GALENO LACERDA (*Comentários...*, cit., p. 304-310).

⁸⁶ O fato de o ato postulatório ser autuado apartadamente e dele se seguir citação pessoal não configura motivo suficiente para convertê-lo substancialmente em demanda. Primeiro, porque a natureza jurídica do ato se define por seu conteúdo, e não por circunstâncias que lhe são externas. E ainda que assim não fosse, as circunstâncias acima destacadas não representam critério seguro para essa distinção. A impugnação ao valor da causa, as exceções de incompetência, impedimento e suspeição e o conflito de competência são autuados separadamente, e nem por isso se lhes atribui o caráter de demanda. No mais, a reconvenção afigura-se indubitavelmente demanda mesmo sem autuação própria e sem citação pessoal do reconvinido para contestar (CPC, art. 316).

⁸⁷ Além dos exemplos dados no corpo do texto, é absolutamente sintomático que tenha desaparecido a autonomia da execução de sentença proferida pelo juízo cível (CPC, art.475-N, I, III, V e VII), da liquidação e dos embargos à execução de título judicial.

incidente processual ao pagamento de honorários ao advogado do vencedor.

A definição do que é recurso não oferece nenhuma dificuldade, uma vez que, em face do “princípio da taxatividade”, suas modalidades se acham catalogadas em lei, sobretudo pelo art. 496 do CPC. Contudo, não é tão simples definir “incidente processual”. Parece-nos suficiente afirmar que se trata do palco para solução de questão instrumental, que não toca (ao menos diretamente) as relações jurídicas controvertidas no plano material, e que notadamente se encerra por decisão interlocutória⁸⁸.

O incidente processual não se confunde com a “demanda incidente”, em cujo julgamento, aí sim, deve se impor ao vencido condenação em honorários advocatícios, nos termos do *caput* do art. 20, reforçado pelo art. 34 do mesmo diploma (que traz alguns exemplos de demanda incidental).

Como se viu, em diversos casos o Código atribuiu feições *formais* de demanda incidente a determinados pedidos de providência jurisdicional que não tocam diretamente ao direito material controvertido (e que, portanto, deveriam se encaixar como incidentes).

Os tribunais têm dado a vários desses casos solução que, a nosso ver, mostra-se insatisfatória e desprovida de base legal, reconhecendo o cabimento da verba honorária apenas se houver “litigiosidade” entre as partes⁸⁹. O inverso também ocorre, ou seja, determinadas “demandas incidentes” recebem indevido tratamento de “incidente processual” para fins de fixação das verbas sucumbenciais⁹⁰. De modo geral, a questão não vem sendo examinada sob o ângulo do conteúdo do ato postulatório, mas sim considerados aspectos meramente formais e externos a ele⁹¹, com resultados claramente insuficientes do ponto de vista técnico e prático.

⁸⁸ Essa foi a definição por nós encontrada em *Preclusão processual civil* (cit., item 8.2.2), com apoio na lição de ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*Incidente processual, questão incidental, procedimento incidental*. 1989. Tese (Doutoramento), Universidade de São Paulo, São Paulo, *passim*).

⁸⁹ Esse critério norteia a análise de diversos casos, como por exemplo: *a*) a ação cautelar de produção antecipada de provas (AgRg no REsp 826.805/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 06.12.2007, *DJ* 18.12.2007, p. 269); e *b*) habilitação de crédito em falência (REsp 188759/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 23.02.1999, *DJ* 14.02.2000, p. 37).

⁹⁰ O melhor exemplo concerne à declaração incidente de falsidade documental (REsp 757.846/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 06.04.2006, *DJ* 15.05.2006, p. 211 e AgRg no REsp 1024640/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 16.12.2008, *DJe* 10.02.2009).

⁹¹ Quanto à impugnação ao cumprimento de sentença essa afirmação é particularmente visível. No STJ entende-se o descabimento da verba honorária sem qualquer consideração ao conteúdo da impugnação (“Sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplica a sanção do art. 20, mesmo quando se verifique o incidente da impugnação (art. 475-L). Sujeita-se este à mera decisão interlocutória (art. 475-M, § 3.º), situação a que não se amolda a regra sucumbencial do art. 20, cuja aplicação sempre pressupõe sentença” – REsp 1025449/RS, Rel. Min. Hamilton

O conceito de demanda revela-se, portanto, não apenas essencial para compreensão da estrutura do sistema processual, mas, sobretudo, para adequado conhecimento do seu funcionamento. Conforme acima denunciemos, esse aspecto fisiológico é pouco explorado pelos tradicionais institutos fundamentais, que tinham uma preocupação mais anatômica dos fenômenos processuais.

3.3. Cognição judicial

KAZUO WATANABE, em clássica monografia⁹², destacou que a cognição judicial constitui “importante técnica de adequação do processo à natureza do direito e à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”⁹³, consubstanciando-se em atos de “inteligência”⁹⁴, de caráter “prevalentemente lógico”⁹⁵, que recaem sobre um trinômio de questões: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito⁹⁶.

De fato, a cognição judicial constitui um dos mais relevantes elementos a compreender contemporaneamente a tricotomia “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”, que constitui a espinha dorsal do CPC de 1973, embora com severíssimas alterações decorrentes das reformas iniciadas em 1994. No primeiro, via de regra, a cognição é plena, exauriente, cujo resultado esperado é a sentença de mérito, apta a produzir coisa julgada material. No segundo, a cognição é sumária, limitada às condições da ação e pressupostos

Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, 1.^a Turma, j. 03.06.2008, *DJe* 22.06.2009). No TJSP comete-se o mesmo erro, para acolher o entendimento oposto, isto é, de que cabem os honorários, sob o fundamento de que, a despeito da alteração da denominação, a impugnação continuaria a ser demanda incidental, tal como os embargos à execução: “Honorários de Advogado. Impugnação. Incidente deduzido na fase do cumprimento de sentença. Fixação de verba. Cabimento. Irrelevante o fato de tratar-se de decisão interlocutória. Incidente substancialmente equiparado aos embargos à execução fundada em título extrajudicial. Aplicação do princípio da isonomia” (Agravo de Instrumento 7.140.262-1, 22.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Bedaque, j. 19.06.2007); e “Admissibilidade, ainda, de condenação do vencido nas verbas de sucumbência se ofertada impugnação. Recurso desprovido, com observação” (Agravo de Instrumento 498.156-4/4-00, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 12.06.2007).

⁹² *Da cognição no processo civil*, 2 ed., São Paulo, Bookseller, 2000.

⁹³ *Idem*, p.36.

⁹⁴ *Idem*, p.58.

⁹⁵ *Idem*, p.59.

⁹⁶ *Idem*, p.71 e ss.

processuais⁹⁷ (consubstanciados no título executivo) e relativamente aos atos executivos em si⁹⁸, sendo a cognição exauriente meramente eventual, dependente da provocação do demandado⁹⁹. No terceiro, a cognição é também sumária, sendo raros os casos em que resulta em provimento de mérito passível de ensejar a formação de coisa julgada substancial¹⁰⁰. Sem a correta compreensão do instituto aqui em foco, torna-se mais difícil perceber que as sucessivas reformas do direito positivo aprofundaram tendência antes já verificada no sentido de que as atividades cognitivas, executivas e acautelatórias se combinam e se completam, não subsistindo divisões estanques em processos autônomos¹⁰¹.

Seguindo essa trilha, constata-se que a cognição constitui a *atividade mais importante* do Poder Judiciário, que a exerce mesmo quando o objetivo principal da atividade processual não é a composição do litígio pela declaração contida na sentença de mérito, mas sim a plena satisfação

⁹⁷ Dois dos elementos relativos ao “trinômio” a que se refere WATANABE (*Da cognição...*, cit., p.71 e ss.).

⁹⁸ Referimo-nos a questões meramente processuais como, por exemplo, a observância da ordem de bens a serem penhorados (CPC, art. 655) ou a ocorrência de atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, arts. 600 e 601). Em outros casos, em que a atividade cognitiva recai sobre relações jurídicas materiais – v.g., a fraude à execução e a desconsideração da personalidade jurídica, para ficar com dois exemplos particularmente eloquentes – entendemos haver verdadeiras demandas incidentes, face às premissas assentadas no item 3.2, embora seja altamente discutível se a cognição é exauriente ou não. Esse tema, riquíssimo, extrapola os limites deste breve ensaio sendo suficiente suscitar-lo, como convite à reflexão.

⁹⁹ Isso se dá por meio dos embargos à execução, notoriamente reconhecidos como demanda incidental de conhecimento (nota de rodapé 71, supra). O mesmo se passa com a ação monitória.

¹⁰⁰ Acima referimo-nos aos casos de cautelares “satisfativas” e à excepcional hipótese descrita no art. 810 do CPC (reconhecimento de decadência e prescrição quanto ao objeto do processo principal).

¹⁰¹ À época da primeira onda de reforma do CPC, BARBOSA MOREIRA já alertava que a divisão “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar” não poderia representar “separação em compartimentos estanques”, dado que, ao ver do autor, “nem todos os processos se apresentam de forma quimicamente pura. Não raro, encontramos processos de conhecimento, ou predominantemente de conhecimento, com aspectos executivos e também com aspectos cautelares” (*A efetividade do processo de conhecimento. Revista de Processo*, v. 19, n. 74, abr.-jun. 1994, p.127). Após as reformas processuais, tornou-se muito mais fácil proceder a essa constatação. A generalização da antecipação de tutela (CPC, art. 273), por obra da Lei 8.952/1994, sinalizou a quebra da autonomia tanto da ação-processo de execução, quanto da ação-processo cautelar, pois permitiu que o processo de conhecimento abrigasse atividades para realização concreta de um provimento antecipatório de tutela (CPC, art. 273, §3º c.c. 475-O) e atividades tipicamente acautelatórias (por força da fungibilidade que foi depois apenas expressamente positivada no § 7.º no art. 273 do CPC, pela Lei 10.444/2002). As sucessivas reformas que atingiram a execução de título judicial também sinalizaram na exata mesma direção. Em 1994, a reforma do art. 461 do CPC “unificou” a cognição e a execução de obrigações de fazer e não fazer num único processo, novidade que a Lei 10.444/2002 cuidou de estender aos casos de execução de obrigações de dar coisa certa, ao introduzir no Código o art. 461-A. Completando esse ciclo, iniciado mais de dez anos antes, a Lei 11.232/2005 suprimiu a divisão entre processo de conhecimento e de execução para as obrigações de pagar quantia. Em todos esses casos, passou a existir o que se convencionou chamar de “processo sincrético”, que congrega atividades cognitivas e executivas, subsistindo a dicotomia de processos apenas em casos isolados e excepcionais (continua a existir a *execução de título judicial autônoma* contra a Fazenda Pública e tendo por objeto sentença estrangeira, sentença arbitral e sentença penal condenatória (da qual constem valores de dano líquidos), bem como acordo extrajudicial homologado judicialmente, nas quais não se cogita de prévia fase de conhecimento perante o juízo que processará os atos executivos – CPC, arts.730 e 475-N, II, IV, V, VI, respectivamente).

concreta de direito anteriormente reconhecido pelo título judicial (execução) ou a realização de atividade prática para garantir a utilidade prática futura de outro processo (cautelar).

Além de moldar a tutela prestada nos três tipos de “processo” tipificados nos três primeiros livros do CPC em vigor, a cognição judicial, segundo WATANABE, serve “para a concepção de diferentes tipos de procedimento, com vistas à instrumentalidade do processo”¹⁰². De fato, alguns procedimentos são conotados pela limitação horizontal da cognição¹⁰³ (que é parcial e exauriente¹⁰⁴); outros pela limitação meramente probatória (cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*¹⁰⁵).

A técnica da cognição sumária também explica outros diversos fenômenos da maior relevância. Com grande frequência, o sistema exige do juiz o exercício de cognição sumária em caráter provisório (isto é, carecedora de ulterior confirmação por meio de decisão fundada em cognição exauriente), em particular no campo da tutela cautelar (CPC, arts. 806, 807 e 810) e da tutela antecipada fundada na urgência (CPC, art. 273, I). Mas não se pode negar que a cognição sumária seja definitiva em algumas situações, como na ação de execução fundada em título executivo extrajudicial (cabível apenas quando o demandante estiver munido de um dos documentos listados no art. 585 do CPC, acerca do qual o juiz realiza exame formal, de caráter superficial) e na ação monitória (que nos art. 1.102-C do CPC socorre ao titular de “prova escrita sem eficácia de título executivo”, a qual também será examinada sumariamente). Se não houver oposição do demandado, chega-se a um resultado definitivo sem exercício de cognição exauriente.

Logo se vê que a cognição judicial constitui ferramenta básica para a instrumentalidade do

¹⁰² *Da cognição...*, cit., p.36.

¹⁰³ *Idem*, p.116.

¹⁰⁴ A maioria dos exemplos acha-se no campo dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, como a “ação consignatória” (CPC, art. 896 e Lei 8.245/1991, art. 67, V), a “ação renovatória da locação” (Lei 8.245/1991, art. 72), a “ação de busca e apreensão” de bem objeto de alienação fiduciária (art. 3.º, § 2.º, do Decreto-lei 911/1969) e a “ação de desapropriação” (art. 20 do Decreto-lei 3.365/1941). Mas não se pode negar a aplicação da mesma técnica à execução fundada em título judicial, contra particular (CPC, art. 475-L, VI) e contra a Fazenda Pública (CPC, art. 741, VI) em que a limitação horizontal à cognição é fundada em critério temporal (a matéria verdadeiramente de mérito, consubstanciada em “qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição” só pode ser conhecida se superveniente à formação do título executivo).

¹⁰⁵ O exemplo típico está no mandado de segurança, fundado exclusivamente em fatos líquidos e certos, objeto de prova documental pré-constituída. Contudo, a utilidade da técnica não se esgota aí, pois ela é também aplicada pelos tribunais relativamente à exceção de pré-executividade, a qual só é admissível com base em prova documental, que enseja análise “de plano” (nota de rodapé 79, supra), já que o campo da execução forçada é por definição infenso ao exercício de atividade cognitiva plena e exauriente.

processo e sua correta compreensão revela-se imprescindível para explicar adequadamente um sem número de fenômenos cada vez mais relevantes para o ordenamento processual.

Por tais razões, a inclusão da cognição judicial no rol de institutos fundamentais também decorre de uma preocupação com o aspecto *fisiológico* do fenômeno processual. Ademais, se uma das finalidades da empreitada teórica orientada à fixação dos institutos fundamentais do direito processual é primordialmente *didática*, não há como negar à cognição judicial lugar cativo nessa categoria.

4. Conclusão final

O presente ensaio não teve outro objetivo senão demonstrar que os “clássicos” institutos fundamentais do direito processual – jurisdição, processo, ação e defesa – continuam, quando muito, a representar baliza segura para adequada compreensão da *estrutura* do processo civil brasileiro, mas atualmente deixam a desejar para auxiliar o estudioso e o operador a identificar e compreender satisfatoriamente: (i) o *método* da ciência processual civil moderna, que foi severamente impactado pela evolução do nosso ordenamento jurídico (sobretudo em sede constitucional) e do pensamento teórico a seu respeito; e (ii) a *fisiologia* do direito processual civil atual, isto é, não permitem satisfatória visão do funcionamento do fenômeno processual.

A comatar essa lacuna, propusemos a inclusão de três novos institutos fundamentais os quais, ademais, ostentam inequívoca relevância *didática*, permitindo ao estudioso e ao operador melhor compreensão do sistema processual civil atual, sobretudo após as profundas alterações operadas pelas sucessivas reformas do CPC.

Assim, não se nega que os institutos fundamentais “clássicos” tenham perdido, pura e simplesmente, sua importância. Dois deles – jurisdição e processo – embora passem por “crise”, ainda se situam no núcleo teórico desse ramo do conhecimento científico, e sem eles não é possível satisfatória compreensão teórica da estrutura do direito processual civil.

Os dois demais – ação e defesa – subsistem, mas fundidos e disfarçados nos conceitos de tutela jurisdicional e demanda, os quais os substituíram com grandes vantagens, conforme acima destacado. Ambos continuam a desempenhar o papel de explicar a estrutura do processo civil,

sendo que o primeiro deles (tutela jurisdicional) é imprescindível para compreensão do *método* atual da ciência processual e, em menor medida, para visualização de aspectos da fisiologia do fenômeno processual. O conceito de demanda a nosso ver tem valor mais pronunciado para atendimento dessa última finalidade.

Por fim, o conceito de cognição judicial exerce um papel fundamentalmente *didático*, pois viabiliza a correta compreensão das diversas alterações *estruturais* do nosso sistema processual atual, ademais de assumir destacado valor para compreensão do *método* da ciência processual e da *fisiologia* do processo.

Para que alcançássemos os resultados programados, fomos compelidos a examinar, de maneira propositalmente sucinta, questões destacadamente intrincadas e ainda longe de solução definitiva pela doutrina, sem qualquer pretensão de esgotá-las. O exame serviu apenas como apoio para afirmação da crise dos velhos institutos fundamentais e da entrada em cena de novos conceitos merecedores de lugar nessa categoria.