

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, 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 REBITRAGEM

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 pela certeza jurídica que impõe. É

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 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 como 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. Quiçá 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: arguida a falsidade, ela será resolvida como questão incidental, «salvo se a parte requerer 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 – ação 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 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

no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa» (todos deveres de prestar). Nos limites previstos pelo dispositivo, entende-se que, reconhecida a exigibilidade da obrigação (aliada aos requisitos de certeza e liquidez), está autorizada a atuação da sanção secundária. A sentença continua a ser uma sentença de prestação.

187. Tutela condenatória e tutela executiva. Quando se pensa na tutela jurisdicional como resultado em prol do vencedor, o provimento de natureza condenatória é, de fato, insuficiente para proporcionar ao credor (como tal reconhecido em provimento jurisdicional) o bem da vida por ele almejado. Excetuada a hipótese de cumprimento voluntário do comando judicial, a tutela de um direito a uma prestação – para que seja assim adequadamente qualificada – concretiza-se através do binômio condenação/execução. O bem da vida que é objeto da prestação só pode ser proporcionado mediante o emprego da coação e a técnica utilizada para tanto é da execução; que varia conforme a natureza da obrigação. Essa a razão pela qual se fala em tutela condenatória/executiva. Mas esse binômio não é indissociável nem absoluto, em qualquer dos dois possíveis sentidos.

Primeiro, não se pode negar exista autêntica tutela na sentença condenatória (antes mesmo do momento da execução) pela simples razão de que ela – além de impor o dever de prestar e de autorizar a invasão da esfera patrimonial do devedor (de forma coativa, portanto) – é, antes de mais nada, um provimento declaratório; com os atributos próprios das sentenças meramente declaratórias. Assim, negar que uma sentença condenatória (=impositiva do dever de prestar) conteria forma de tutela seria também afirmar que sentenças meramente declaratórias padeceriam da mesma carência; o que não se afigura correto. Ela estabelece certeza e, embora isso não baste ao demandante, ela é um dado que se incorpora ao patrimônio da parte. Ademais, o instrumento de coação contido no art. 523, § 1.º, do CPC – embora seja externo e posterior à edição da sentença – não deixa de contribuir para que a simples existência da condenação já funcione como estímulo suficiente para que, a essa altura, o devedor realize a prestação voluntariamente em prol do credor.

Segundo, nem sempre a execução (=invasão da esfera patrimonial do devedor para satisfação do credor) está fundada em sentença. No direito brasileiro, há inúmeros títulos executivos extrajudiciais, que também autorizam a atuação da sanção secundária. Nesses casos, a tutela terá sido apenas executiva e, portanto, não haverá que se falar em binômio.

Os títulos executivos extrajudiciais são atos previstos em lei (sujeitos a regra de tipicidade, portanto), têm forma escrita e ordinariamente contam com alguma forma de participação do devedor. Eles traduzem o reconhecimento de elevada

probabilidade de existência de um crédito. A propósito, fala-se em doutrina da *presunção de legitimidade* do crédito representado em título executivo, a atribuir ao devedor o ônus de eventualmente desconstituí-lo. Em certo sentido, eles desempenham o papel que a sentença condenatória (=de prestação) tem no sistema: tanto quanto o título judicial, o extrajudicial libera a atuação da sanção secundária, isto é, a atuação dos meios pelos quais se invade a esfera patrimonial do devedor para, contra sua vontade, satisfazer-se o credor. A diferença é que, na formação do título judicial consuma-se a eficácia preclusiva própria da coisa julgada, a restringir substancialmente as alegações defensivas que o réu possa opor (CPC, art. 525, § 1.º); ao passo em que, em se tratando de título extrajudicial, o âmbito de cognição é amplo, justamente porque ainda não houve controle jurisdicional.

188. Segue: execução como objeto de processo autônomo e de processo sincrético. Partindo-se da premissa de que a tutela se classifica por seu conteúdo ou por sua eficácia (elementos que não são sinônimos, mas que estão diretamente ligados, nesse caso), deveria ser irrelevante para essa categorização o critério que considera o modo de se efetivar o provimento. Mas justamente porque há casos em que a imposição do dever de prestar (=condenação) pouco tutela sem a subsequente atuação estatal de execução (ou de cumprimento), é que se justificava a identificação, pela doutrina, de duas outras espécies de tutela: a *mandamental* e a *executiva em sentido lato*.

Sem embargo de certa imprecisão conceitual reinante na doutrina, poderia se dizer que, nelas, a prática dos atos materiais de invasão da esfera do devedor não era objeto de um novo e autônomo processo de iniciativa do credor; ao contrário do modelo vigente no Código de Processo Civil, como regra geral para as sentenças condenatórias. Nas ditas mandamentais e executivas, a efetivação da decisão decorria de mero cumprimento de mandado, isto é, por «ordem do juiz» de ofício. Com isso, não havia nova citação do devedor, nem se abria oportunidade para embargos do devedor, uma vez que não havia instauração de uma nova relação jurídica processual. Exemplos disso estavam nas ações possessórias, de despejo, de depósito, de mandado de segurança, dentre outros.

Não obstante esse aspecto comum, é possível tentar distinguir as tutelas mandamental e executiva em sentido lato, entre si. Na primeira, fala-se que, ao invés de condenação, haveria *ordem*, a ser implementada não por sub-rogação, mas por medidas de pressão (como multa e, excepcionalmente, prisão civil). Ela seria própria para as obrigações de *fazer* e *não fazer*, ao passo que as executivas teriam por objeto *entrega de coisa*. Outra forma de entender a sentença mandamental – até mais correta (e presente na doutrina clássica) – era a de defini-la pela circunstância de que o dever de prestar era imposto a um agente

estatal; donde se extrair a ideia de ordem, por oposição a condenação. Mas, pela exposição que segue, o esforço para fazer essas distinções passou a ter importância relativa.

Assim é que, com o advento da Lei 11.232/2005 (e de alterações que já a haviam precedido), consolidara-se já sob a égide do CPC/1973 um modelo que, embora pouca repercussão prática tenha trazido para agilidade do processo, fez da execução – seja para pagamento de quantia (exceto quando direcionada à Fazenda Pública) ou obrigação de entrega de coisa, de fazer e não fazer – objeto não mais de um novo processo, mas sim de uma *fase*. O processo, passou a se reconhecer desde então, passou a ser sincrético porque agora englobava uma *fase de conhecimento* e uma *fase de execução* (ou de cumprimento). Portanto, em todos os casos de imposição de dever de prestar (=condenação) a que se devesse seguir execução (ou cumprimento), generalizou-se naquele diploma o modelo das assim denominadas tutelas (ou ações) mandamentais e executivas em sentido lato, ao menos sob o prisma particular de não haver dois processos, mas um só, com fases.

Esse modelo foi mantido pelo Código vigente que, agora com maior apuro sistemático, passou a tratar do *cumprimento de sentença*, com disposições gerais e específicas conforme a natureza da prestação, objeto da obrigação (arts. 513 e ss.). Mas, a disciplina das atividades executivas ainda continua a oferecer uma relativa dificuldade ao intérprete porque não há uma clara sistematização de disposições comuns tanto ao cumprimento quanto à execução fundada em título extrajudicial – embora a lei frequentemente procure relacionar as disposições de uma e de outra. Para ilustrar, o art. 513, que abre as disposições relativas ao cumprimento de sentença, desde logo remete ao disposto no Livro II da Parte Especial do Código, isto é, a que disciplina a execução. E o art. 771, que inaugura a disciplina da execução, esclarece que as disposições seguintes se aplicam aos «atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença».

Diante dessa realidade – que começou a ser implantada sob a égide do Código anterior e que se consolidou sob a do vigente, de duas uma: ou se entende que todas as sentenças condenatórias (=que impõem dever de pagar, entregar, fazer ou não fazer) passaram a ser mandamentais ou executivas, porque não ensejam mais a instauração de um novo processo e que sua atuação prática se dá apenas em fase subsequente; ou, o que é preferível, entende-se que perdeu sentido a categorização que prevê as ações ou tutelas mandamentais ou executivas em sentido lato. Isso porque, como o modo de cumprimento ficou (sob o ângulo da unidade do processo) uniformizado, agora é possível ver com mais clareza que, quanto ao conteúdo, o que existe em qualquer dos casos (afora as tutelas meramente declaratória e constitutiva) é a imposição do dever de prestar; ao que, de volta ao início, aqui se permite chamar de tutela condenatória.

189. Tutela condenatória e tipicidade. Na lei processual, diferentemente do que ocorre com a tutela declaratória (mas igualmente com a constitutiva), não há previsão de uma «ação condenatória». Contudo, sua admissibilidade decorre da garantia da ação. É o direito material que ditará quais as prestações devidas ao credor e, portanto, imponíveis ao devedor pelo provimento judicial. Portanto, é no plano substancial do ordenamento que se deve buscar eventual tipicidade ou atipicidade da tutela condenatória.

Nas obrigações cuja prestação consiste em dar quantia, a questão não oferece maiores dificuldades. A fixação do *quantum debeatur* é feita a partir das regras de direito material e mesmo quando se atribui poder ao juiz para arbitrar o montante – como é o caso típico da indenização por dano moral – é no plano substancial que devem ser buscados os critérios dessa quantificação. Ainda quando a imposição de pagamento de quantia é essencialmente «processual» – como é o caso da condenação ao pagamento de verba honorária advocatícia ou a indenização por litigância de má-fé – a própria lei oferece tais parâmetros, que devem ser observados pelo juiz.

Tratando-se de obrigações cuja prestação consista na entrega de coisa, em um fazer ou não-fazer, o provimento deve, sempre que for possível, assegurar ao demandante situação de idêntica restauração, proporcionando-lhe, então, uma tutela *específica*, ficando a condenação ao pagamento de quantia reservada à hipótese de impossibilidade cabal dessa forma de tutela (CPC, arts. 497 e 498).

190. Tutela cautelar. O tema da ação e da tutela cautelar foi, por muito tempo, dos mais debatidos no processo civil; o que se acentuou depois das reformas legislativas – ocorridas ainda na vigência do CPC/1973 – que fizeram da *antecipação da tutela*, até então confinada a hipóteses especiais, uma regra geral para o sistema. Progressivamente, passou a ser empregada a locução *tutela de urgência*, como gênero abrangente daquelas duas espécies, *tutela cautelar* e *antecipada*. Essa sistematização acabou, grosso modo, sendo incorporada pelo Código vigente que, contudo, preferiu tomar como gênero a categoria da *tutela provisória* (CPC, arts. 294/299), que por seu turno pode ser *tutela de urgência* – que pode ser cautelar ou antecipada (arts. 300/310) – ou *tutela da evidência* (art. 311).

No diploma vigente, a disciplina da tutela cautelar deixou de ser objeto de um Livro próprio (como ocorria com no CPC/1973, que dedicava o Livro III para tal escopo). Isso não impede que ela continue a ser tratada como uma das categorias de tutela porque, embora de forma diversa do que fizera o diploma precedente, o vigente dela continua a tratar, inclusive mediante regras que regulam seu requerimento em caráter antecedente (arts. 305/310).

Assim, a conceituação da tutela cautelar continua a ser dada por sua finalidade; o que, em última análise, corresponde também a seus efeitos. Assim, ela pode ser entendida como a tutela do próprio processo: pelo provimento cautelar busca-se assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional que terá por objeto a declaração ou atuação do direito em concreto; provimento que, por oposição ao cautelar, pode ser chamado de «principal». Por isso se diz que a tutela cautelar é duplamente instrumental: ela é *instrumento a serviço de outro* (que é o processo declaratório *lato sensu* ou executivo). Isso justifica que a tutela cautelar esteja sempre na dependência da «principal»; da qual, em alguma medida, não deixa de ser acessória. Daí se falar no caráter de «referibilidade» (da tutela cautelar a uma principal). Isso continua a ser reconhecido pelo direito positivo, que fala na exigência demonstração, pelo demandante, da «exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo» (art. 305, *caput*), e exige que, tanto que efetivada a tutela cautelar, é ônus do autor deduzir o «pedido principal» - ao qual se refere por mais de uma vez o art. 308.

Em sua pureza conceitual - que a aparta da tutela antecipada - a tutela cautelar não tem por escopo produzir efeitos substanciais, mas apenas processuais. Ela é uma espécie de antídoto contra os efeitos deletérios do tempo que envolve a duração do processo. Ela também é remédio contra condutas do réu que possam esvaziar a eficácia prática do provimento declaratório ou executivo. Exemplos clássicos de tutelas cautelares estão no *arresto* e no *sequestro* (CPC, art. 301): o que eles buscam, respectivamente, é preservar patrimônio penhorável e a coisa demandada pelo autor, sem que isso represente reconhecimento (definitivo) ou satisfação do direito alegado pelo demandante.

Justamente por ter essa finalidade que lhe confere sua nota essencial (tutela do processo), a tutela cautelar era concebida - e assim continua a ser - como provisória ou temporária. Dizia-se, assim, que a tutela proporcionada pelo provimento cautelar não se revestia de caráter definitivo e deveria durar pelo tempo necessário para se chegar à declaração ou atuação do direito material (e desde que o dito «pedido principal» de fato venha a ser deduzido - CPC, art. 309, I). Isso tudo segue válido: porque ela é a tutela do processo (e apenas indiretamente do direito material), a concessão da medida cautelar não é orientada pelos mesmos critérios, nem pela mesma técnica empregados para declaração ou para atuação prática do direito material.

191. Tutela cautelar e efeitos substanciais. Por sua finalidade e características, a tutela cautelar não produz - não ao menos diretamente - efeitos substanciais, reservados à tutela declaratória (em sentido lato) e executiva.

Mas essa pureza conceitual não sobrevive a situações nas quais é muito

difícil – se não impossível – afirmar que a tutela se limita a garantir a eficácia do processo, sem proporcionar algum efeito substancial. Tome-se o exemplo do sequestro: se o credor vier a ser nomeado como depositário da coisa apreendida, soaria irrealista dizer que a posse do bem (ainda que provisória e onerada pelo dever legal de guarda) não propiciaria alguma forma de satisfação do credor – entendendo-se como tal a fruição do bem da vida. Algo semelhante, não obstante a diversidade das situações, ocorre nas hipóteses de alimentos (CPC, art. 528) e no afastamento de cônjuge do lar, dentre outras.

«Isso também ocorre sob o ângulo inverso: no caso do arresto (medida para garantir futura execução por quantia), ainda que a medida não se preste à satisfação do credor, a indisponibilidade imposta ao patrimônio do devedor tem inegável e relevante repercussão (negativa) na respectiva esfera substancial. Isso ocorre sob a ótica patrimonial ou até moral, pelas restrições que impõem ao demandado (restrições ou perda de crédito, ausência de liquidez, afetação negativa do nome junto ao meio social, dentre outros).»

Portanto, o sistema processual conhece medidas que, conquanto qualificáveis como *cautelares*, ao lado de produzirem efeitos que garantam a utilidade e eficácia do provimento principal, produzem também efeitos substanciais. Um dos cuidados que se deve ter nesse tema é o seguinte: entender tais medidas como cautelares – submetendo-as a requisitos menos rígidos do que aqueles que lhe são próprios (supra n. 190) – gera o risco de ampliar indesejavelmente os limites dessa forma de tutela, com indevida sumarização processual. Pior ainda, se e quando concedidas sem audiência do demandado, medidas dessa ordem acarretam situação gravosa – quiçá *irreversível* – que são incompatíveis com a garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV) e que, por isso, não se afeiçoam à ideia de verdadeira tutela jurisdicional.

O reconhecimento de que a tutela cautelar – conquanto definida como a tutela do próprio processo – pode produzir efeitos substanciais tem desdobramento potencial relevante quando a controvérsia, por força de cláusula compromissória, esteja submetida a arbitragem. Nesse caso, o órgão arbitral é competente para toda e qualquer tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipatória. Contudo, para que o órgão arbitral exerça essa competência é preciso que a arbitragem esteja instituída. Antes disso, situações de urgência devem ser submetidas ao Poder Judiciário, cabendo aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida. (Lei 9.307/1996, art. 22-A e B). Embora a lei autorize «medida cautelar ou de urgência» (em redação equivocada porque a primeira é espécie da segunda), a concessão, pelo Poder Judiciário, de medidas que projetem efeitos substanciais contraria a vontade das partes de remeter a solução da controvérsia para a arbitragem. Portanto, na concessão de medidas de urgência – cautelares ou não – que produzam tais efeitos o cuidado do Poder Judiciário deve ser redobrado para que não se esvazie, direta ou indiretamente, a eficácia da cláusula compromissória.

192. Tutela de urgência (cautelar e antecipada): inserção no contexto da tutela provisória. Como foi acima mencionado, o sistema processual admite que a urgência não seja apenas fundamento para a tutela cautelar - que, como visto, é a proteção do processo. Por outras palavras, a urgência é fundamento para duas formas de tutela: a *cautelar* e a *antecipada*. Daí se falar no género *tutela de urgência*, a abranger essas duas espécies - sistematização que, como já foi dito, acabou sendo positivada pelo ordenamento (art. 294, parágrafo único).

Contudo, para melhor entendimento da sistematização adotada pelo Código vigente, convém examinar o tema à luz do género que foi escolhido pelo Legislador, isto é, a partir da assim denominada *tutela provisória*, que, convém repetir, pode ser fundada na urgência - sendo cautelar ou antecipada - ou na evidência (art. 294, *caput*). Assim, o Código vigente procurou estabelecer um regime comum às tutelas *provisórias*; e, mais adiante, um regime comum às *tutelas de urgência*.

Para a *tutela provisória*, a lei estabeleceu o alcance temporal da respectiva eficácia (art. 296); a atipicidade das medidas destinadas a proporcioná-la (art. 297); a exigência de motivação (art. 298); a forma de sua efetivação - que remete ao cumprimento provisório (art. 297, § único) e uma regra única sobre competência (art. 299). Para a *tutela de urgência*, a lei uniformizou os requisitos para a respectiva concessão (art. 300); regulou a exigência de contracautela (art. 300, § 1.º); previu a concessão de liminar (art. 300, § 2.º) e criou uma regra única para responsabilidade civil (art. 302). De quebra, aí se incluiu uma regra só válida para a tutela de urgência antecipada, que é a do limite trazido pelo perigo de irreversibilidade (art. 300, § 3.º); e outra só válida para as cautelares, que reforça a atipicidade já prevista para a tutela provisória (art. 301).

A limitação temporal da eficácia da tutela provisória soa como um aparente pleonasmo: justamente porque provisória ela conserva sua eficácia até que a tutela definitiva prevaleça - embora a lei não use exatamente essa terminologia. Por ser provisória, ela pode ser revogada ou modificada, conforme regra do art. 296; que reeditou a norma do art. 807 do CPC/1973, com a amplificação acima mencionada - foi da espécie tutela cautelar para o género da tutela provisória.

Contudo, a própria lei se encarregou de excepcionar esse atributo e, a respeito, é preciso distinguir os casos de tutela provisória de urgência e da evidência. Isso porque o carácter provisório da decisão é decorrência do limite da atividade cognitiva desenvolvida para tanto: como as possibilidades de cognição próprias do devido processo legal ainda não se esgotaram; e considerando que o carácter definitivo do provimento está assentado na ideia de adequada cognição (o que, por exemplo, é ilustrado pelas regras do art. 503, §§ 1.º e 2.º), é lógico e coerente estabelecer que a tutela seja ainda provisória.

E a cognição pode ter diferentes conotações conforme se trate de urgência ou evidência. Mas, desde logo, convém advertir: é perfeitamente possível que exista situação de urgência e que, ao mesmo tempo, esteja presente qualquer um dos fundamentos previstos pelo art. 311 – abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório, prova documental, tese firmada em julgamento repetitivo ou súmula vinculante – a indicar que há também «evidência». Assim, da dicotomia *urgência* e *evidência* não se deve extrair – não ao menos necessariamente – recíproca exclusão. A questão essencial, nesse particular, reside menos no objeto do conhecimento do que na intensidade da cognição: na tutela de urgência, a cognição sobre o pedido e fundamentos da demanda precisa ser sumária porque não há tempo para fazê-lo de forma mais aprofundada. Além disso, é preciso conhecer a própria situação de perigo – do ponto de vista lógico, um objeto diverso para o ser que conhece. Já no caso da tutela de evidência, o pedido e os fundamentos dispensam cognição mais aprofundada, justamente pela «evidência» que se apresenta.

Essa distinção é relevante e essencial para prevenir equívocos: da mesma forma que pode haver um pleito urgente e, ao mesmo tempo, «evidente», é possível haver pleito de tutela antecipada «satisfativa»; que esse pleito seja fundado na urgência; mas que não se apresentem quaisquer das situações reputadas pela lei como de evidência (art. 311). Nesse caso, não se pode negar a tutela apenas pelo argumento da falta de evidência: como positivou o art. 300, a tutela provisória de urgência deve ser concedida quando houver elementos indicativos da «probabilidade» do direito.

No caso de tutela provisória fundada na urgência, o provimento antecipado requerido em caráter antecedente poderá se tornar «estável», na forma dos artigos 303 e 304. Se isso ocorrer – porque não interposto recurso contra o pronunciamento que deferir a tutela – a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada é possível, mas desde que na forma dos parágrafos do art. 304. Portanto, aí está um caso de tutela provisória (fundada em urgência) que não se submete à regra geral do art. 296. Já na tutela fundada na evidência, a regra está no art. 311, que não contém nenhuma ressalva quanto ao caráter provisório do provimento: nos casos ali previstos, a tutela pode ser deferida, mas também pode posteriormente ser revogada ou modificada, como é a regra da tutela provisória (gênero da tutela fundada na evidência), conforme disposto no art. 296.

Adicionalmente é preciso considerar a disciplina que o CPC vigente dedicou ao «julgamento antecipado parcial do mérito», autorizado pelo art. 356; cujo inciso I reedita – ainda que com redação parcialmente diversa – a norma do § 6.º do art. 273 do CPC/1973: acolhe-se o pedido desde logo quando ele se mostrar incontroverso. Vale dizer: embora a falta de controvérsia não seja exatamente um fundamento da tutela provisória da evidência, a hipótese era e

pode continuar a ser tratada como uma forma de tutela da evidência; embora não seja provisória. Aliás, com o CPC/2015 fica afastada qualquer dúvida: julgado procedente o pedido incontroverso (agora não mais apenas antecipada a tutela), a decisão é definitiva (isto é, não é provisória), apenas com a ressalva óbvia de que, havendo recurso, sua eficácia pode ficar suspensa ou, ao menos condicionada ao resultado do respectivo julgamento. Tal pronunciamento é impugável por agravo de instrumento (art. 356, § 5.º). Contudo, o recurso não impede eventual liquidação e, mais do que isso, se houver preclusão («trânsito em julgado»), a lei é expressa ao dizer que «a execução será definitiva» (art. 356, § 3.º).

193. O caráter atípico da tutela provisória (cautelar e antecipada). O

caráter atípico da tutela provisória pode ser extraído da regra do art. 297, *caput*, segundo o qual o juiz poderá determinar «as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória». Isso significa dizer que o Código preferiu dar ao juiz o poder de determinar o conteúdo da tutela provisória à opção de indicar o rol de medidas pelas quais isso poderia se dar. Mas, essa possibilidade precisa ser adequadamente compreendida.

No sistema do CPC/1973, essa atipicidade era prevista para a tutela cautelar, conforme regra do art. 798: para além das medidas nominadas, a lei permitia outras medidas fundadas no então denominado «poder geral de cautela». Agora, no sistema do Código vigente – em que a tutela cautelar explicitamente passou a ser uma das espécies de tutela provisória de urgência – positivou-se, de forma mais ampla diversa, uma espécie de «poder geral de editar tutelas provisórias».

No contexto em que tutela cautelar e tutela antecipada estavam mais claramente apartadas era relativamente fácil entender que a opção legal pela atipicidade era compatível com os provimentos cautelares. Estes são destinados a garantir a utilidade e eficácia do provimento principal, isto é, são dotados de dupla instrumentalidade. Portanto, em relação à tutela cautelar faz sentido falar de medidas que o juiz possa considerar «adequadas» (=adequadas a garantir um provimento principal útil). Daí se entender que, em relação a tais medidas, o princípio da demanda vigora com atenuações; e que, por isso mesmo, elas podem, ainda que com ressalvas, ser concedidas de ofício pelo magistrado. Ao fazê-lo, como foi dito, o juiz tutela o processo e não o direito material da parte.

«Sem prejuízo do exposto no texto, vale registrar que, sob a égide do CPC vigente, a possibilidade de o juiz editar provimentos cautelares de ofício não é reconhecida de forma unânime na doutrina. Há quem, negando a possibilidade, admita que o juiz – no âmbito do dever de colaboração – poderia cogitar ou até mesmo sugerir que tal ou qual medida fosse pedida pela parte; o que, preservada convicção diversa, decididamente não parece

ser correto. Há quem simplesmente negue a concessão de ofício (de medidas cautelares), submetendo o pleito à regra de inércia da jurisdição e, portanto, ao ônus de alegação e pedido pelo interessado. De fato, conquanto a lei não tenha previsto o ajuizamento de uma «ação cautelar» nos moldes concebidos pelo precedente diploma processual (isto é, de forma autônoma), ela disciplinou o «procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente» (arts. 305/310). Isso autoriza dizer, portanto, que à míngua de um pedido «principal», realmente não é possível exercício espontâneo de jurisdição para edição, de ofício, de medida de urgência cautelar; menos ainda antecipada. No primeiro caso, o juiz simplesmente não teria qualquer parâmetro para saber que direito haveria «a assegurar» (art. 305, *caput*); no segundo caso, não seria possível antecipar efeitos substanciais que não foram pedidos. Mas, na premissa de que haja um «pedido principal» adequadamente deduzido, a possibilidade da concessão de medida cautelar de ofício, quando menos para substituição daquela pretendida pelo autor por outra que seja «adequada e suficiente para evitar a lesão» (expressão outrora empregada pelo art. 805 do CPC/1973), deve ser reconhecido, justamente por conta da função que a tutela cautelar desempenha no sistema.»

De forma coerente com essa regra de atipicidade da tutela cautelar, o CPC/1973 consagrara uma regra de fungibilidade, conforme art. 805 daquele diploma: mediante requerimento ou de ofício, o juiz poderia substituir a medida por outra, «sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente». É, por sinal, uma regra que não encontra correspondência no CPC vigente.

Certo que princípio da demanda, de um lado, e conteúdo do provimento, de outro lado, são coisas diversas: uma coisa é dizer que o juiz pode (ou não pode) editar tal ou qual medida de ofício; outra é dizer que ele tem um poder geral e atípico de editar provimentos jurisdicionais, isto é, determinar qual a respectiva eficácia da decisão. Mas, especialmente no tema aqui examinado, as coisas acabam se interseccionando porque se é ônus do interessado romper a inércia da jurisdição; expor fatos e fundamentos jurídicos e pedir; então parece evidente que é ele demandante que – presumivelmente com apoio no direito material – dá o conteúdo do provimento jurisdicional que almeja. O autor define os pedidos imediato (provimento) e mediato (bem da vida), competindo ao magistrado, ao menos como regra, acolher ou rejeitar o que foi pretendido, sem poder alterar o objeto do processo (=pretensão).

Por tudo isso, no final das contas, não há para o juiz – não ao menos quando se pensa na tutela que não seja a provisória – uma prerrogativa de conceder medidas atípicas que «considerar adequadas». Por outras palavras: para a tutela «definitiva», o juiz não tem «poder geral» qualquer e deve ficar adstrito aos termos da demanda. O princípio da demanda, não custa lembrar,

está longe de ser mero e indesejável formalismo. Ele assume que a jurisdição não tem apenas um escopo jurídico, mas também social (pacificação mediante eliminação da controvérsia) – para não falar em preservação da imparcialidade e observância do contraditório.

Até aí tudo estaria bem porque a regra do art. 297 do CPC vigente vale para a tutela provisória, não para a definitiva. Ocorre, contudo, que a tutela *antecipada* – fundada na urgência ou na evidência – é satisfativa, isto é, produz total ou parcialmente a eficácia material desejada pelo autor, conforme expressou quando se trata de tutela provisória cautelar, realmente o art. 297 é aplicável. Mas, quando se trata de tutela provisória antecipada (fundada em urgência ou evidência), o que possa ser deferido em caráter provisório há que necessariamente guardar coerência com o objeto do processo. Vale dizer: nesse âmbito, o juiz não pode simplesmente determinar medidas substanciais que entenda «adequadas». Em matéria de provimentos que antecipem total ou parcialmente a tutela final pretendida, o juiz fica adstrito aos termos do pedido.

Pensar diferentemente seria imaginar que ao juiz seria dado deferir em caráter provisório mais ou diferente do que poderia dar ao final; o que é vedado pelo sistema. Portanto, não se deve entrever na regra do art. 297 do CPC algo que pudesse superar postulados essenciais do sistema, como a inércia da jurisdição e o princípio da demanda.

Apenas para ilustrar, se o autor busca a invalidação de certo negócio jurídico, suspender a respectiva eficácia (total ou parcialmente) é providência provisória coerente com o objeto do processo – quer se entenda que tal suspensão seria cautelar ou típica antecipação. Mas, não poderia o juiz, por exemplo, determinar que, no curso do processo, o contrato passasse a ser executado de forma diversa, numa espécie de revisão das bases do negócio. Vale dizer: no exemplo dado, se a parte não pediu a revisão, é vedada qualquer providência provisória norteadas por um resultado não pretendido pelo autor. Esse é o sentido de «adequada» nesse contexto: adequação ao objeto do processo.

De outra parte, ao suprimir a disciplina autônoma do processo cautelar e, com isso, acabar com a previsão de medidas cautelares típicas, o Legislador – ainda que inspirado por bons propósitos – gerou efeitos colaterais em boa medida indesejáveis.

É que, na disciplina vigente, o Código não fez mais do que exemplificar as formas pelas quais se pode obter a tutela (de urgência) cautelar, falando em medidas tais como «arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito» (art. 301). Ocorre que, a previsão de medidas típicas, no sistema precedente, significava não apenas a disciplina de regras processuais – acerca de posições

jurídicas (ônus, faculdades, deveres) e do procedimento – mas especialmente a alusão a hipóteses da vida, fruto da experiência acumulada, caracterizadoras e, por assim dizer, ilustrativas, dos requisitos do perigo da demora e da plausibilidade do direito a ser assegurado. Para ilustrar a assertiva, remete-se à leitura das regras insertas nos arts. 813, 814, 822, 855, do CPC/1973.

Sem essa previsão, a configuração dos requisitos para concessão da medida, feita de forma apenas genérica pela lei, fica integralmente remetida ao juiz, em cada caso concreto. Isso tem aspecto positivo pelo ângulo da atipicidade porque afasta indevidas limitações que um dia parte da doutrina e da jurisprudência já pretendeu extrair da tipicidade legal. Mas, há aspecto negativo pela falta de elementos objetivos (estabelecidos pela lei e dirigidos ao juiz) a justificar a concessão desta ou daquela medida – do que pode decorrer risco à segurança jurídica. Além disso, o sistema de medidas típicas oferecia bons parâmetros para delimitar o conteúdo e a eficácia das medidas (isto é, no que consistiam); o que, hoje, não mais existe, sendo quando menos prudente que a experiência acumulada e positivada pelo Código precedente permaneça como referência quer para a parte que pede, quer especialmente para o juiz, a quem compete decidir e determinar o conteúdo e os efeitos da tutela provisória de urgência cautelar.

194. A efetivação da tutela provisória. O modo de dar cumprimento às espécies que compõem o gênero *tutela provisória* experimentou, entre nós, uma extensa evolução, que passou pela superação da autonomia que outrora distinguia a relação processual dedicada à atividade cognitiva, de um lado, daquela voltada à atuação prática do direito reconhecido, de outro lado.

Quanto aos provimentos tipicamente cautelares, justamente porque fundados na urgência, sempre se entendeu que seu cumprimento não poderia se sujeitar ao modelo vigente para a execução, se considerada a autonomia acima mencionada. Daí se dizer que tais decisões teriam natureza mandamental ou executiva (em sentido lato), porque dispensariam a instauração de um novo processo para a respectiva efetivação. Mais do que isso, tal efetivação não poderia ser obstada pela oposição de embargos do devedor – medida que tradicionalmente era atribuída ao devedor para se opor à execução e que, na origem do CPC/1973, tinha o condão de suspender a prática de atos executivos.

Já quanto aos provimentos antecipatórios, desde as reformas que os tornaram regra geral (CPC/1973, arts. 273 e 461), procurou-se também deixar claro que a efetivação de tais decisões não poderia – a exemplo do que se entendia para as cautelares – se submeter ao regime até então tradicional da execução. De que adiantaria antecipar a tutela se ela não pudesse ser, desde logo, atuada? De início, então, a lei até falou em «execução» da tutela antecipada, embora já tivesse feito ressalvas a respeito. Depois, o sistema processual brasileiro acabou

alterado de forma mais ampla, de tal sorte que aquela autonomia foi superada e passou a vigorar o que se denominou de processo sincrético, a englobar uma fase cognitiva e uma de cumprimento.

Dessa forma, então e com as ressalvas acima, chega-se à regra do art. 297, parágrafo único, do CPC/2015. Não de hoje, o cumprimento provisório de sentença deve ser realizado «da mesma forma que o cumprimento definitivo», embora submetido às regras constantes do art. 520 do CPC/2015 (art. 475-O do CPC/1973). Esse é o regime da efetivação da tutela antecipada que, ademais, haverá de observar as regras gerais do cumprimento (arts. 513 e ss.), além das regras especiais, que consideram a natureza da obrigação a ser satisfeita.

Mas, é preciso considerar pelo menos duas circunstâncias relevantes. Primeiro, a tutela provisória poderá ser – ainda que excepcionalmente – concedida sem prévia audiência do requerido. Isso significa dizer que, em tese, se concedida dessa forma, ela também poderá ser efetivada antes que o réu seja trazido para o processo. Segundo, é preciso ter em mente que o cumprimento provisório, justamente pela circunstância já apontada, permite chegar a resultados atingíveis mediante cumprimento definitivo: levantamento de quantia; alienação de domínio ou de posse; e resultados dos quais possa resultar grave dano ao executado, são admitidos, bastando que o requerente preste caução idônea (art. 520, IV).

Ora, uma coisa é pensar no cumprimento provisório resultante de uma sentença ou acórdão, formado com amplo debate, mas cuja eficácia está liberada apenas porque o recurso cabível não tem efeito suspensivo; outra coisa, bastante diversa, é a tutela provisória, fundada em cognição não exaustiva e que, no raciocínio exposto, pode ser deferida e efetivada antes mesmo que o réu venha para o processo – caso em que de «provisória» ela terá muito pouco. Portanto, apenas em situações marcadamente excepcionais será possível se chegar a esse ponto.

Lembre-se que a CF impede que as pessoas sejam privadas de sua liberdade e de seu patrimônio sem o devido processo legal (CF, art. 5.º, LV) e a simples possibilidade de reparação por perdas e danos não é suficiente, por si só, para autorizar que se chegue aos resultados do cumprimento definitivo no âmbito de mera tutela provisória. Por isso é que o § 3.º do art. 300 reproduziu – ao menos no tocante à tutela provisória de urgência – a regra do § 2.º do art. 273 do CPC/1973: é requisito negativo da tutela não gerar perigo de irreversibilidade.

A interpretação de tal dispositivo deve seguir a mesma consagrada pela doutrina dominante para o diploma vigente: o óbice legal não é intransponível porque, da mesma forma que a concessão da tutela provisória pode gerar perigo de irreversibilidade, assim também o pode a eventual recusa. O acesso à justiça, portanto, deve ser corretamente visto em perspectiva bilateral, isto é, tanto do autor quanto do réu. No limite, a solução será a de ponderação dos

valores envolvidos, reafirmada a excepcionalidade da concessão e da efetivação de provimentos jurisdicionais sem prévia e útil oportunidade de defesa.

195. Fundamentos autorizadores da concessão da tutela provisória (e a correspondente exigência de motivação). No sistema do CPC/1973 (com as diferentes alterações legislativas que experimentou), a tutela *cautelar* era concedida com base nos tradicionais requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora (arts. 798, 799, 801, III e IV e 804). Já a tutela antecipada era deferida diante de maior grau de certeza, traduzida na expressão «prova inequívoca» que conduza à «verossimilhança da alegação», do *caput* art. 273; ou na locução «relevante fundamento», empregada pelo § 3.º do art. 461 – e encontrada na legislação extravagante, como nos casos de mandado de segurança, de tutela do consumidor e outros. Na tutela antecipada, ainda pensando no CPC/1973, o perigo da demora também é requisito da lei (art. 273, II), mas se afigura dispensável nos casos de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II); ou, ainda, no caso de parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6.º).

No CPC vigente não há previsão de requisitos genéricos para a concessão da tutela *provisória*. O que existe, de um lado, é a regra segundo a qual, para a tutela provisória de *urgência*, são exigíveis «a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo» (art. 300, *caput*). E, de outro lado, há previsão dos requisitos para concessão da tutela da *evidência*, com a expressa dispensa, nesse caso, do perigo (art. 311, *caput*): abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (art. 311, I, que repete a dicção do inciso II do art. 273 do CPC/1973); comprovação dos fatos alegados por via documental (incisos II, parte inicial, III e IV); causa de pedir fundada em tese «firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante» (inciso II, parte final). Importante: a situação de parcela incontroversa da demanda – fundamento para antecipação no CPC/1973 (art. 273, § 6.º) – passou a ser (corretamente, por sinal) fundamento para julgamento antecipado parcial do mérito, na forma do art. 356, inciso I.

O que se tem, sob a ótica dos requisitos para concessão da tutela provisória, então, é o seguinte: a) há regra expressa para a tutela provisória de urgência (art. 300, *caput*); e b) há regra expressa para a tutela provisória da evidência (art. 311).

Contudo, conforme ponderado em tópico precedente, é preciso considerar que, ao positivar a dicotomia *urgência* e *evidência*, o CPC/2015 pareceu sugerir que haveria entre essas hipóteses alguma forma de recíproca exclusão; o que não é correto. A questão essencial, nesse particular, reside menos no objeto do conhecimento e mais na intensidade da cognição: na tutela de urgência, a cognição

sobre o pedido e fundamentos da demanda precisa ser sumária porque não há tempo para fazê-lo de forma mais aprofundada. Além disso, é preciso conhecer a própria situação de perigo – do ponto de vista lógico, um objeto diverso de cognição. Já no caso da tutela de evidência, o pedido e os fundamentos dispensam cognição mais aprofundada, justamente pela «evidência» que se apresenta.

Essa distinção é relevante, na projeção do que concretamente pode ocorrer em juízo: da mesma forma que pode haver um pleito *urgente* e, ao mesmo tempo, «*evidente*», é possível haver pleito de tutela antecipada (satisfativa, portanto), fundado na urgência, mas sem que se apresentem quaisquer das situações reputadas pela lei como de evidência (art. 311). Nesse último caso, não se pode negar a tutela apenas pelo argumento da falta de evidência: como positivou o art. 300, a tutela provisória de urgência deve ser concedida quando houver elementos indicativos da «probabilidade» do direito. Portanto, há aqui uma alteração digna de nota: enquanto o CPC/1973 exigia expressamente para a tutela antecipada – na sua perspectiva, satisfativa – o requisito de «prova inequívoca» (art. 273, *caput*), o CPC vigente admite que a tutela antecipada satisfativa, sob a roupagem de tutela provisória de urgência, seja deferida com base em menor grau de certeza, isto é, com base apenas em «elementos que evidenciem a probabilidade do direito» (art. 300, *caput*).

É que, no sistema do Código vigente, a tutela provisória de urgência pode ser não apenas cautelar, mas também antecipada (art. 294, parágrafo único). Assim, como há apenas uma regra para os requisitos da tutela provisória de urgência, a disciplina dos requisitos para concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada (de urgência) acabou ficando no mesmo patamar.

Se isso, por um lado, é correto (porque, como dito acima, não se pode recusar tutela provisória diante de situação de urgência apenas pelo argumento da falta de «evidência»), por outro lado é preciso considerar também que tutela antecipada significa produção antecipada (total ou parcial) da eficácia substancial pretendida pelo autor na demanda. Ou seja: tutela provisória de urgência não é apenas a cautelar, destinada a assegurar a eficácia do provimento principal; tutela provisória de urgência pode, no sistema do diploma em vigor, ser satisfativa, e, dada a exigência contida no inciso LV do art. 5.º da CF, é preciso que provimento de tal natureza seja embasado em maior grau de certeza quanto à existência do direito afirmado.

Isso tudo, então, há que se projetar sobre a motivação da decisão que concede a tutela provisória. Sob ótica genérica, a regra do art. 489, § 1.º, do CPC vigente foi consideravelmente analítica ao descrever as hipóteses em que, a senso contrário, uma decisão não se considera adequadamente motivada. Essa disciplina geral se aplica aos pronunciamentos concessivos ou denegatórios de tutela provisória. Conceitualmente, a motivação – postulado que descende do

contraditório e do devido processo legal – é uma só e, portanto, ela é exigida quer se trate de tutela provisória, quer de tutela definitiva. Por isso é que o art. 298 reiterou a exigência na disciplina específica da tutela provisória.

Mas, convém fazer ressalvas, porque não há simplesmente como tratar de maneira uniforme das hipóteses de tutela provisória fundada na *urgência*, de um lado, e aquelas fundadas na *evidência*, de outro. Mais: na tutela provisória de urgência, não há simplesmente como equiparar – para efeito de fundamentação – a tutela *cautelar* (garantidora da eficácia do resultado útil do processo), de um lado; e a tutela *antecipada*, (que é satisfativa porque produz, total ou parcialmente, os efeitos substanciais desejados pelo autor), de outro.

Começando pela *tutela de urgência*, convém relembrar o seguinte: no Código vigente há apenas uma regra para os requisitos da tutela provisória de urgência (art. 300), de tal sorte que a disciplina dos requisitos para concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada de urgência acabou ficando – ao menos na literalidade da lei – no mesmo patamar.

Como já foi dito anteriormente, isso é correto porque não se pode recusar tutela provisória diante de situação de urgência apenas pelo argumento da falta de «evidência». Mas, como também já foi enfatizado, é preciso considerar que tutela antecipada significa produção antecipada (total ou parcial) da eficácia substancial pretendida pelo autor na demanda. Ou seja: tutela provisória de urgência não é apenas a cautelar, destinada a assegurar a eficácia do provimento principal; tutela provisória de urgência pode, no sistema do CPC/2015, ser *satisfativa* – dicção empregada pelo art. 4.º, ao tratar da duração razoável do processo – e, dada a exigência contida no inciso LV do art. 5.º da CF, é preciso que provimento de tal natureza seja embasado em maior grau de certeza quanto à existência do direito afirmado.

Sob a ótica da *motivação* isso quer dizer que o correspondente *dever* do juiz se apresenta mais complexo nos casos de tutela provisória de urgência antecipada: para produzir efeitos substanciais é preciso grau de certeza superior àquele suficiente para «apenas» garantir o resultado útil do processo – o «apenas» se explica porque mesmo provimentos puramente cautelares produzem efeitos substanciais (tema que não é possível desenvolver aqui). Não é que, para conceder tutela provisória de urgência cautelar o juiz possa simplesmente ignorar os parâmetros do art. 489 do CPC. Mas, forçoso reconhecer que, nesse caso, está-se efetivamente a se falar em probabilidade do direito alegado e, portanto, o grau de certeza exigido é realmente menor. Já no caso de tutela provisória de urgência antecipada (que produz, total ou parcialmente, efeitos substanciais, quiçá excepcionalmente irreversíveis), o encargo legal de motivação é redobrado; o que, aliás, é coerente com tudo o que foi dito acerca dos fundamentos autorizadores dessa modalidade de tutela.

Sob a ótica dos fundamentos (empregados pelo autor na demanda e pelo juiz na decisão) não parece ser possível simplesmente aplicar à tutela antecipada uma teoria engendrada essencialmente para os provimentos cautelares. Para esses últimos, particularmente ao ensejo do confronto entre a aparência do bom direito e o perigo da demora, construiu-se teoria que recorreu à imagem dos «vasos comunicantes». Sob essa ótica, quanto maior a verossimilhança do direito, menor a exigência com a gravidade e com a iminência do dano: e vice-versa, conforme doutrina construída em torno do tema.

Mas, também é certo que essa teoria obviamente não chega ao ponto de, em nome do perigo da demora, prescindir de elementos mínimos quanto à plausibilidade do direito material alegado. Assim, embora a cautelar se satisfaça com a mera probabilidade, o perigo não pode ser visto isoladamente. Do contrário, o processo poderia tutelar quem estivesse exposto a risco por força de situação legitimada pelo Direito. Isso significaria que o processo cautelar seria fonte autônoma do direito material; o que transgrediria sua finalidade de mera garantia da utilidade do processo. Ora, se isso vale para a tutela provisória de urgência cautelar, com maior razão vale para a tutela provisória de urgência antecipada.

Já nos casos de tutela antecipada fundada na *evidência*, não há exigência de perigo da demora (CPC/2015, art. 311). Contudo, e talvez até mesmo por isso (além do caráter satisfativo da tutela), o dever de motivação é também incrementado, inclusive por uma razão lógica: essa forma de tutela é condicionada a maior grau de certeza e, portanto, isso deve se refletir na fundamentação. Não basta ao juiz empregar locuções vazias como «considerando a farta documentação que instruiu a inicial»; nem basta, na hipótese prevista pela parte final do inciso II do art. 311, limitar-se o pronunciamento à invocação de precedente, «sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos», como de forma prudente exigiu o inciso V do art. 489.

196. Tutela provisória requerida em caráter antecedente ou incidental. A tutela provisória pode ser demandada em caráter *antecedente* ou *incidental* (art. 294, parágrafo único). Trata-se de distinção que tem potenciais desdobramentos: ela pode interferir na determinação da competência (art. 299); na incidência, ou não, de taxa judiciária (art. 295); e, especialmente, é relevante quando se trata de tutela antecipada ou cautelar requerida em caráter antecedente, conforme evidencia a disciplina contida, respectivamente, nos arts. 303/304 e 305/310. Ali, dentre outros, a lei disciplinou a *estabilização* da tutela antecipada (art. 304).

Como já foi visto, o processo cautelar – que no CPC/1973 mereceu disciplina abrangente de um de seus cinco Livros – deixou de ter autonomia no diploma

vigente. Isso quer dizer que as medidas *cautelares* – espécie do gênero *tutela de urgência* – devem ser requeridas e deferidas no bojo de processo único. O sincretismo implantado no CPC/1973 para a execução (então transformada em fase de cumprimento) foi ampliado no diploma vigente: num mesmo processo há cognição, cumprimento de sentença e, sendo o caso, tutela provisória (de urgência – cautelares ou antecipadas – ou da evidência).

Essa autonomia já se tornara objeto de reflexão e crítica e sua subsistência soava como reminiscência de um período em que o direito processual buscava sua própria afirmação como ciência autônoma. Aliás, já no CPC/1973 a norma contida no § 7.º do art. 273 sugeria quando menos uma atenuação de tal autonomia, por se permitir que uma medida cautelar fosse concedida incidentalmente em processo de conhecimento. Contudo, a autonomia do processo cautelar não era apenas uma expressão exagerada da abstração do direito de ação, mas estava ligada ao objeto da cognição a ser empreendida pelo órgão judicial, isto é, à necessidade de se conhecer fatos de forma sumária e não exauriente, para o que não poderia aguardar a dilação probatória a ser empreendida no processo 'principal'; de se conhecer fatos que não necessariamente são relevantes para o desfecho do processo principal (por exemplo, como no caso do arresto, em que não se investiga propriamente a existência do crédito, mas apenas se busca saber se estão presentes, ou não, as situações que eram bem ilustradas pelos arts. 813 e 814 do CPC/1973); e de se preservar o contraditório, na apuração desses fatos.

Esse dado ainda precisa ser considerado no contexto em que se abriu mão da autonomia do processo cautelar: a concessão da providência de forma incidente não pode e não deve prejudicar o andamento do processo principal, criando nele uma fase instrutória «preliminar» que, ao invés de racionalizar o desenvolvimento do processo, viria certamente a tumultuá-lo; nem prejudicar o exercício regular do contraditório, podendo e devendo abrir-se margem para que a parte contra quem foi deferida a medida deduza suas razões, impugnando o pedido.

197. Tutela provisória antecipada de urgência requerida em caráter antecedente. O pleito de tutela antecipada fundada em urgência feito já no ato inaugural do processo era um dado conhecido do sistema do CPC/1973 (com as alterações que, ao longo do tempo, foram incorporadas ao respectivo art. 273) – embora certamente não se falasse em caráter «antecedente». E nem era o caso de se falar porque não havia uma cisão de elementos – ou de momentos – que pudesse justificar logicamente um «antecedente»; que só pode existir se, depois, vier algo que lhe seja «subsequente». O pleito era um só: o da tutela «final» e o da respectiva antecipação. Portanto, se nada tivesse sido regulado pelo Código vigente a esse respeito, tudo seguiria como antes.

Relembre-se que a situação tomada pelo Legislador é a de tutela antecipada fundada na urgência. Por isso é que o art. 303 principia considerando a hipótese de a urgência ser «contemporânea à propositura da demanda» - repita-se, situação já conhecida no sistema do CPC/1973. O que, então, há de novo é uma *atenuação do ônus de alegação do autor*: ela pode se limitar ao pleito de antecipação acompanhado de mera «indicação do pedido de tutela final», traduzida na «exposição da lide» (terminologia que lembra a do art. 801, III, do CPC/1973), do direito «que se busca realizar» e do «perigo de dano». Daí a cisão de elementos ou de momentos, que confere a esse pleito, no diploma vigente, um caráter «antecedente»: concedida a tutela antecipada (de urgência), a lei dá, então, oportunidade para que o autor «adite» a petição inicial, com a eventual complementação da causa de pedir (de sua «argumentação» disse a lei de forma imperfeita); com a vinda de novos elementos probatórios («novos documentos»); e com a «confirmação» do pedido de tutela «final» (art. 303, § 1.º, I).

Por outras palavras: embora a autonomia do processo cautelar tenha terminado, o Código vigente estabeleceu *dois momentos de postulação*: um «antecedente», fundado em elementos - alegação e prova - quiçá menos consistentes, ajustados a uma cognição superficial, adequada ao momento de urgência; e um relativo à «tutela final». Não há uma «ação principal» e menos ainda um outro processo ao qual se pudesse dar igual qualificativo. Não há novo pagamento de taxa judiciária (art. 303, § 3.º) e o valor da causa que prevalece, ao final das contas, é aquele relativo à «tutela final». Contudo, o método criado pelo Legislador chega quase lá: se o autor não se desincumbir do ônus relativo ao segundo momento postulatório - não propuser a «ação principal», diriam ecos do passado - a consequência é a extinção do processo sem resolução do mérito, com a consequente perda de eficácia da medida de urgência antes deferida. A semelhança com a regra do art. 808, I, do CPC/1973 é clara. Mais ainda: se o juiz entender que não é caso de deferir a tutela de urgência, ele instará o autor a emendar - antes se falara em «aditar» - a inicial, presumivelmente para trazer os elementos que dão consistência ao pleito de «tutela final».

A situação não deixa de ser curiosa: o Legislador se sensibilizou pela circunstância de que a urgência pode prejudicar a demanda inaugural - por subtrair ao autor a possibilidade de trazer melhores elementos de alegação e de prova; e, diante dessa constatação, mesmo tendo acabado com a autonomia do processo cautelar, trouxe para o campo da tutela *antecipada* (de urgência) uma dicotomia que, em relação a ela, não havia no CPC/1973; e que justamente era uma das características da tutela *cautelar*.

Outro dado a constatar é o de que, ao reconhecer que o autor pode se limitar à «indicação do pedido de tutela final», com a mera «exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano», o Código confirmou que, em se tratando de tutela antecipada de urgência, realmente não há mais que se falar em

«prova inequívoca», como um dia falou o *caput* do art. 273 do CPC/1973. Por outras palavras, conquanto esteja a postular autêntica antecipação dos efeitos da tutela (portanto, produção de efeitos substanciais e não meramente processuais), o autor está autorizado pela lei a trazer elementos assumidamente precários; tanto que a Lei abriu a oportunidade de «complementação da argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido final».

Isso é coerente, forçoso reconhecer, com a regra do art. 300, segundo a qual a tutela de urgência – aí incluída a tutela antecipada fundada nesse fundamento – será concedida «quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito». Essa locução, embora não seja idêntica à fórmula empregada pelo *caput* do art. 303, aponta para a mesma direção: na tutela antecipada de urgência, o Legislador passou a admitir seja ela concedida mesmo que não haja um elevado grau de certeza.

Mas, é preciso lembrar o que já foi destacado: realmente, não se pode recusar tutela provisória diante de situação de urgência apenas pelo argumento da falta de «evidência»; seja ela cautelar, seja ela antecipatória dos efeitos do provimento final. No entanto, é preciso insistir na circunstância de que a tutela antecipada significa produção antecipada (total ou parcial) da eficácia substancial pretendida pelo autor na demanda. A tutela provisória de urgência não é apenas a cautelar, destinada a assegurar a eficácia do provimento principal; tutela provisória de urgência pode, no sistema do Código vigente ser *satisfativa*.

No balanço final, o diploma processual avançou: ele afastou a ideia incorreta de que tutela antecipada fundada em urgência somente poderia ser deferida com base em prova inequívoca. Há situações de urgência, em que o mal descrito pelo autor só pode ser debelado mediante medida tipicamente antecipatória (não exatamente cautelar). Tais situações não podem ficar carentes de tutela apenas pelo argumento de que não haveria «prova inequívoca». Isso, em alguma medida, recupera construção doutrinária clássica, segundo a qual as medidas antecipatórias também se inscrevem no sistema das medidas cautelares. Mas, tal ideia, conquanto correta, não afasta a advertência feita acima.

198. Estabilização da tutela provisória antecipada de urgência.

Segundo a regra do *caput* do art. 304 do CPC, a tutela concedida nos termos do art. 303 «torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso». É a assim chamada *estabilização da tutela antecipada*.

A primeira dúvida relevante relativamente ao instituto diz respeito à respectiva utilidade, sendo lícito questionar até que ponto a técnica assim estabelecida possa efetivamente produzir vantagens relevantes. Dúvida análoga surgiu, no passado, quando da implantação da ação monitória, cuja eficiência – ao menos

no modelo adotado entre nós – dependeria, tal como na situação ora examinada, da eventual inércia do demandado. Na monitória, o réu que deixa de promover embargos ao mandado monitório abre margem para o nascimento de título executivo judicial, dotado da respectiva eficácia preclusiva (art. 701, § 1.º). No instituto aqui examinado, o que se passa é que o réu não recorre contra a decisão antecipatória e ela se estabiliza. Daí, então, a renovada dúvida sobre se será plausível esperar, entre nós, que decisões antecipatórias restarão irrecorridas em número relevante de casos.

Não bastasse isso, é de duvidosa utilidade para o sistema consentir na vigência de uma decisão judicial que produz efeitos substanciais, mas de forma assumidamente provisória e, ao menos em alguma medida, indefinida. É que, uma vez que ocorra a condição prevista no caput do art. 304, a lei determina que o processo seja extinto (§ 1.º) e abre a possibilidade de a decisão ser «revista, reformada ou invalidada» por decisão «de mérito», postulada em ação própria, a ser intentada por «qualquer das partes» (§§ 2.º a 4.º); para o que a lei estabelece o significativo prazo de dois (2) anos (§ 5.º). Aliás, a lei estabeleceu que tal decisão «não fará coisa julgada»; o que autoriza colocar em dúvida a conveniência para o sistema de uma «estabilização» que, a depender do ângulo de exame, é pura e simples negação de qualquer estabilidade.

Num sistema que já contempla um rol consideravelmente extenso de títulos executivos extrajudiciais (vide rol do art. 784, sem falar na legislação extravagante); num ordenamento que já permite a antecipação dos efeitos da tutela com base na evidência, de forma consideravelmente ampla (arts. 311 e seguintes); num modelo em que, para além disso tudo, positivou-se a ação monitória, como mecanismo também apto a acelerar a formação de título executivo judicial (arts. 700/701); a regra de que tutela de urgência se «estabilize» – no aguardo de uma futura demanda em que poderá ser revista – parece ser realmente um excesso; danoso como sói acontecer com os excessos. Diante de tal arcabouço, parece difícil divisar qual o sentido em dar «estabilidade» para uma decisão fundada em cognição não exaustiva.

Não bastasse isso, condicionar a estabilidade da tutela à interposição de um recurso, num contexto em que há queixa generalizada (embora às vezes distorcida) de excesso de recursos não parece ser algo exatamente lógico. Num sistema no qual tribunais não raramente criam subterfúgios para não conhecer de recursos, condicionar a estabilidade de uma decisão a tal impugnação soa como assumir um risco desnecessário de controvérsias. Ainda que o Código seja zeloso quanto ao não conhecimento de recursos (basta ver o parágrafo único do art. 932, dentre outros), fato é que a interposição do agravo de instrumento envolve um certo risco para a parte. Quando menos, é preciso extrair do dispositivo que, para impedir a estabilização, basta que a parte tenha interposto o recurso, sendo irrelevante que, posteriormente, ele não seja conhecido por eventual vício

formal. Vale dizer: o que basta é a declaração de vontade da parte, que seja contrária à estabilização, expressada por alguma forma de impugnação.

Aliás, a situação processual soa incoerente: a lei assume que o réu teria resistido ao pedido, ofertando defesa; mas que não teria recorrido e que, então, essa omissão prevaleceria sobre a outra conduta processual. Então, seria mais plausível, simples e razoável seguir o caminho usual: atendida a disposição do inciso I do § 1.º do art. 303, se eventualmente não houvesse resistência ao pedido, este seria simplesmente acolhido, por decisão de mérito que, desde logo, já daria a tutela final, apta a formar coisa julgada material e, de verdade, conduzir a uma tutela estável.

199. Tutela provisória cautelar requerida em caráter antecedente. O pleito de tutela cautelar como objeto de medida antecedente – em «procedimento preparatório», como constava do parágrafo único do art. 801 do CPC/1973 – era situação corriqueira no sistema precedente. Nesse caso, de fato era mais exato falar-se em medida «preparatória» porque o diploma anterior estava fundado em uma cisão de elementos – ou de momentos – coerente com a autonomia do processo cautelar então vigente. Assim, no mais das vezes, primeiro havia o pleito acautelatório e, depois, vinha a «ação principal».

Mas, como já foi visto, o CPC vigente colocou termo a essa autonomia e, sob sua vigência, a medida cautelar é requerida no mesmo processo em que pleiteada a tutela «principal» ou «final». Portanto, era de se esperar que a disciplina desse ponto sofresse mesmo as devidas adaptações.

Como no sistema precedente, o ônus de alegação do autor se resume à «indicação da lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo» (art. 305). Ou seja: o novo dispositivo reedita, grosso modo, os requisitos que constavam dos incisos III e IV do art. 801 do CPC/1973. E, a bem da verdade, não fica longe da redação do *caput* do art. 303, que trata da tutela de urgência, mas antecipada: nesse outro caso, o autor tem o ônus de «indicação do pedido de tutela final», traduzida na «exposição da lide», do direito «que se busca realizar» e do «perigo de dano». Novamente, confirma-se o que já fora destacado anteriormente: no sistema do CPC/2015, a *tutela de urgência* – antecipada ou cautelar – será concedida «quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito» (art. 300).

Daí para frente, contudo, a superação da autonomia do processo cautelar não vai além do fato de que, realmente, tudo se passa num único processo. Assim se diz porque: a) o réu será citado para contestar o pedido cautelar e indicar as provas que pretende produzir (art. 306); b) se o réu for revel, presunem-

-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor (em princípio, os fatos narrados para dar amparo à pretensão cautelar) - art. 307; c) se o pedido (cautelar) for contestado, a lei determina que será observado o «procedimento comum» (art. 307, parágrafo único); d) efetivada a providência pleiteada, o autor tem o ônus de apresentar o «pedido principal» em trinta (30) dias - embora, como salientado, isso ocorra num mesmo ambiente processual - para o que a causa de pedir poderá ser «aditada».

Em linhas gerais, o modelo previsto para a tutela cautelar repete aquele previsto pela tutela antecipada, ambas requeridas em caráter *antecedente*. Há alguma diversidade de terminologia (aparentemente sem justificativa lógica, como ocorre no confronto entre o art. 303, § 1.º, I, de um lado; e o art. 308, § 2.º), mas elas têm em comum a previsão de *dois momentos de postulação*: o primeiro, fundado em elementos - alegação e prova - quicá menos consistentes, ajustados a uma cognição superficial, adequada ao momento de urgência; e um relativo à «tutela final» ou «principal». Em nenhum dos casos há referência a uma «ação principal» porque, como dito e repetido, não há novo processo a instaurar (inclusive sem novo pagamento de taxa judiciária - art. 308, *caput*).

Tal como no caso da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se o autor não se desincumbir do ônus relativo ao segundo momento postulatório - não propuser o «pedido principal» - cessa a eficácia da medida concedida. Aqui não há apenas semelhança com a regra do art. 808, I, do CPC/1973; há identidade.

É certo que o ato postulatório inicial pode abranger não apenas o pedido cautelar, mas também o «pedido principal» (art. 308, § 1.º). Também é certo que, diante do pedido principal, não haverá nova citação do réu, dado que as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou mediação na pessoa de seus advogados (art. 308, § 3.º). Isso conspira a favor da unidade do processo, embora possa deixar dúvidas: se o autor apresentar desde logo o pedido cautelar e o principal, deferida a cautelar, o réu será citado na forma do art. 306 (para contestar) ou, diversamente, será realizada audiência de conciliação e mediação, na forma do art. 334 (art. 308, § 3.º)? Uma possível solução que concilie as disposições, seria a de promover a citação, permitir a contestação para o pedido cautelar sem prejuízo de designação da audiência, ressalvada a possibilidade de contestação do pedido principal depois dessa sessão, se for o caso.

O Código avançou no que era possível: ele foi fiel à realidade, que sistematicamente negava a autonomia do processo cautelar; ele permitiu abertura do contraditório sobre o pedido cautelar (o que é fundamental, uma vez que a respectiva causa de pedir não é necessária e integralmente coincidente com a causa de pedir do pedido principal); ele procurou harmonizar os dois elementos postulatórios (cautelar e «principal»), além de ajustá-los à estrutura do

procedimento comum, que se inicia pela designação de audiência de tentativa de conciliação e mediação.

200. Classificação das ações ou das tutelas (síntese). Como foi dito anteriormente, é com base no *resultado* pretendido pelo demandante que são classificadas as «ações». Por essa razão é que se propôs centrar atenção na mais abrangente e relevante classificação, que é a das *tutelas*, agora entendidas precipuamente com o sentido de *resultado* do processo, tal como pretendido pelo autor na demanda inicial.

Depois de examinadas todas as formas de tutela, convém consolidar o que seja uma classificação das ações a partir desse critério; o que se justifica metodologicamente porque o estudo do direito processual entre nós – e também sua aplicação concreta – continua a dar grande relevância para o instituto da *ação*.

Assim, num modelo no qual atividade declaratória e executiva (ou de cumprimento) são apenas fases de um só processo, poder-se-ia cogitar de não haver mais sentido em se falar na existência das duas grandes e tradicionais categorias: ação de conhecimento e ação de execução. É que, sendo o processo um só, o exercício do direito de ação – do qual resulta, em concreto, a propositura de uma demanda – já deveria ser abrangente de todo o conteúdo daquele mesmo e, repita-se, único processo. Aliás, a desnecessidade de se propor uma nova ação (de execução) depois de proferida a declaração do direito seria, com os desdobramentos daí decorrentes, a grande novidade e o grande mérito da modificação legislativa de que se falou atrás (supra n. 188).

Mas, apesar da adoção do modelo sincrético já descrito, subsiste a classificação que contempla a ação de conhecimento (ou declaratória em sentido lato) e a de execução (supra n. 170). Primeiro, é possível que o processo de execução seja instaurado com base em título executivo extrajudicial. Nesse caso, não há *fase* executiva (ou de cumprimento), mas unicamente processo de execução; portanto, só isso já é suficiente para ditar a subsistência da ação executiva. Segundo e mais importante, o sincretismo entre declaração (ou cognição) e execução não foi suficiente para dispensar o credor de seu ônus de alegação: dele depende a instauração da fase de execução (ou de cumprimento). Tal é o que estabelece o art. 523 do CPC, ao exigir o «requerimento do exequente». Isso significa que, no sistema processual civil vigente, a regra é a de que não há execução ou cumprimento de ofício. Mais do que isso, é lícito entender que, embora formalmente singelo, o pleito do credor para prosseguir no processo para atuação prática do direito declarado encerra exercício do direito de ação. Tanto isso é verdade que continua a vigorar a regra de que a pretensão executiva está autonomamente sujeita à prescrição (CC, art. 206, § 5.º, III).

Também não há sentido em suprimir a categoria da ação cautelar. Sua existência autônoma não se justificava apenas pela circunstância de que, para o direito positivo, existia a previsão e disciplina de um processo autônomo cautelar; ainda que sempre ligado a um processo «principal». Mesmo com a supressão dessa autonomia do processo cautelar, só se poderia banir a ação cautelar se a correspondente tutela pudesse, sem exceção, ser determinada sempre de ofício pelo juiz. Enquanto isso não ocorrer, o pleito de medidas cautelares só poderá ser entendido como resultado do exercício do direito de ação; que, no caso, merecerá ser qualificada de ação cautelar.

Finalmente, talvez se pudesse dizer que, ao invés de se pretender uma classificação das ações, ainda que pelo resultado almejado (tutela, portanto), melhor seria redefinir o conceito de ação, que passaria a ser único por abarcar a declaração, a execução (ou atuação prática do que se declarou) e as medidas de urgência (aí incluídas as cautelares) que eventualmente se fizessem necessárias e adequadas. Sendo assim, num conceito de tal forma abrangente, não seria mais necessário falar em diferentes tipos de ações, como não faria sentido em falar em diferentes tipos de processos, já que um e outro conceito, pelo sincretismo já referido, abarcariam todo o conteúdo que, por outra forma, pretendeu-se decompor na já referida classificação.

Mas, as razões já expostas para a subsistência do reconhecimento de diferentes ações e correspondentes formas de tutela continuam a justificar, ao menos sob a ótica didática, a separação e a consequente classificação dos elementos aqui tratados.