

CAPÍTULO I

ASPECTOS CONCEITUAIS DA AÇÃO

167. Ação: diferentes perspectivas conceituais. Já foi dito que o exercício do direito de ação desencadeia a atividade jurisdicional (estatal ou arbitral) e a produção de efeitos jurídicos dirigidos ao plano substancial (provimento de mérito). Por isso, a ação está ligada ao direito material de forma relevante e suas diferentes concepções variam conforme se conceba a relação entre ambos.

Na ótica sincrética, ela é um elemento do próprio direito material, de tal sorte que a todo direito corresponde uma ação, que «o assegura», conforme dicção do art. 75 do Código Civil precedente. Daí a ideia de que *ação* é o direito material violado e «armado para a guerra». Assim, o direito de posse vem acompanhado da «ação possessória»; o de propriedade da «ação reivindicatória», e assim por diante.

Já na perspectiva de autonomia do direito processual, *ação* é posição jurídica distinta daquela afirmada pelo autor, quando narra a situação substancial carente de tutela. Mas, mesmo sob essa ótica, ela está ligada ao plano substancial; quer porque ali são colhidos os fundamentos em que se baseia o autor, quer porque para lá se dirigem os efeitos do ato estatal (que atua a norma em concreto e elimina a controvérsia). Daí porque, em certo momento histórico, sustentou determinada corrente doutrinária que o direito de ação é o direito a um provimento de mérito favorável (concretistas); que, portanto, só estará presente se a pretensão deduzida encontrar respaldo na vontade do direito material. Por outras palavras, só existiria o direito de ação quando o demandante tivesse razão no pleito.

Mesmo quando se idealizou a ação como um instituto essencialmente abstrato e desvinculado da vontade do direito material (perspectiva abstrata pura), esse

último plano não deixou de ser considerado, ainda que indireta ou reflexamente; quando menos para deixar clara a separação dos conceitos. Já na perspectiva dita eclética – em que a ação é entendida como invocação de um provimento de mérito, favorável ou desfavorável ao autor –, a ligação entre o instituto e o direito material é ainda mais clara: as assim denominadas «condições da ação» (infra n. 201) são requisitos aferíveis a partir da relação de direito material e representam um elo fundamental entre processo e plano substancial.

Mas qualquer que seja a explicação que se dê para a relação entre ação e direito material, o que fica do debate é que aquela tem nítida função *instrumental* em relação ao outro.

Quem exerce o direito de ação e propõe uma demanda, relata fatos e fundamentos (ordinariamente) colhidos no plano substancial e, mais do que isso, pede a produção de efeitos que se dirijam àquele mesmo plano: quer para afastar uma incerteza (provimentos meramente declaratórios); quer para impor a alguém um dever de prestar – dar, fazer ou não fazer – e, assim, abrir caminhos para que a prestação seja obtida, se necessário, mediante a prática de atos coercitivos (provimentos ditos condenatórios, completados pela execução ou cumprimento); quer para operar modificações em estados jurídicos (provimentos constitutivos). Isso explica porque usualmente a tipologia da ação é dada em função do resultado almejado: seja com ênfase para o efeito estatal (ou arbitral) pretendido, seja com ênfase para o efeito substancial a ser proporcionado pela decisão do terceiro imparcial. Ainda que se conclua que o autor não tem razão e que seu pedido não pode ser acolhido, ainda assim o caráter instrumental permanece, mesmo quando visto sob a ótica de simples asserção.

«Isso também explica a busca pragmática de nomes e de rótulos quando se propõe uma demanda, não raramente associados ao direito material, em espécie de resquício da fase sincrética. Embora a prática seja tecnicamente incorreta, ela mostra a relevância da relação entre ação e direito material, que não pode e não deve ser negada, mas apenas ajustada à correta perspectiva metodológica, em que o direito processual tem objeto autônomo e não se confunde com o plano substancial.»

Portanto, a concepção que se tem da ação varia conforme o grau de abstração que se tenha em relação ao direito material afirmado pelo autor quando concretamente ajuíza uma demanda. Daí a utilidade metodológica de entender a ação, de um lado, como prerrogativa ligada à inafastabilidade do controle jurisdicional, por força do art. 5.º, XXXV, da CF (supra n. 38). Sob essa ótica, em que a abstração é marcante, a ação é o direito incondicionado de ingressar em juízo e de invocar um provimento jurisdicional de qualquer natureza, sem indagações – ainda que feitas em juízo de deliberação – acerca do direito material. Há quem equipare o direito de ação, sob essa perspectiva, ao *direito de petição*;

ou, ainda, quem fale no *direito à administração da Justiça* ou, também, quem empregue a locução *direito de demandar*.

«Nessa perspectiva, por mais inepta que seja a petição inicial ou por mais evidente que seja a falta de legitimidade do autor (porque não é o titular da relação de direito material), quem foi a juízo terá exercido o direito de ação. Percebe-se, portanto, que se trata de uma visão distanciada do direito material, ainda que o instituto não perca o caráter instrumental.»

De outro lado, quando se aproxima o direito de ação do direito material, a visão constitucional - mais abstrata e, em certo sentido, etérea - dá lugar a uma perspectiva mais concreta, que poderia ser referida, para efeitos didáticos, como uma ação «processual». Daí, então, as diferentes explicações: quem identificar ação e direito material dirá que aquela é apenas uma faceta desse outro; quem, indo um pouco além, afirmar que o direito de ação é autônomo, mas que só existe se o autor tiver razão (isto é, se existir o direito material afirmado), dirá que a ação tem natureza concreta; quem, indo mais além, afirmar que o direito de ação é uma prerrogativa completamente desvinculada do direito material afirmado pelo autor, dirá que ela tem natureza abstrata; até que se chegue à perspectiva eclética, que reconhece ser a ação autônoma, mas com relativo grau de abstração: justamente por seu caráter instrumental, o exercício do direito de ação deve considerar elementos da relação material, que permitirão avaliar se o processo pode ou não conduzir à solução da controvérsia - no que reside o desfecho normal do processo.

168. Sujeito passivo do poder ou direito de ação. Entendida como poder ou direito de invocar a tutela jurisdicional, a ação tem como sujeito passivo o Estado, e não o adversário. Daí a preocupação com o rigor terminológico: seria incorreto dizer que a ação é *contra o réu* porque - quer na ótica de poder (a gerar sujeição), quer na perspectiva de direito subjetivo (e no conflito de interesses que aí se contém) - a ação seria exercida contra o Estado e apenas *em face* (ou no confronto) do adversário.

O emprego dessa terminologia se tornou corrente na linguagem forense a ponto de se desvirtuar: a palavra *contra* foi substituída pela expressão «em face» em situações que não exatamente a do exercício do direito de ação. Passou a se falar também em «recurso em face da sentença». A lição, originalmente com grande utilidade metodológica, ganhou uma espécie de interpretação extensiva e sua distorção se institucionalizou.

Como já afirmado, diz-se que a ação é «em face» do réu na premissa de que ela é contra o Estado (a partir do que eventualmente se diz que a ação seria «direito subjetivo público»). Trata-se de assertiva que se harmoniza com o caráter abstrato da ação (tanto que não se compadece com a perspectiva dita

INTERESSANTE EXAMINAR ESSE FENÔMENO NA
AR.B. TUGEM

concretista). Não se quer tirar o peso do encargo que a litispendência representa para o demandado porque, no plano material, é evidente que a controvérsia significa contraposição entre partes. Sob essa ótica, uma parte está contra a outra porque, se estivessem em situação de consenso, não estariam a litigar em juízo (exceto nos casos de processo necessário, em que a litispendência continua, de qualquer modo, a ser um peso). Isso fica claro mesmo no processo penal, em que se discute a existência de *lide*. Se de uma simples investigação normalmente se diz pesar «contra» alguém, o que dizer de um processo?

Assim, a parte que recorre não se insurge «em face» da sentença ou da decisão. O recurso – ainda que preferencialmente de forma fundamentada e elegante – ataca o ato recorrido. Portanto, um recurso, sem meias ou erradas palavras, não é «em face» de nada, mas é *contra* o ato recorrido. Quando muito, para seguir a lógica que inspirou a expressão «ação em face de», o recurso seria «em face do adversário» (recorrido) porque, como no caso da ação, o recurso seria dirigido contra o Estado (agora em instância diversa).

169. Ação, processo e tutela jurisdicional. Conforme exposto anteriormente, o conceito de *tutela jurisdicional* abrange não apenas o *resultado* favorável a uma das partes, mas também os *meios* predispostos para o exercício da jurisdição (supra n. 38). Assim, a tutela não está apenas no resultado do processo, mas nele próprio, isto é, no desenrolar da relação processual. Por isso é que se diz haver tutela jurisdicional em favor de todos os sujeitos do processo, independentemente do resultado (e, portanto, mesmo para quem restar derrotado).

A consideração dos *meios* supera a visão da inafastabilidade como mero e formal exercício da jurisdição; e permite chegar ao que se qualifica como *processo justo*. Se a tutela jurisdicional se limitasse ao resultado, seria preciso vincular a ideia de processo justo ao de resultado justo; o que se afigura simplesmente inviável porque a determinação dessa justiça escaparia ao processualista, a começar da circunstância de que o resultado envolve a aplicação do direito material. O caráter «justo» (e équo) do processo está nele próprio – pela somatória de regras e princípios que compõem o devido processo legal – e o resultado aparece como consequência disso; só assim é que se pode qualificar como «justo» o resultado do processo.

Dessa maneira, o princípio inscrito no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal – não obstante a ligação que possa ser feita entre ele e o conceito de ação «incondicionada» (supra n. 37) – pode e deve ser lido como garantidor da tutela jurisdicional. Por isso estão ligados os conceitos de *tutela jurisdicional* – abrangente do resultado e dos meios processuais – e direito ao processo; que só pode ser entendido como o devido processo legal, isto é, composto pela somatória de princípios que embasam o sistema processual (supra n. 44). Em

Talvez ^{plenamente aplicável} a ^{At- mto} a Arbitragem, ^{intensamente.}

suma: o princípio da inafastabilidade só pode ser substancialmente entendido como princípio pelo qual o controle jurisdicional ocorre mediante o devido processo legal. E no devido processo legal, conforme exposto, há autêntica tutela jurisdicional.

Nem se pode dizer que esse modo de ver o fenômeno poderia se prestar a legitimar resultados injustos sob o argumento de que, para se chegar a determinada decisão de mérito, teriam sido formalmente observados os princípios do devido processo legal.

Mesmo que tais postulados tenham sido estritamente observados em um dado caso concreto, será possível dizer que a decisão a que aí se chegou seja injusta. Mas até mesmo em termos lógicos é preciso delimitar as razões dessa aventada injustiça para que se possa cogitar dos meios de sua eventual correção. Se não há imperfeição nos meios que levaram ao resultado, então, só se pode entender que a injustiça decorreria de um erro de julgamento. Para isso o sistema prevê recursos e, em casos que reputou de maior gravidade, prevê a assim denominada ação rescisória (CPC, art. 966). Mesmo assim, ela é medida excepcional e que não se presta a reexame da prova ou de rejuízo da causa, como se recurso fosse. Justamente porque *justiça* não é o único escopo da jurisdição, é preciso considerar que o Estado também busca a pacificação que decorre da superação da controvérsia; do que depende a estabilidade do que foi decidido.

«Não raramente, o que se extrai da crítica social a esta ou aquela decisão judicial de maior repercussão é, na verdade, inconformismo com a regra (geral e abstrata) que precede o julgamento e que, em concreto, é por ele atuada. Mas crítica dessa ordem deve ser dirigida ao Legislador e não propriamente ao Poder Judiciário. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa e não deva interpretar as normas em consonância com seus fins sociais. Contudo, cumpre ao Judiciário, num sistema democrático, respeitar as escolhas do Legislador, salvo se de inconstitucionalidade se estiver a falar.»

Disso se conclui que o sistema, embora evidentemente não as prestigie, considera a possibilidade de decisões injustas por eventual erro de julgamento. Por isso, não se pode simplesmente, direta e incondicionalmente ligar a ideia de processo justo, de um lado, à justiça da decisão, de outro. Daí porque se entende, também, que o resultado justo é aquele que decorre do correto emprego dos meios e dos princípios que os regem; o que, de volta ao início, é coerente com o elastério que se dá ao conceito de *tutela jurisdicional*.

CAPÍTULO II

CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

170. Classificação das ações ou (mais corretamente) das tutelas. Embora tudo isso seja certo, é com base no *resultado* pretendido pelo demandante que são feitas tanto a classificação das «ações» como a dos processos. Daí se falar, apenas ilustrativamente, em ação meramente declaratória, ou em ação constitutiva e assim por diante (infra ns. 172 e 180) – com os correspondentes processos de iguais naturezas.

Portanto, o critério usualmente empregado para a classificação das ações e dos processos é o do provimento jurisdicional almejado (ato estatal) e dos efeitos substanciais dele decorrentes – o que, em parte, é designado por «bem da vida». Por outras palavras, a classificação das ações e dos correspondentes processos se dá com base no pedido *imediato* (ato estatal) e no pedido *mediato* (bem da vida ou efeitos substanciais aos quais se chega mediante o ato estatal). Mas, considerando que o pedido delimita a resposta do órgão jurisdicional, então se retorna ao mesmo ponto: a classificação das ações e dos processos considera o resultado pretendido pelo demandante.

Sendo assim, afigura-se correto centrar atenção na mais abrangente e relevante classificação, que é a das *tutelas*, agora entendidas (de forma deliberadamente restrita) apenas com o sentido de *resultado* do processo, tal como pretendido pelo autor na demanda inicial.

«Mesmo assim, como será visto adiante, é praticamente impossível desvincular o resultado, de um lado, das atividades empreendidas para sua consecução, de outro. Quando menos sob o ponto de vista didático, não há como explicar o resultado sem mostrar os caminhos percorridos e os meios

Idem na arbitragem

empregados para tanto. Isso parece explicar o porquê de a doutrina classificar as ações e os correspondentes processos com base num mesmo critério.»

Para tanto, descarta-se considerar dados do direito material ou, sob outra ótica, dados relativos ao pedido mediato ou ao bem da vida. Não que tais elementos sejam indiferentes à praxe forense – ainda influenciada por herança sincrética, que concebe a ação como uma faceta do direito material – ou até mesmo à lei. É o que ocorre quando se fala em «ação real» ou «ação pessoal»; «ação possessória» e «ação reivindicatória»; ou, ainda, «ação indenizatória», e assim por diante. É também o que em alguma medida ocorre quando parte da doutrina procura classificar as tutelas a partir de seus efeitos substanciais.

Embora a consideração do direito material seja relevante (justamente pelo caráter instrumental do direito de ação e da tutela a que almeja), o que se busca, ao menos em princípio, é uma classificação com base em critério estritamente processual, isto é, que considere o pedido imediato, ou o provimento jurisdicional pretendido; a partir dos quais se há de chegar aos efeitos substanciais desejados pelo direito material, ou ao «bem da vida» ou ao pedido mediato.

Proposta dessa ordem não desconsidera a importância do direito material e nem poderia: a tutela jurisdicional – aqui estudada (limitada e deliberadamente) como *resultado* – só pode ser entendida como tal quando seja adequada à situação de direito material apresentada pelo autor e apta a solucionar a controvérsia. Sob esse prisma, *tutela* é conceito que somente se completa à luz do direito material – daí inclusive se falar em «tutela jurisdicional de direitos» ou «de pessoas».

Da aproximação entre processo e direito material surgem classificações como as que consideram a existência de uma tutela *preventiva* ou *inibitória*, por oposição à tutela *sancionatória* ou *reparatória*; ou em tutela *coletiva*, por oposição à *individual*; ou tutela *específica*, em oposição a uma tutela *genérica* (ou *reparatória*); ou ainda tutela *antecipada* ou *antecipatória*. Esses tipos de tutela podem e devem ser examinados a partir de tipos definidos exclusivamente por critério processual, tal como segue. E, sobre eles, ainda vale observar que não são necessariamente excludentes entre si; pelo contrário, eles convivem ou até se combinam. Sua percepção ajuda a visualizar com maior clareza o fenômeno processual.

Então, sob a ótica processual, as ações ou os processos eram tradicionalmente classificados em três espécies. Essa tipologia, na esteira das considerações precedentes, pode ser aqui aproveitada para a classificação das tutelas: de *conhecimento* (ou *cognitiva*), *executiva* e *cautelar*. Dentro da primeira, ainda sob a ótica clássica, estão as *tutelas meramente declaratória, constitutiva e condenatória*. Ao lado dessas, ganhou força o reconhecimento de duas formas ou tipos de tutela: a *mandamental* e a *executiva em sentido lato*.

Apesar das críticas que sofreu e não obstante as alterações experimentadas pelo direito positivo brasileiro, a classificação tradicional, embora com ressalvas, continua a ter utilidade metodológica e merece ser tomada como referência básica na matéria. Para tanto, é preciso fazer uma advertência essencial: embora os conceitos estejam todos interligados, no momento oportuno será preciso considerar a distinção entre a *atividade* desenvolvida; o *modo* e os *meios* para realizá-la e o *resultado* a ser obtido. Boa parte das imprecisões reinantes nessa matéria aparentemente é produto dessa falta de distinção.

Para ilustrar o que foi dito, considere-se que a tríplice divisão em *conhecimento*, *execução* e *cautelar* efetivamente apresenta incongruência quando se pensa exclusivamente em *tutela* como *resultado*. Sob esse prisma, por exemplo, o «conhecimento» é próprio da *atividade* desenvolvida, não se podendo falar rigorosamente em provimento (= resultado) cognitivo, mas em provimento declaratório (em sentido lato). Portanto, a forma de atuação pode ser corretamente qualificada como *cognitiva*, mas não assim o provimento (ou resultado); não ao menos em um sentido mais próprio e rigoroso. Isso também fica claro quando se pensa na execução: na *atividade* realizada pelo Estado com esse propósito, não deixa de haver alguma forma de cognição (por exemplo, quando o juiz avalia a presença das condições da ação executiva e dos pressupostos processuais); embora ela não seja voltada para a declaração do direito, mas para sua atuação prática (aqui sim o *resultado* desejado).

Também não se pode confundir o conceito de *processo*, de um lado, e a natureza da atividade estatal realizada, de outro. A atividade cognitiva e a executiva (que a lei processual passou a chamar de cumprimento) podem até estar contidas num único processo, dividido em fases; mas a essência de cada uma das atividades, pela natureza das coisas, continuará a ser distinta. Por outras palavras: pode não haver um processo cognitivo e um processo executivo, mas existem atividades cognitiva e executiva, que são ontologicamente distintas. A execução fundada em título extrajudicial, por exemplo, é objeto de um processo em que não se almeja declaração do direito e no qual a cognição é apenas incidental.

Ainda na tipologia tradicional, há impropriedade quando se classifica pelo resultado uma das formas de tutela em condenatória, quando ela nada propicia de efetivo ao demandante, na premissa de que o devedor permaneça recalcitrante. Daí porque se fala, em doutrina, num misto de tutela condenatória e executiva, uma vez que a efetiva entrega do bem ao credor - com a verdadeira dissipação da crise de adimplemento - somente se opera através dos atos de execução e pelo *resultado* por ele proporcionado.

171. Tutela cognitiva ou declaratória (em sentido lato). Considerada apenas a etimologia da palavra, jurisdição significa *dizer o direito*. Aí está a

primeira forma de tutela proporcionada pelo Estado, mediante o exercício da jurisdição: a atuação da vontade do direito objetivo, mediante substituição das partes, ocorre mediante *declaração* do direito no caso concreto, entre partes determinadas.

Para que chegue à declaração do direito (resultado pretendido), o Estado empreende atividade cognitiva e a consideração dessa última – ainda que de forma imprópria, conforme acima referido – é que levou ao uso da designação da tutela como «de conhecimento» (como antes fora para a classificação das ações e dos processos). Mas, se considerado o resultado almejado, mais correto seria falar em atividade cognitiva que leva à declaração; e, portanto, à tutela declaratória.

Isso ajuda a explicar, em alguma medida, os desdobramentos da tutela declaratória, conforme segue.

A tutela declaratória é usualmente pensada na relação de oposição que tem com a tutela executiva (infra n. 172). Isso é correto porque as formas de atuação do Estado são diferentes: no primeiro caso, há a afirmação do direito no caso concreto; no segundo, dá-se a atuação prática do quanto se reconheceu precedentemente, mediante atos materiais, se a mera declaração (em sentido lato) não bastar à efetiva superação da controvérsia. Mas isso não quer dizer que mérito seja dado exclusivo da tutela declaratória.

Entendendo-se como mérito o objeto do processo, composto pelo pedido e pela correspondente causa de pedir, ele está presente tanto na tutela declaratória quanto na executiva. Cada qual dos respectivos processos tem o respectivo objeto e, portanto, seu mérito. Esse conceito não se confunde com o de *questões de mérito*, que são os pontos de fato ou de direito controvertidos, em torno da relação material debatida, tal como posta no pedido e na causa de pedir.

Sobre isso, chegou a viger a ideia de que o mérito da execução somente seria apreciável em processo de natureza cognitiva (embargos). Mas isso não é exato, quer porque o objeto do processo executivo é lá enfrentado (para que o credor seja, ou não, satisfeito); quer porque eventuais questões do mérito da execução podem ser incidentalmente enfrentadas no respectivo processo (o que reforça a ideia de que cognição e declaração não são expressões sinônimas).

172. Tutela meramente declaratória. A tutela meramente declaratória presta-se a sanar o que a doutrina convencionou chamar de *crises de certeza*. Seu escopo é o de eliminar dúvida objetiva acerca da existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica – daí o emprego do termo «acertamento», que com alguma impropriedade é tomado do direito italiano.

«Para ilustrar, a tutela declaratória está presente nos casos de (i) investigação ou negação de paternidade; (ii) usucapião, que inclusive pode ser

Idem na Arbitragem

alegado como defesa; (iii) controle concentrado e abstrato de constitucionalidade; e (iv) término de contrato de que conste cláusula resolutória expressa.»

A tutela meramente declaratória se apresenta como desdobramento mais evidente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim, embora esteja prevista no art. 19 do CPC, ela descende diretamente do referido princípio, de tal sorte que, não houvesse o dispositivo legal, nem por isso deixaria de ser invocável essa modalidade de provimento. Não fosse por qualquer outra forma, o controle jurisdicional dar-se-ia, quando menos, pela declaração do direito no caso concreto. Daí se dizer que ela é marcada por acentuada atipicidade.

Na tutela meramente declaratória *positiva* afirma-se a existência de uma relação jurídica (e, portanto, de um direito); na *negativa* a afirmação é precisamente da inexistência da relação jurídica e, portanto, da inexistência de um direito. Essa segunda modalidade – presente nas sentenças de improcedência, de um modo geral – sugere reflexão sobre qual seria, então, o direito tutelado: se o próprio direito subjetivo objeto da controvérsia (direito de propriedade, de crédito, de personalidade ou outro qualquer); ou se um autêntico direito à certeza.

Na doutrina clássica, a declaração de vontade da lei é – ela própria – um bem, porque a certeza estabelece posições de vantagem como a segurança do gozo e disponibilidade de bens, além de confiança, exatidão e tranquilidade nas relações humanas. Dessa maneira, na declaração positiva, afirmando-se a existência de uma vontade do direito que assegura um bem ao demandante, adiciona-se segurança à expectativa do respectivo titular, passível de disposição no comércio jurídico. Já na declaração negativa, o que se proporciona ao vencedor é um bem consistente na certeza de não estar sujeito à pretensão ou ao poder do adversário.

Em tempos mais recentes, falou a doutrina na imposição, à generalidade dos cidadãos, de um dever de não colocar em discussão o patrimônio alheio, entendendo-se este último como o complexo de posições jurídicas imputadas a uma pessoa. Daí se falar em um *direito à integridade da esfera jurídica* como objeto da tutela meramente declaratória.

173. Mera declaração e interesse de agir. É certo que a invocação dessa forma de tutela depende – como, de resto, ocorre com a invocação de qualquer outra forma de tutela – da presença do legítimo interesse de agir (infra n. 215). A questão, então, é saber em que medida o provimento estatal de semelhante eficácia – nada além da mera declaração – trará *utilidade* ao demandante. A opção legislativa, que superou discussão acadêmica a respeito, foi pelo reconhecimento do interesse «ainda que tenha ocorrido a violação do direito» (CPC, art. 20). Isso significa dizer que o autor é livre para pedir a mera declaração, ainda que

* Idem na arbitragem

pudesse desde logo postular a imposição do dever de prestar (condenação) ou eventual modificação de estado jurídico (constituição).

Em alguma medida, a discussão sobre o interesse de agir que partia do confronto entre tutela meramente declaratória e condenatória perdeu sentido vez que o CPC/1973, a partir da reforma promovida pela Lei 11.232/2005, passou a incluir dentre os títulos executivos judiciais a «sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia» (todos deveres de prestar) (CPC/1973, art. 475-N, I). O Código vigente contém disposição semelhante e também inclui no rol de títulos executivos «as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa» (art. 515, I).

Antes da mencionada disposição do CPC/1973, na hipótese em que se reclamava simplesmente a declaração da existência de um direito de crédito, e excetuando o adimplemento que pudesse decorrer da certeza imposta pela sentença, a atividade jurisdicional não era apta a proporcionar a plena realização desse direito. Nesse caso, deveria ter lugar nova atuação estatal para formação do título executivo e outra ainda para atuação da sanção nele contida (execução).

Mas, analogamente ao que ocorria em relação à a norma contida no art. 475-N do CPC/1973, a regra do art. 515, I, do diploma vigente precisa ser examinada à luz do direito material e do objeto do processo, em cada caso. Se para a superação da crise trazida ao Judiciário basta a declaração de existência ou de inexistência de uma dada relação jurídica, então não é caso de se acrescentar à sentença a eficácia própria das sentenças condenatórias (=de prestação), quer porque o autor não precisa desta eficácia, quer porque ela não corresponde ao pedido formulado em juízo. Para ilustrar, a procedência de demanda declaratória da validade de um contrato não autoriza que o autor, só com base nisso, inicie execução fundada em título judicial. É que o reconhecimento da validade não significa, necessariamente, que houve declaração sobre o descumprimento a ensejar a imposição de dever de prestar. Portanto, diante da regra do art. 19 do CPC, o emprego da sentença meramente declaratória como título executivo exige, além da observância à regra de adstrição ao pedido, a identificação dos elementos da obrigação inadimplida, isto é, sujeitos, prestação (certeza), liquidez e exigibilidade – sendo que essa última é expressamente mencionada pelo dispositivo vigente.

174. Suficiência da tutela meramente declaratória. Não bastasse a disposição contida no art. 515, I, do CPC, a tutela meramente declaratória também pode conduzir diretamente às situações desejadas, tornando inoperante a vontade do demandado, simplesmente.

pensar nas sentenças meramente declaratórias de (i) invalidade de negócio jurídico em que, reconhecido judicialmente o vício, torna-se irrelevante qualquer pretensão extração de efeitos jurídicos do ato, pelas partes; (ii) inexistência de relação jurídica cambiária (ou de ineficácia de títulos de crédito), cujos efeitos, segundo correntemente se admite, autorizam a sustação do protesto, sem que para tanto exista qualquer provimento que imponha dever de prestar (a exigir posterior execução ou cumprimento); ou (iii) inexistência de relação jurídica de caráter tributário, cuja eficácia, na prática, impede atos de exigência pelo Fisco, igualmente sem a necessidade de qualquer condenação.

Assim, quando se estabelece certeza sobre a inexistência de uma relação jurídica (tutela negativa), o grau de efetividade aumenta e dispensa nova atuação jurisdicional; exceto, eventual e exclusivamente, para rechaçar a pretensão daquele que, de forma renitente, insista em invocar a eficácia jurídica já negada pelo provimento estatal anterior. Mas, mesmo nessa hipótese eventual, a atuação estatal limitar-se-á a repetir o comando negativo já exarado, repelindo a então reconhecidamente infundada pretensão, em provimento cuja eficácia terá idêntico conteúdo declaratório negativo.

175. Declaração de mero fato. O objeto da declaração é limitado a relações jurídicas, excluída a declaração de mero fato, exceto no caso de alegação de falsidade ou autenticidade de documento (CPC, art. 19, II).

«Para ilustrar, não é adequado pedir a declaração da culpa pela ocorrência de dado ato ilícito. Culpa é apenas um fato. A relação jurídica consiste na obrigação de alguém indenizar. O mesmo pode ser dito da improbidade administrativa, que também é um fato. O pedido há de ser sobre as consequências jurídicas daí decorrentes, que podem levar a provimentos condenatórios e constitutivos (ressarcimento, pagamento de multa, perda de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, por exemplo).»

A opção é correta: o ceticismo em torno da ação meramente declaratória de fatos decorre, dentre outros, da desproporção entre os *meios* que devem ser empregados para que se chegue ao pretendido *resultado*, de um lado, e sua utilidade (para as pessoas e para o Estado), de outro. Para que se declare a existência de determinado fato é preciso não só produzir a prova, mas igualmente valorá-la; o que torna a atuação estatal não apenas objetivamente complexa como longa.

Então, o reconhecimento de um fato - e não exatamente da relação jurídica dele emergente - é resultado muito aquém do esforço exigido no emprego desses meios; tanto mais se considerada sua inaptidão para impedir novas discussões, que podem surgir diante da apresentação de outros fatos não discutidos anteriormente. Aliás, embora em tese fosse possível cogitar da coisa julgada material em tal hipótese, seria conceitualmente difícil - se não impossível - falar em

Isso vale w/ a arbitragem? Como, sem invocar o CPC?

eficácia preclusiva, como faz o art. 508 do CPC. Portanto, a incapacidade de superação de controvérsias da declaração de mero fato (e, portanto, a falta de aptidão para pacificar e, assim, realizar o escopo social do processo) justifica a opção legal.

A circunstância de o CPC autorizar a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial «decidida expressa e incidentalmente no processo» (art. 503, § 1.º) não altera esse panorama: o que existe aí é típica tutela declaratória, apenas que prestada de forma incidental e sem a necessidade de pedido expresso – que no ordenamento anterior era ônus do interessado mediante a demanda declaratória incidental, não mais prevista (infra n. 178). A questão prejudicial – que é antecedente lógico do julgamento do pedido propriamente dito e que poderá ser objeto de declaração coberta pela autoridade da coisa julgada – não pode se limitar à certeza sobre mero fato.

Ainda, coisa diversa da declaração de mero fato é o direito autônomo à produção de prova, isto é, desvinculado de processo cujo objeto é a declaração do direito no caso concreto; o que é referido por alguns como direito a medidas probatórias autônomas. A possibilidade de invocar apenas a produção da prova – de forma inclusive desvinculada do perigo de que ela se perca ou se deteriore – encontra justificativa na aptidão de tal instrumento proporcionar o mais adequado conhecimento dos fatos atual ou potencialmente controvertidos, para facilitar e estimular soluções de autocomposição; e passou a ser expressamente prevista pela lei processual (CPC, art. 381, II e III).

176. Momento de eficácia da tutela meramente declaratória. O ato estatal jurisdicional que aprecia o objeto do processo e, mediante a atuação do direito em concreto, resolve a controvérsia, projeta efeitos não apenas no processo, mas para fora dele. Essa é a solução que se espera do processo jurisdicional. Por isso, a sentença – que nesse caso pode ser qualificada como sentença de mérito – projeta efeitos para a relação material controvertida. A eficácia substancial da sentença não se confunde com sua imutabilidade: esta é própria da coisa julgada material, que, por sua vez, ocorre quando não mais couber recurso contra a decisão que tiver apreciado o mérito da causa. A coisa julgada, portanto, não é um efeito da sentença, mas sim uma qualidade que recai sobre o comando que dela emerge (incluindo-se aí, eventualmente, a resolução de questão prejudicial).

Feitas essas distinções, a eficácia das sentenças meramente declaratórias deve ser entendida à luz de sua essência. Por definição, ela produz efeitos *ex tunc*, isto é, sua eficácia retroage para o passado de sorte a atingir o momento da relação jurídica que é objeto da tutela. Não faria sentido que a certeza jurídica estabelecida por essa forma de tutela começasse a vigorar apenas com o

Tudo tb aplicável a arbitragem

advento da sentença; o que, em última análise, seria resultado inócuo porque a própria decisão seria fonte de incerteza.

Sobre isso, convém fazer duas ressalvas. A primeira consiste em que, ainda que a eficácia do provimento seja determinada pelo juiz ao aplicar o direito no caso concreto, é preciso considerar o objeto do processo (definido pelo autor), a cujos termos e limites o magistrado está adstrito (CPC, art. 492). A questão aí será saber se a declaração de forma não retroativa acaso pretendida pelo autor é, ou não, juridicamente viável - isto é, se o pedido pode ser acolhido nos termos em que deduzido. A segunda é que o ordenamento, ainda que em caráter excepcional, admite a modulação de efeitos - tal como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade (Lei 9.868/1999, art. 27) e eventualmente no âmbito da interpretação da lei, quando se trata de alteração de orientação jurisprudencial até então consolidada (supra n. 28).

Além disso, enquanto essa forma de tutela se destina a eliminar dúvida e a estabelecer certeza, fala-se que ela - embora retroaja na forma acima exposta - somente se torna imperativa quando a decisão transita em julgado. É que não haveria como estabelecer certeza da existência de uma relação jurídica quando ainda paira dúvida sobre a própria subsistência da declaração. Daí porque se identificariam, na tutela meramente declaratória, os momentos de eficácia e da coisa julgada.

Embora realmente não se possa estabelecer uma certeza provisória, esse argumento precisa ser visto com ressalva: é possível eventualmente determinar-se a produção de efeitos, ainda que de forma provisória, que tenham por premissa a existência ou inexistência de uma dada relação jurídica. Assim, embora a certeza, a rigor, não possa vir antes do trânsito em julgado, eventuais efeitos decorrentes dessa certeza podem ser antecipados. Para ilustrar, é possível sustar-se o protesto de um título, com base na premissa provisória de que a relação cambial não existe; ou, é possível antecipar a restituição (ainda que parcial) do preço pago em contrato cuja resolução se reputa já consumada. Isso, aliás, é o que justifica o provimento de urgência quando se trata dessa modalidade de tutela (infra n. 192).

177. Declaração principal e incidental. A lei processual admite que a tutela meramente declaratória seja feita de forma incidental ao processo, mediante a resolução de questão prejudicial (CPC, art. 503, §§ 1.º e 2.º). Mas é preciso distinguir os conceitos.

Na ordem processual anterior, se o réu, ao contestar a demanda inicial, negasse a existência da relação jurídica que constituía fundamento (=causa de pedir) do pedido do autor, esse último poderia - diante da dúvida objetiva daí

Examinação com isso se dá na arb

resultante – alargar o objeto do processo e pedir que a sentença abrangesse, na sua parte dispositiva, a relação cuja existência fora negada pelo demandado (CPC/1973, art. 325). Nesse caso, falava-se em «ação declaratória incidental» porque a demanda declaratória era deduzida no curso de um processo e, portanto, era incidental ao processo.

Mas a demanda incidental se destinava justamente a retirar da motivação a apreciação da questão (ponto de fato controvertido) e transferi-la para a parte dispositiva da sentença; ou, por outras palavras, a ação declaratória incidental fazia com que a existência da relação jurídica deixasse de ser feita de forma *incidental* na sentença e passe a ser feita de forma *principal* – o que proporcionava a imutabilidade própria da coisa julgada material a respeito da matéria. Portanto, a tutela era *incidental* porque pretendida no curso do processo; mas era *principal* porque passava a integrar o objeto do processo e, portanto, o objeto do julgamento, na sua parte dispositiva da sentença (não apenas na motivação).

Mas, a forma de se pleitear a tutela – se de forma principal ou incidental – não alterava a essência das coisas, isto é, da tutela pretendida. A autorização legal para demanda incidental (como é também a reconvenção, por exemplo) considerava as vantagens próprias do cúmulo objetivo de demandas (CPC, art. 327), como *economia, racionalidade e preservação de harmonia* de julgamentos. Mas, ressalvados fenômenos de prescrição ou decadência, essa permissão legal não impedia – como não impede – a propositura de forma autônoma de demanda; até porque a tutela meramente declaratória descende do princípio da inafastabilidade (supra n. 37).

Portanto, quando não se deduzia uma demanda que a lei autorizava fosse aforada de forma incidental em dado processo, havia apenas preclusão – que é perda de faculdade *no processo* e, portanto, restrita aos limites desse último. Mas a falta de aproveitamento, pela parte, dessa prerrogativa não projetava efeitos substanciais para fora do processo. Perder a oportunidade para a demanda incidental não era perder o fundamento para o pleito da tutela de forma autônoma (isto é, principal); aliás e novamente, como ocorre no caso de reconvenção. Se a propositura for autônoma, o cúmulo de processos pode vir a se dar por posterior reunião (CPC, art. 57) ou pode gerar relação de prejudicialidade, a ensejar eventual suspensão (CPC, art. 313, V, *a e b*).

178. Declaração incidental e resolução de questão prejudicial. As considerações feitas no tópico precedente são importantes para que se entenda o sistema vigente, em que foi abolida a ação declaratória incidental (portanto, o art. 5.º do CPC/1973 não encontra mais correspondente no diploma vigente); e, em seu lugar, foi inserida a previsão de que, sob certas condições, a resolução da questão prejudicial poderá ser coberta pela imutabilidade da coisa julgada

material (art. 503, §§ 1.º e 2.º). Isso significa o seguinte: a) como no sistema anterior, segue a possibilidade de haver declaração incidental sobre questão prejudicial; b) essa declaração não depende mais de pedido expresso de qualquer das partes, desde que se trate efetivamente de uma questão prejudicial; c) para que a resolução da questão prejudicial - e, portanto, a declaração que aí se contém - se torne indiscutível (não apenas naquele processo) a lei exigiu as condições mencionadas pelos §§ do art. 503.

A possibilidade estabelecida pelos §§ do art. 503 não deixa de ser louvável, na medida em que buscou um maior aproveitamento do resultado da atividade jurisdicional, de sorte a tornar indiscutível temas que tenham sido efetivamente debatidos, ainda que não integrassem o pedido deduzido pelo autor, impedindo que venham a ser rediscutidos no futuro, dentro ou fora de outro processo. A rigor, essa potencial expansão do objeto do julgamento já era possível sob a égide do CPC/1973, apenas que então condicionada à iniciativa de uma das partes, que deveriam se desincumbir do ônus de alegação, mediante o pedido de declaração incidental. Quicá a constatação de que essa possibilidade era muito escassamente utilizada pelas partes (e que, portanto, a resolução de questões prejudiciais seguia na motivação, fora do alcance da coisa julgada material) tenha levado o Legislador a dispensar referido ônus de alegação, presumindo-se que, dentro do objeto do processo e da controvérsia, o interesse na superação da crise de certeza é, por assim dizer, implícito.

Mas, para um ordenamento que foi consideravelmente enfático em relação à observância do contraditório, a regra precisa ser interpretada com cautela. Num sistema em que a declaração incidental ficava condicionada à iniciativa da parte, mediante a propositura de uma demanda incidental, não se poderia cogitar de decisões que tomassem as partes de surpresa: tanto que uma delas pretendesse a declaração incidental, a outra deveria ser ouvida especificamente sobre isso e, ao final, a sentença deveria ser explícita justamente porque havia um pedido a ser enfrentado (o que poderia inclusive ensejar impugnação por via recursal). Já no sistema vigente, em que a declaração incidental independe de pedido e no qual a sentença, justamente por isso, pode não ser explícita sobre a declaração, a discussão sobre ter havido coisa julgada material sobre a resolução da questão prejudicial tende a ficar reservada para processo subsequente; se e quando a questão surgida no processo anterior, voltar à tona. Vale dizer: existe o risco de que outro juiz, que não aquele do processo em que primitivamente decidida a questão prejudicial, seja chamado a dizer se houve ou não coisa julgada: se entender que sim, apenas seguirá a decisão precedente; se entender que não, ficará livre para apreciá-la à luz do elementos constantes do novo processo. Vale dizer, ainda: existe o risco de a parte ser tomada de surpresa, com o reconhecimento da coisa julgada depois e fora do processo em que proferida a respectiva decisão.

A circunstância de que a lei condiciona a formação da coisa julgada a ter havido «contraditório prévio e efetivo» (art. 503, § 1.º, II) não afasta o risco – não ao menos por completo – na medida em que, mais uma vez, a avaliação sobre ter sido atendida essa condição tende a ser feita não pela decisão que resolve a questão prejudicial, mas por outra, se e quando voltar ao debate a mesma questão. Aliás, a exigência de que o debate seja efetivo e não apenas potencial – que só pode ser entendida no contexto de que não é preciso pedido da parte interessada – é um retrocesso porque desconsidera que a eficácia preclusiva pode e deve ocorrer desde que haja oportunidade de debate. Assim ocorre na *revelia*, em relação ao pedido principal, não se cogitando de se dizer que sentenças de procedência, nos casos de inércia do réu, não transitariam materialmente em julgado por falta de adequado debate. Ora, se é assim para o pedido principal – que é o *mais* – soa como contrassenso estabelecer regra diversa para a resolução da questão prejudicial – que, na comparação, é o *menos*.

Para atenuar o risco de que acima se falou, convém que o juiz, na esteira do que dispõem os arts. 9.º e 10 do CPC, conclame as partes, de forma expressa, a debaterem tal ou qual questão prejudicial; e que, ao decidir, seja explícito sobre a resolução da questão prejudicial e à declaração aí contida, à semelhança do que faria se provocado fosse por demanda declaratória incidental (mas, sem julgar procedente uma demanda que, a rigor, não existiu).

Isso tudo se aplica a outra hipótese de declaração incidental, que é objeto da regra inserta no art. 430 do CPC e que trata da *autenticidade ou falsidade de documento* juntado aos autos de processo já instaurado. Em termos gerais, a declaração desse fato encontra respaldo na exceção prevista no inciso II do art. 19 do CPC, devendo-se atentar à regra inscrita do art. 429, quanto ao ônus da prova. Contudo, superando a expressão «incidente de falsidade» que o precedente diploma empregava (art. 390 do CPC/73), o vigente distingue as hipóteses: arrequerer que o juiz a decida como questão principal» (art. 430, parágrafo único); ou será resolvida como «questão principal» – a ser abrangida pela autoridade da coisa julgada material – se houver pedido (art. 430, parágrafo único, e art. 433).

Não se pode deixar de observar que o Código foi incoerente no trato da declaração incidental: embora de um lado tenha estabelecido a regra geral de que a declaração relativa à questão prejudicial – para formação de coisa julgada material – independe de pedido; de outra parte, exigiu iniciativa da parte quando se trata de autenticidade ou falsidade de documento. Aliás, a lei exigiu duplo ônus de alegação, porque a parte tem o encargo de arguir a falsidade e, se desejar que a decisão se torne imutável, pedir expressamente que o tema seja resolvido de forma «principal».

Dessa forma, poderia ficar a dúvida sobre se a formação da coisa julgada

ficaria exclusivamente a critério da parte que argua a falsidade. A resposta é negativa porque a regra não muda a natureza das coisas: a arguição continua a ser um pleito de declaração sobre questão prejudicial; que pode ser resolvido de forma principal ou não. Mas, considerando que o pleito de declaração, quando rejeitado, também tem eficácia declaratória (infra n. 179), então é possível que a parte no confronto da qual se postulou a arguição pretenda ver tal objeto julgado como principal: se pedida a falsidade, a rejeição do pleito firmará certeza sobre a autenticidade; e vice-versa. Essa interpretação se ajusta à natureza do pleito e da correspondente decisão declaratória; à letra da lei, uma vez que o art. 430, parágrafo único, fala em «parte» – e não em parte requerente; e ao espírito estabelecido pelo art. 503 que, como visto, pretende extrair o melhor e mais amplo resultado da atividade jurisdicional, quer sob o ângulo jurídico, de atuação da vontade concreta do direito objetivo, quer sob o ângulo do escopo social, de superação da controvérsia.

179. Tutela meramente declaratória na improcedência da demanda.

A regra vigente no processo civil é a de que o autor delimita o objeto do processo, uma vez que ele é quem formula *pedido*, em seu sentido técnico mais restrito (que não se confunde com o de *requerimento* – infra n. 228). O réu – que não pede, mas *impede* – pode ampliar o objeto do conhecimento, na medida em que aduza fatos impeditivos, extintivos ou modificativos da pretensão deduzida.

Assim, quando o réu, no processo (ou fase) de conhecimento, defende-se para impedir o acolhimento da pretensão deduzida, ele almeja tutela meramente declaratória; que, por regra, será negativa (declaração da inexistência da relação em que se funda o pedido do autor). Tal é o que o réu obtém pela simples rejeição da demanda aforada pelo autor, não sendo exigível do demandado que ajuíze demanda de natureza declaratória (autônoma ou incidental), porque tal efeito jurídico já será obtido com o mero decreto de improcedência da demanda.

É a expectativa da tutela contida na sentença de improcedência que justifica a regra segundo a qual, depois de decorrido o prazo para resposta, o autor não pode desistir do processo sem o consentimento do réu (CPC, art. 485, § 4.º). O demandado, mais do que fazer jus a ressarcimento de despesas e honorários (e, eventualmente, verbas devidas pelo reconhecimento da litigância de má-fé do adversário), tem direito à sentença de mérito que reconheça a inexistência do direito que o autor alegou. De forma coerente, o autor da execução depende da concordância do executado quando esse tiver oposto embargos do devedor – da concordância do executado quando esse tiver oposto embargos do devedor – que versem matéria de conhecimento (declaratória, no mais das vezes) – que versem matéria de mérito, isto é, que busquem declarar a inexistência ou inexigibilidade, total ou parcial, da obrigação reclamada pelo autor (CPC, art. 917, VI).

De forma análoga, o fenômeno explica a exigência de que a desistência do

processo (não do recurso, sujeito a regra diversa) só produz efeito depois de homologada (CPC, art. 200, parágrafo único). Isso significa dizer que a extinção do processo pela desistência não é direito potestativo do autor, justamente porque a ele se opõe o direito do réu à tutela meramente declaratória resultante da improcedência.

O reconhecimento dessa eficácia também se aplica à resolução das questões prejudiciais, se e quando se cogita da formação de coisa julgada material, na forma dos §§ do art. 503 (supra n. 178). Isso significa dizer que referido fenômeno não se limita às hipóteses em que a questão prejudicial tenha sido resolvida de forma favorável à parte vencedora quanto ao objeto «principal». Por outras palavras, é possível que a demanda seja julgada procedente, mas que determinada questão prejudicial tenha sido resolvida em desfavor do autor; ou que tenha sido julgada improcedente e que certa questão prejudicial tenha sido decidida em favor do demandante. O conceito de questão prejudicial não se estabelece em função do resultado concretamente dado ao pleito principal.

«Para ilustrar, se o demandante funda sua demanda em relação jurídica que qualifica como *de consumo*, em tese é possível que a sentença negue essa tipificação, mas que julgue procedente a demanda, mesmo diante do reconhecimento de que a relação é *de insumo* e, portanto, regida pela lei civil comum. É possível também que o autor funde seu pedido em *responsabilidade objetiva*, como tal reconhecida pela sentença que, contudo, julgue improcedente um específico pedido de indenização por ausência de dano (ou de prova do dano). Num e noutro caso, a resolução sobre não ser relação de consumo e sobre ser uma relação que envolve responsabilidade civil objetiva não poderá mais ser debatida, se presentes os requisitos dos §§ do art. 503.»

180. Tutela constitutiva: conteúdo. Pela tutela constitutiva opera-se modificação de estado ou situação jurídica. Costuma-se destacar que dois são seus elementos: um declaratório, consistente na afirmação do direito à modificação jurídica postulada; um propriamente constitutivo, que é a modificação em si mesma. A propósito desse segundo, há quem tenha sustentado que o ato inovador careceria de conteúdo jurisdicional, porque teria natureza administrativa (de «jurisdição voluntária»). Mas o provimento constitutivo – visto em sua inteireza – é tipicamente jurisdicional, inclusive por seu marcante caráter substitutivo.

A substituição não implica necessariamente que o efeito buscado com a atuação do substituto possa ser praticado pelo substituído; ela se opera mesmo nos casos em que a jurisdição é atividade primária (como ocorre com as sentenças constitutivas necessárias), onde o juiz substitui alguma atividade dos interessados pela sua, seja porque alguma conduta devida foi omitida, seja porque a lei impede a satisfação voluntária.

Também já se disse em doutrina que a eficácia modificadora caracterizaria esse capítulo do provimento como ato de execução. Mas a confusão entre os conceitos deve ser evitada.

O que ocorre é que tanto a tutela constitutiva quanto o resultado final da execução forçada conduzem diretamente ao escopo de atuação da vontade concreta da lei; o que, quando muito, enseja analogia entre os fenômenos pela satisfação direta proporcionada em ambas as formas de atuação estatal. Mais ainda: guardadas as notórias diferenças de essência entre tutela meramente declaratória e constitutiva, a primeira também pode ser instrumento apto a proporcionar uma eficaz realização do direito. Isso ocorre em casos em que nenhuma atividade material («alteração do mundo sensível») é necessária para proporcionar ao vencedor o pleno gozo da utilidade prática devida, consumando-se em si mesma, excetuada eventual «execução imprópria». Mas nem por isso, vislumbra-se qualquer nota de executividade no provimento meramente declaratório.

181. Sentenças constitutivas determinativas ou dispositivas. Na doutrina clássica falou-se em forma de tutela que não se limitaria a declarar o dever de uma prestação já existente, nem constituiria uma nova relação jurídica; apenas determinaria o conteúdo ou elemento de uma relação já existente. Assim, enquanto na sentença constitutiva determinativa se declararia um direito preexistente à mudança jurídica operada judicialmente, na dispositiva faltaria o direito preexistente à disposição concreta emitida pelo juiz. Isso teria reflexos sobre a coisa julgada, que seria absoluta no primeiro caso (infra n. 184).

Não obstante a excelência da doutrina que adotou a distinção, não há razão plausível para nela se insistir: haja constituição de nova relação jurídica ou apenas determinação do conteúdo de uma relação já existente, o mecanismo é essencialmente o mesmo. Parafraseando o que se afirma a respeito da tutela meramente declaratória (supra n. 172), talvez se possa dizer que, na tutela constitutiva, opera-se a modificação de uma relação jurídica ou de seu «modo de ser».

182. Tutela constitutiva e tipicidade. Porque a tutela constitutiva se traduz na modificação de situações jurídicas, indaga-se se ela seria regida por regra de estrita tipicidade, isto é, se ela só caberia nas hipóteses taxativamente previstas em lei. Preocupação dessa ordem se encontra na doutrina alemã e italiana; nessa última, especialmente por conta dos termos do art. 2.908 do Código Civil que, ao tratar da «tutela jurisdicional dos direitos», condicionou o poder do juiz - de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas - às hipóteses «previstas em lei». O receio está na possível similitude da tutela constitutiva com o juízo de equidade (supra n. 134), em que o juiz faz a regra - ou a «justiça» - do

caso concreto. Ademais, num ordenamento regido pelo princípio da autonomia da vontade, a razão da excepcionalidade residiria no fato de que a criação de efeitos jurídicos, por regra, dependeria da autonomia das partes e, somente em casos excepcionais, poderia advir da sentença.

Eventual tipicidade da tutela constitutiva poderia contrastar com a atipicidade da *ação* e da tutela jurisdicional, no contexto do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. E, embora o sistema processual brasileiro desconheça regra semelhante à do ordenamento italiano, a questão é igualmente pertinente e relevante, vez que nela se contêm os limites da atuação estatal (quanto à produção de efeitos jurídicos) e também porque a regra do sistema processual é de que os juízos de equidade são exceção, diante da regra dos juízos de direito (CPC, art. 140, parágrafo único).

Não obstante a preocupação seja fundada, é correto reconhecer a atipicidade dessa forma de tutela e, mais exatamente, remeter sua eventual tipicidade para o plano substancial do ordenamento. Aliás, em termos mais rigorosos não se poderia sequer falar da tipicidade da tutela, entendida como provimento favorável que impõe um determinado *resultado*, mas apenas da tipicidade dos fundamentos (causa de pedir) que autorizariam a respectiva invocação, em concreto. Assim, a ligação entre tutela constitutiva e direito material é a solução e o antídoto contra eventual risco de arbítrio na produção de efeitos jurídicos pelo juiz.

Todas as formas de tutela que resultam da atividade jurisdicional no processo de conhecimento devem ser tratadas em um mesmo plano homogêneo, de tal sorte que um meio não deve ser considerado excepcional no confronto de outro. Dessa maneira, todo e qualquer efeito autorizado ou admitido no plano do direito material pode, em tese, ser produzido por provimento jurisdicional. Não é preciso que o ordenamento estatua a possibilidade da edição de uma sentença constitutiva porque isso já resulta da garantia geral da *ação* (supra n. 37); mas sim que preveja a produção, modificação ou extinção de determinados efeitos no plano do direito material. Se, nesse plano, vigora ou não uma regra de tipicidade é questão que o processualista enfrenta essencialmente de modo reflexo.

A questão é particularmente delicada em se tratando de provimentos constitutivos positivos, uma vez que quando se trata de desconstituir um ato jurídico não há dúvida quanto à prévia e necessária previsão legal dos fundamentos que o autorizem. Nas hipóteses em que se produzem ou modificam efeitos jurídicos (diversamente de se extinguir), é preciso atentar com rigor para o preenchimento dos requisitos exigidos no plano material, não sendo dado ao juiz substituir propriamente a vontade das partes, mas os efeitos jurídicos a que estas se obrigaram, ou a que estão obrigadas por lei.

183. Tutela constitutiva e direito potestativo. Há situações nas quais o direito à modificação de um estado jurídico - que se pode qualificar como direito potestativo - é intenso a tal ponto que a ordem jurídico-material dota o respectivo titular de plena capacidade de promover, por suas próprias faculdades, o resultado desejado. Tal é o que ocorre, para ilustrar, nos casos de *resilição* contratual (quando isso for possível), em que a extinção do contrato se opera mediante ato unilateral - com a ressalva da hipótese na qual, tendo havido investimentos «consideráveis» para execução do contrato pela outra parte, o desfazimento fica condicionado ao decurso de «prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos» (CC, art. 473, e parágrafo único). Tal é igualmente o que se dá nos casos de cláusula resolutiva expressa (CC, art. 474).

Em tais situações, eventualmente poderá ter lugar controle jurisdicional posterior, invocado pelo titular do interesse contraposto, e positivado através de tutela meramente declaratória. Esse raciocínio é aplicável a hipóteses de autotutela (supra n. 7), em que o titular de determinado interesse tem poder para diretamente empreender a proteção respectiva, abrindo-se, para aquele que seja titular do interesse contraposto, a alternativa de invocar controle jurisdicional.

A possibilidade de se produzir o efeito jurídico fora de juízo pode interferir com o interesse de agir, mas não é necessariamente excludente da ida ao Judiciário, para que lá se produza o efeito jurídico; tal é o que se dá, por exemplo, no caso de exclusão de sócio. Por outras palavras: não é porque a parte tem o poder de produzir, na esfera extrajudicial, a modificação do estado jurídico que fica necessariamente excluído o interesse de agir para que tal resultado seja pleiteado pela via judicial.

184. Momento de eficácia da tutela constitutiva. Firmada a premissa de que são coisas distintas a eficácia da sentença e a imutabilidade de seus efeitos substanciais (coisa julgada material), no caso da tutela constitutiva costuma-se dizer que seus efeitos se produzem, por regra, *ex nunc*. É que a sentença constitutiva estabelece uma nova situação jurídica e, portanto, é a inovação que estabelece o marco inicial da eficácia, sob o ângulo lógico.

Mas considerando que os fundamentos que autorizam a modificação do estado jurídico estão, ao menos por regra, no plano material do ordenamento, é nele que se deve buscar a melhor forma de atuação da eficácia da sentença. Assim, não é possível estabelecer uma regra que considere apenas o dado processual (exceto nos casos em que a demanda busca exclusivamente a tutela de posição jurídica processual, como ocorre nas ações de impugnação ou nos casos de controle jurisdicional estatal de processo administrativo, por exemplo).

A circunstância de a sentença modificar uma situação jurídica não sig-

nifica, por si só, que a eficácia do ato estatal deva ser apenas e sempre daí para frente. Tratando-se de provimentos constitutivos negativos fundados na anulabilidade de negócios jurídicos, por exemplo, a regra é a da retroação, ainda que o negócio possa produzir efeitos enquanto não desconstituído. Mas, se isso ocorrer, a eficácia da sentença pode e deve retroagir, na medida do que for prática e juridicamente possível (considerados limites, por exemplo, como posições jurídicas de terceiros e adstrição do juiz ao pedido do autor). Portanto, é o direito material – consideradas as limitações do objeto do processo – que ditará o alcance da eficácia dos provimentos constitutivos.

Outra coisa é saber em que momento o provimento se torna imperativo. Aqui, o problema é análogo ao que já foi examinado ao ensejo do momento de eficácia da tutela meramente declaratória. Já se falou em doutrina que o provimento constitutivo somente se torna imperativo quando transita em julgado, porque não haveria como estabelecer um novo estado jurídico quando ainda paira dúvida sobre a própria modificação; motivo pelo qual se identificariam, na tutela constitutiva, os momentos de eficácia da decisão, de um lado, e da imutabilidade desses efeitos (coisa julgada material), de outro; e isso, inclusive, em prol da segurança jurídica.

Contudo, reeditando as ponderações feitas a propósito da tutela meramente declaratória, a assertiva acima precisa ser vista com ressalva: é possível eventualmente determinar-se a produção de efeitos que tenham por premissa uma dada situação jurídica, tal como se pretende resulte da modificação pleiteada; ainda que de forma provisória. Tal é o que também justifica a tutela de urgência quando se trata dessa modalidade de tutela (infra n. 192 e 195). Além disso, é preciso considerar a disciplina legal do cumprimento provisório – inclusive pela analogia que possa ser feita entre provimentos constitutivos e atos de execução. Nesse âmbito, diante da existência de uma decisão sujeita a recurso sem efeito suspensivo, e desde que haja caução idônea, o sistema aceita a produção de efeitos jurídicos eventualmente irreversíveis; e oferece, como contrapartida (em caso de reforma ou anulação da decisão exequenda), a solução de ressarcimento pelos danos sofridos (CPC, art. 520, I e II) – o que, portanto, prestigia a possibilidade de modificação de situação jurídica com base em provimento ainda marcado por caráter provisório.

185. Tutela condenatória. Na tutela condenatória, o que emerge da relação material é o direito a uma *prestação*, consistente em dar, fazer ou não fazer. Por isso se fala que essa modalidade de tutela busca sanar «crises de adimplemento», mediante a imposição ao demandado da prestação devida. Dessa forma, o provimento condenatório – além da declaração do direito que contém, por ser espécie de decisão declaratória *lato sensu* – abre campo para a prática

de atos materiais de invasão da esfera patrimonial do devedor a fim de que o credor seja satisfeito.

Diz-se que, ao assim proceder, o Estado atua a «sanção secundária». Ela se qualifica como tal porque a sanção *primária* está no plano substancial, que prevê as consequências para o descumprimento das regras ali estabelecidas. Se a sanção primária resta inoperante e não é capaz de restabelecer a ordem jurídica, então é preciso que o Estado continue a atuar; agora mediante a invasão da esfera patrimonial do devedor para, contra sua vontade, dar-se cumprimento ao comando e, assim, satisfazer-se o credor (infra n. 187).

É certo que nem toda situação de inadimplemento é sanável pela tutela condenatória. Nos casos em que a obrigação é de prestar declaração de vontade, a solução mais adequada – e que foi adotada pelo direito positivo – está na edição de uma sentença que produza «todos os efeitos da declaração não emitida» (CPC, art. 501). Trata-se de provimento que, segundo parte expressiva da doutrina, tem natureza *constitutiva* (positiva) porque estabelece diretamente uma nova situação jurídica. Ademais, a modalidade de tutela depende do *objeto do processo* (isto é, do pedido): o inadimplemento poderá ensejar a resolução do contrato (que se opera mediante provimento constitutivo negativo), se a parte lesada não exigir o respectivo cumprimento, sem prejuízo de indenização (CC art. 475).

Além disso, pode haver tutela condenatória – mediante a imposição de dever de prestar – sem que haja ainda inadimplemento. Tal é o que ocorre nos casos de condenação para o futuro.

186. Imposição do dever de prestar e respectiva efetivação. A categoria da sentença condenatória sofreu (e ainda sofre) críticas doutrinárias, que chegaram até mesmo a apontá-la como causa de ineficiência do sistema processual. As observações seguintes, na medida do possível, consideram – sem preocupação de lhes dar resposta definitiva – tais objeções.

A forma mais simples de encarar essa forma de tutela – seja qual for a nomenclatura que se queira dar – é partir da crise no direito material: o autor narra situação que não pode ser superada pela mera declaração do direito e tampouco pela modificação de determinado estado jurídico. O que falta ao autor é o efeito prático resultante de uma prestação que, segundo ele, o direito material lhe assegura. Portanto, como foi dito acima, a forma mais fácil e correta de qualificar provimentos que dão resposta a tais crises é, como fez a doutrina alemã, referir-se a eles como *sentenças de prestação*.

Aparentemente, a divergência doutrinária começa a partir do momento em que se cogita da *efetivação* (=atuação prática) do dever de prestar. Isso porque se o demandado, ainda que a ele tenha sido imposto tal dever por ato

jurisdicional, permanecer renitente no inadimplemento, a atuação estatal deverá prosseguir; e, só então, a tutela se completará. A essa atuação estatal que deve se seguir à imposição do dever de prestar se dá o nome de *execução* – que a lei processual, desde 2005, sem modificação de conteúdo essencial, passou a chamar de *cumprimento*. Como foi dito acima, a execução consiste na atuação da sanção secundária e é a relação entre sentença condenatória e sanção (portanto, a relação entre sentença condenatória e execução) que abre campo para divergência e crítica.

A correlação necessária entre sanção e condenação foi objetada sob o argumento de que a segunda nem sempre está associada à primeira (essa entendida como consequência de conduta antijurídica), como na hipótese de honorários advocatícios pelo simples fato da derrota; ou da condenação para o futuro (em que há condenação sem que exista ainda o descumprimento). Outro argumento a propósito foi o de existir sanção sem condenação – como nas hipóteses de nulidade e anulabilidade de negócios jurídicos, resultado da transgressão de preceitos jurídicos –, havendo sanção em sentenças de conteúdo meramente declaratório (casos de nulidade) e constitutivo (casos de anulabilidade).

Mas é preciso entender o sentido dado ao termo *sanção* no contexto acima: não se trata da consequência estabelecida pelo direito material para a falta de observância de certo comando legal, porque aí se trata do que se pode qualificar como sanção *primária*. Então, se apesar da sanção prevista no plano material, aquele que tem direito à prestação continuar insatisfeito, é preciso buscar a atuação *secundária*; à qual se chega mediante a imposição do dever de prestar por ato jurisdicional. Assim, na concepção clássica de execução, sanção é terminologia que designa o conjunto de medidas pelas quais o Estado invade a esfera individual, para proporcionar ao titular da posição de vantagem o bem que o direito material lhe atribuiu (infra n. 187).

De fato, a execução é exterior ao provimento condenatório, e o poder de promovê-la surge como efeito dele; não propriamente como seu conteúdo. Sob essa ótica, tem razão a doutrina quando assevera restar a essa modalidade de provimento jurisdicional – além da imposição do dever de prestar – somente a declaração de que a sanção é aplicável. Assim, a sentença condenatória se distingue da meramente declaratória pela extensão do que foi declarado: nesta apenas o crédito; naquela o crédito (com o dever de prestar) e mais a liberação para que, se necessário, seja atuada a sanção secundária (execução, cumprimento, efetivação ou qualquer outro nome que se queira dar e que designe o mesmo fenômeno).

Esse modo de ver as coisas não fica afastado nem mesmo pela opção feita pelo Legislador brasileiro, constante do art. 515, I, do CPC; que, conforme já se viu, passou a incluir dentre os títulos executivos judiciais «as decisões proferidas