

Capítulo VI – ESPÉCIES DE TUTELAS JURISDICIONAIS E A REALIDADE DOS CONFLITOS

66. as situações da vida, o direito substancial e as técnicas processuais. 67. provimentos jurisdicionais. 68. as crises jurídicas e as tutelas cognitiva e executiva. 69. tutela preventiva, reparatória ou sancionatória – tutela inibitória – tutela específica ou inespecífica (ressarcitória). 70. entre a tutela individual e a coletiva. 71. meios processuais adequados. 72. as tutelas provisórias. 73. tutelas jurisdicionais de urgência. 74. tutela da evidência. 75. tutelas jurisdicionais diferenciadas – cognição sumária. 76. escolha da tutela jurisdicional adequada. 77. espécies de processos. 78. disponibilidade e indisponibilidade nas escolhas. 79. o acesso à justiça pelos meios alternativos de solução de conflitos – a tutela jurisdicional arbitral.

66. as situações da vida, o direito substancial e as técnicas processuais

Cabe ao direito material a atribuição de bens da vida a pessoas ou grupos e, de um modo geral, a definição do modo de ser de suas relações em sociedade. É por ele que deve pautar-se a conduta de pessoas e grupos de pessoas ao estabelecerem relações entre si ou com os bens da vida, ao cumprirem obrigações e ao exigirem condutas alheias ou bens a que aspiram. Embora o direito material não seja concebido nem destinado particularmente à solução de conflitos (*supra*, n. 5), quando o conflito surge é dele que vêm os critérios para a solução.

As soluções ditadas pelo direito material são variáveis de acordo com a natureza e circunstâncias das situações regidas. Às vezes é direito a obter um bem que atualmente pertence a outrem (obri-

gações por dinheiro, por coisa certa *etc.*). Outras vezes, direito sobre o próprio bem, sem a interposição de outro sujeito (direitos reais). Outras ainda, direito ao resultado de determinada conduta comissiva ou omissiva de outro sujeito (obrigações de fazer ou de não fazer – incluir advertências em maços de cigarros, cessar uma atividade poluidora *etc.*). Em outros casos, direito à modificação de uma situação jurídica (divórcio, anulação de ato administrativo ou de contrato *etc.*).

Às variadas espécies de situações regidas pelo direito material corresponde simétrica variedade de *meios processuais* adequados a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação, sempre mediante imposição das regras jurídico-substanciais pertinentes. Como instrumento do direito material, o processo deve dar a quem tem razão precisamente aquilo que, segundo o direito, ele tem o direito de obter (*bens da vida*, materiais ou imateriais). A variedade de meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito substancial. Constitui também espelho da maior ou menor *urgência* para a obtenção dessas soluções (tutelas jurisdicionais diferenciadas, medidas cautelares ou antecipatórias de tutela, cognição sumária *etc.*).

Para essa indispensável correspondência e valendo-se da experiência multissecular do processo, o legislador estabelece uma variedade de *provimentos jurisdicionais*, de *procedimentos* e de *processos*, em um quadro pragmático de busca de soluções adequadas, fiéis ao direito substancial e, na medida do possível, tempestivas. Na variedade de provimentos, procedimentos e processos reside a multiplicidade dos meios de outorga de tutela jurisdicional existentes em dada ordem jurídica. *As soluções estão no direito substancial, os meios de impô-las são processuais.*

67. provimentos jurisdicionais

Provimento é *ato imperativo de exercício do poder em situações concretas*. Uma *sentença* é provimento e a ordem para entregar o bem ao credor na *execução* também o é – tanto quanto é *provimento* ainda o ato de nomeação de funcionário público ou o

julgamento de uma licitação pública (provimentos administrativos). Trata-se, portanto, de conceito amplo de direito público, não estritamente confinado ao processo *jurisdicional*.

No processo ou fase de conhecimento, que é estruturado para produzir o *julgamento* da pretensão, o provimento *final* é ordinariamente a sentença de mérito, com que o juiz a julga procedente, improcedente ou procedente em parte (CPC, art. 487, inc. I); na execução o provimento *final* é o ato com que o juiz manda entregar o bem, embora o processo ou fase executiva só seja extinto por uma sentença a ser proferida depois de alcançado esse objetivo (art. 925). Em todas as espécies de processos existem provimentos *interlocutórios*, emitidos na pendência do processo sem pôr-lhe fim e destinados à preparação do provimento final (recebimento da demanda inicial, saneamento do processo, deferimento ou indeferimento da produção de um meio de prova, mandado de pagamento ou entrega no processo monitório, ordem para penhorar ou reforçar penhora *etc.*). Esses são *provimentos-meio* e não *provimentos-fim*. Somente os provimentos-fim podem ser portadores da tutela jurisdicional definitiva devida àquele que tiver razão segundo as regras de direito material – incluindo-se entre eles a sentença que julga antecipadamente algum ou alguns dos pedidos do autor, deixando que o processo prossiga até quando os demais pedidos estiverem em condições de ser julgados (*julgamento antecipado parcial do mérito* – CPC, art. 356).

Os *provimentos* consistem sempre em manifestações da vontade do Estado-juiz mediante o emprego de *palavras*. São pronunciamentos *judiciais*, no sentido de que, pelas palavras usadas, o juiz emite um preceito, determinação ou *comando* – seja ao julgar a pretensão mesma (mérito), ao pôr ordem no processo ou simplesmente ao dar-lhe impulso em direção ao provimento final (designar dia e hora para audiência ou para a praça ou leilão de bens). Ao lado dos provimentos existem os *atos materiais* que o juiz realiza no processo, sem a emissão de um preceito ou vontade (inquirir testemunha, realizar uma inspeção judicial *etc.* – art. 481).

Também os *árbitros* emitem decisões interlocutórias (*ordens processuais*) e provimentos finais (sentença ou laudo arbitral), aplicando-se-lhes *mutatis mutandis* o que se diz quanto aos atos do juiz.

A concessão de tutela jurisdicional pela decisão de mérito constitui sempre um *julgamento*, feito com base em regras de direito material – sabendo-se que o processo ou fase de conhecimento realiza-se sempre em preparação do julgamento do mérito, ou seja, da decisão sobre as *pretensões* trazidas a juízo. Concorrendo certos requisitos (especialmente o título executivo – arts. 515 e 783), terá cabimento outra espécie de provimento jurisdicional, que não contém qualquer julgamento mas a própria satisfação do direito do demandante – e isso se faz no processo ou fase de execução (cumprimento de sentença). Executar é satisfazer o direito de uma pessoa ou grupo de pessoas à custa do patrimônio de outra, independentemente da vontade desta ou até mesmo contra sua vontade. O provimento satisfativo que se dá ao cabo da execução é sempre uma ordem de entrega (de dinheiro, de coisa determinada *etc.*) e nessa entrega reside a tutela jurisdicional executiva, conceitualmente oposta à tutela cognitiva.

No *processo monitorio* tem-se um provimento final satisfativo (entrega do dinheiro ou coisa devida), que se dá ao cabo da segunda fase de seu procedimento, por isso mesmo denominada *fase executiva* (CPC, art. 702, § 8º).

68. as crises jurídicas e as tutelas cognitiva e executiva

A diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da *técnica processual*, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de *crise jurídica* mediante a oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito substancial e sempre com vista a produzir *resultados úteis* na vida dos sujeitos. Sabido que o processo civil é institucionalmente voltado a produzir tais resultados (*processo civil de resultados*) e que cada uma dessas situações caracterizadas como *crises jurídicas* apresenta dificuldades específicas que não estão necessariamente presentes em todas, é natural que as técnicas variem e sejam diferentes os provimentos a emitir em cada uma delas. É indispensável associar cada tipo de provimento – ou cada espécie processual de tutela – às variáveis situações lamentadas e à solução que lhes destina o direito material. Essas situações rece-

bem a qualificação de *crises jurídicas* por se resolverem sempre em estados de insatisfação e inconformismo de alguém que de algum modo se afirma molestado em seus direitos e pede remédio para a situação lamentada.

Conquanto não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas brasileiros, a locução *crise jurídica* é muito expressiva e representa a matéria-prima do labor dos operadores do processo. *Crise é dificuldade*, é perigo, risco. *Crises jurídicas* são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizados pela imposição do direito material.

A mais simples dessas situações da vida, que o sujeito lamenta ao demandar em juízo, é a *crise de certeza*, representada por dúvidas objetivas criadas no meio social no tocante a direitos e obrigações ou à existência, inexistência ou modo de ser de relações jurídicas. É como o caso, muito corriqueiro, do fisco que autua um contribuinte pelo alegado descumprimento de uma obrigação tributária por ele contestada, criando com isso uma crise de certeza; ou aquele do suposto devedor afirmando em público que nada mais deve porque já pagou ou porque nunca foi devedor, enquanto o outro sujeito afirma que é credor e continua sendo porque nada recebeu. A tutela jurisdicional adequada para dirimir essa situação da vida das pessoas, eliminando a incerteza que incomoda, é aquela que a ordem processual outorga mediante as *sentenças meramente declaratórias*. Essas sentenças de mérito não alteram situações jurídicas nem mandam pagar, entregar, fazer ou não fazer, e não preparam alguma futura execução, como faz a sentença condenatória. Simplesmente afirmam ou negam a existência de direitos, obrigações *etc.*, caracterizando pois a tutela *meramente* declaratória. Consiste essa tutela na oferta de um bem juridicamente relevante na vida das pessoas, que é a *certeza jurídica* – certeza da existência ou certeza da inexistência da relação jurídica substancial, ou ainda certeza quanto ao modo de ser dessa relação (valor da obrigação, condições de sua exigibilidade *etc.*). Onde havia a *crise de certeza*, como efeito da sentença meramente declaratória passa a haver *certeza*.

Outra situação para a qual se busca solução em juízo é a *crise de adimplemento*, ou seja, a possível existência de algum direito insatisfeito porque o sujeito que deveria adimplir deixou de fazê-lo e o outro sujeito insiste em receber. Se realmente existir o direito afirmado pelo autor, será necessário que uma sentença declare essa existência e com isso chame o obrigado ao adimplemento sob pena de suportar futura execução. Tal é a função da sentença *condenatória*, que em si mesma não oferece tutela efetiva e plena porque a satisfação do direito irá depender de um ato ulterior do próprio obrigado (adimplemento) ou da realização da execução forçada. Persistindo o inadimplemento, a tutela efetiva e plena virá na fase de execução e mediante o ato de entrega, que a caracteriza. Essa é a tutela *condenatório-executiva*, que, como se vê, o sistema processual ministra em dois tempos distintos (a sentença e depois a execução).

Nem sempre a parte traz ao juiz ou ao árbitro todo o conflito que a incomoda, ou toda a *lide* em que está envolvida. Tem relevância na ordem processual somente o conflito, ou parte do conflito, trazido ao processo. Fala-se então em processo por *lide integral* ou por *lide parcial* (Carnelutti). Ainda quando o sujeito tenha uma pretensão a receber dado bem, o juiz não ordenará entrega alguma se a demanda posta em juízo nada contiver além do pedido de mera declaração. Em outras palavras, nessa situação somente a *crise de certeza* constituirá objeto do julgamento, não a crise de adimplemento, que constitui objeto das demandas de cunho condenatório.

A *tutela puramente executiva* é juridicamente adequada nos casos em que o sujeito tem à sua disposição a execução forçada sem a necessidade de percorrer um prévio processo de conhecimento nem portanto obter sentença condenatória. Esses casos são aqueles em que o crédito é amparado por algum *título executivo extrajudicial* (nota promissória, contrato de hipoteca etc. – CPC, arts. 783-784). Está claro que a tutela executiva se situa no campo das medidas debeladoras de *crises de adimplemento*.

Tem-se *tutela executiva*, também, pela via do *processo monitorio*. Não é tutela condenatório-executiva, como nos casos ordinários – em que a pessoa deve passar primeiro pelo processo de

conhecimento, ali obtendo a sentença de condenação, e só depois, com base nela, promover a execução forçada, em um segundo processo; mas também não é tutela executiva pura, porque o sujeito não dispõe previamente de um título executivo, mas simplesmente de um *documento* não elencado como tal e sem os requisitos deste (CPC, arts. 700 ss.). Em um só processo ele obtém o título executivo (*mandado de pagamento ou entrega*) e ali mesmo prossegue, executando (arts. 701, § 2º, e 702, § 8º). É portanto uma tutela *monitório-executiva*. Mas o resultado final, tanto quanto na tutela condenatório-executiva ou na tutela executiva pura, é sempre a obtenção final do bem.

Para a solução de situações da vida caracterizadas como *crises das situações jurídicas* a ordem processual oferece a *tutela constitutiva*, que consiste na criação, modificação ou extinção de alguma relação jurídica entre os litigantes (v.g., a sentença que concede o divórcio, a que anula o contrato ou a que adjudica a propriedade de um imóvel ao autor). Essa categoria de tutela jurisdicional tem cabimento quando o *direito material* estabelece o direito do litigante a uma modificação jurídica dessa ordem. A tutela constitutiva é a mais perfeita das que têm lugar no processo de conhecimento, porque a sentença já traz em si mesma a sua própria efetivação e o resultado desejado é produzido por ela própria, sem necessidade nem cabimento de uma execução forçada e sem depender, em momento algum, da disposição do obrigado a obedecer ou a cumprir (anulado o contrato, ele já não existe; passada em julgado a sentença de anulação do casamento, as partes já estarão de volta ao estado civil de solteiros).

E existem ainda as *crises de conhecimento*, consistentes no desconhecimento de fatos relevantes para a definição de possíveis relações jurídico-materiais entre as partes e suscetíveis de eliminação pelo procedimento da *produção antecipada de provas* (CPC, arts. 381 ss.) ou pela *ação de exigir contas* (arts. 550 ss.).

Em resumo: pelo aspecto das técnicas processuais, em resumo, a tutela efetiva e plena, capaz de debelar por completo a crise jurídica lamentada pelo demandante ao Estado-juiz, será (a) *meramente declaratória*, (b) *constitutiva* ou (c) *executiva*. A tutela executiva será *executiva pura* quando concedida mediante o emprego exclu-

sivo do processo de execução (títulos executivos extrajudiciais); ou *condenatório-executiva*, quando concedida em dois tempos, mediante a realização de atividades desenvolvidas em duas fases processuais (a de conhecimento e a executiva);¹ ou ainda *monitório-executiva*, quando é o resultado de um processo em que se produz o título para a execução e se executa (processo monitório). A tutela constitutiva e as executivas de toda ordem são *satisfativas*, porque acrescem ao patrimônio do sujeito algo mais que a mera certeza.² A tutela condenatória não é satisfativa de direitos e não é tutela *plena* porque, por si mesma e por força própria, nada acresce desde logo ao patrimônio do destinatário.

As crises de conhecimento são suscetíveis de serem debeladas, como já se disse, pela produção antecipada de provas ou pela ação de exigir contas.

Examinando o sistema processual pelos resultados que é capaz de oferecer em face das diferentes situações da vida trazidas em busca de remédio, tem-se que resumidamente elas são quatro e quatro são também os possíveis resultados da jurisdição, assim dispostos: a) crise de certeza, tutela declaratória, resultado *certeza*; b) crise de situações jurídicas, tutela constitutiva, resultado *modificação jurídica*; c) crise de adimplemento, tutela executiva, resultado *atribuição do bem da vida*; d) crise de conhecimento, tutela consistente em propiciar esse conhecimento.

69. tutela preventiva, reparatória ou sancionatória

— *tutela inibitória*

— *tutela específica ou inespecífica (ressarcitória)*

Sempre pela óptica da natureza dos resultados jurídico-materiais oferecidos, a tutela jurisdicional será preventiva, reparatória ou sancionatória. Essa divisão tem como critério os modos como a tutela incide na vida das pessoas em relação às violações já sofridas ou ainda iminentes — e sempre segundo critérios ditados pelo direito substancial.

1. Ou *três*, no caso de ser necessária a liquidação de sentença (CPC, arts. 509 ss.).

2. O vocábulo *patrimônio* está empregado em seu significado mais amplo, equivalendo a acervo de direitos, ou *esfera jurídica*.

A *tutela preventiva* consiste em evitar a violação de direitos e criação ou o agravamento de situações desfavoráveis. Se a situação lamentada na demanda é o perigo ou iminência de que essas situações venham a ocorrer e se consumem danos ou agravamentos, há hipóteses em que a lei material predispõe meios de evitá-los (p.ex., condicionando o sujeito que está instalando um canteiro industrial a fazê-lo com cautelas suficientes a evitar a dispersão de partículas nocivas ao meio ambiente). Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se, tem-se a *tutela inibitória* (ação de nunciação de obra nova etc.).

Quando já consumados os atos comissivos ou as omissões lesivas, resta dar remédio à situação criada (*repará-la*), o que o direito material manda que se faça mediante recondução dos sujeitos, na medida do possível, ao estado precedente à transgressão. Tal é a *tutela reparatória*, que se distingue da preventiva justamente porque tem cabimento com o fito de restabelecer situações, não de prevenir transgressões. São exemplos dessa categoria a *tutela possessória* nas ações de reintegração ou manutenção da posse, consistente em devolver ao titular o bem apossado por outrem; o *mandado de segurança*, fazendo com que a autoridade administrativa reintegre no cargo o funcionário demitido sem defesa; ou o caso mais simples da sentença, seguida de execução, com que o credor obtém coisas ou dinheiro devidos etc.

Sempre que jurídica ou materialmente a *tutela específica* não seja possível – e só mesmo quando não o for – tem lugar a *tutela ressarcitória*, que é modalidade da tutela reparatória. Ela consiste em propiciar *dinheiro* em lugar do bem ou da situação subtraída ao demandante, em casos como a perda ou destruição do bem devido, a alienação do imóvel prometido à venda (sem que a promessa haja sido levada a registro) etc. O direito moderno vem progressivamente impondo a tutela específica, a partir da ideia de que, *na medida do que for possível na prática, o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter*. Essa sapientíssima lição (Giuseppe Chiovenda), lançada no início do século XX, figura hoje

como verdadeiro *slogan* da moderna escola do *processo civil de resultados*, que pugna pela efetividade do processo como meio de acesso à justiça e proscree toda imperfeição evitável. O Código de Processo Civil dá especial ênfase à prioridade da satisfação específica dos direitos, municiando o juiz de severíssimos poderes destinados a obter o cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer ou, de todo modo, a oferecer ao credor um resultado prático equivalente ao cumprimento – sempre com a expressa advertência de que a solução pecuniária só se admitirá por opção do próprio credor ou quando for impossível a satisfação *in natura* (arts. 497 e 499).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrigiu um erro e uma injustiça que vinham sendo perpetrados quando a competência em matéria infraconstitucional pertencia ao Supremo Tribunal Federal, consistentes em decidir que, não estando registrado o contrato de promessa de compra e venda, o adquirente não teria direito a adjudicação compulsória, mas a mera indenização. Hoje é pacífica no Superior Tribunal de Justiça e na Justiça comum a solução tecnicamente correta e eticamente justa, com os tribunais concedendo a *adjudicação compulsória* independentemente de prévio registro e somente respeitando eventuais direitos de terceiros.

Há situações, ainda, em que o direito material oferece à parte inocente o acesso a uma situação jurídica nova em razão da conduta injurídica de outro sujeito. É o caso da rescisão do contrato por inadimplemento (CC, art. 475, par.); ou da anulação de ato administrativo porque realizado de modo contrário à lei e danoso ao sujeito que vem a juízo reclamar (Súmula n. 473-STF); ou das ações indenizatórias em geral, nas quais o causador de um dano a outrem é condenado a prestar uma indenização àquele ao qual o dano houver sido causado (CC, arts. 186 e 927). Tal é a *tutela sancionatória*, caracterizada pela imposição de medidas de repressão, verdadeiros *castigos* a certas condutas indevidas.³

3. A tutela sancionatória aqui descrita não se confunde com aquela representada pela execução forçada (que também se qualifica como *sancionatória*), dado que a *sanção* existente nesta é categoria processual e não de direito substancial (sanção executiva é a invasão do patrimônio do devedor).

Em resumo, pelo modo como incide na vida ou patrimônio das pessoas segundo os preceitos do direito material, a tutela jurisdicional será (a) *preventiva*, (b) *reparatória* ou (c) *sancionatória*. A tutela preventiva consiste em meios destinados a resguardar direitos contra violações iminentes, o que se faz diretamente mediante a imposição de medidas processuais ou pela imposição de condutas ao obrigado – qualificando-se nesse caso como *inibitória*. A tutela reparatória será *específica* quando proporciona ao sujeito o próprio bem a que tinha direito; ou *ressarcitória*, consistente em propiciar dinheiro em substituição ao bem (tutela inespecífica, genérica, pecuniária). A *sancionatória* resolve-se na imposição de uma situação indesejável a um sujeito infrator como consequência de um ilícito praticado. Em um só processo podem cumular-se tutelas de duas ou mais naturezas: p.ex., a *inibitória*, consistente no impedimento de prosseguir em determinada conduta, em cúmulo com a *ressarcitória* pelo dano já causado.

70. entre a tutela individual e a coletiva

O direito moderno, por imposição da aglutinação de interesses supraindividuais na sociedade de massa, tende a ser um direito *da coletividade* e não mais apenas direito exclusivamente dos *indivíduos*, como nos moldes tradicionais. Houve um momento em que o jurista e o legislador brasileiros tomaram tento da insuficiência das tutelas individuais, que são fragmentárias e pontuais, e por isso menos capazes de causar impactos significativos na sociedade e na vida comum da população como um todo. Surgiram então técnicas processuais voltadas à potencialização dos processos e das decisões judiciais, em consonância com a ideia de que a ordem processual deve ser manipulada de modo a extrair de cada processo o maior proveito útil possível, seja em relação aos próprios litigantes, seja a comunidades maiores ou menores, seja até em relação à sociedade como um todo.

Esse constitui um imperativo do bom senso e um preito à *efetividade do processo* – sendo crescente entre os cultores da ciência processual o apoio a uma premissa metodológica de grande espectro, que é a do *processo civil de resultados*. Não há por que confinar obcecadamente o âmbito da tutela jurisdicional a um só caso isolado e somente a duas pessoas que figuram ou figuraram no polo

ativo e no passivo da relação processual, quando for significativa a *probabilidade* de que no futuro a mesma situação vista nesse caso volte a se repetir em muitos outros. A moderna tendência à coletivização da tutela jurisdicional sugere com veemência a realização de *macroprocessos*, potencialmente voltados a tutelas tão amplas quanto possível, no lugar dos tradicionais *microprocessos* cuja eficácia se confina a um caso só, em detrimento da efetividade da jurisdição, da homogeneidade no trato de casos substancialmente coincidentes e sobretudo da *confiabilidade do Poder Judiciário*, que é um penhor do valor constitucionalmente consagrado da *segurança jurídica* (André Abbud).

É nesse contexto que se desenvolveu a ideia dos *processos coletivos*, transcendentais às esferas jurídicas de duas pessoas só, e de grande aceitação no direito moderno. O Código de Processo Civil não é particularmente ligado a essa ideia, sendo institucionalmente focado na tutela individual, mas na legislação processual extravagante está presente a preocupação pela coletivização da tutela jurisdicional (*infra*, nn. 80 ss.).

71. meios processuais adequados

Atuando no campo que lhe compete, o direito processual dispõe meios hábeis à imposição das normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para tanto concebem-se técnicas e oferecem-se espécies diferentes de processos, provimentos, procedimentos variáveis mediante a necessidade de cada espécie de situações da vida comum *etc.* — tudo a partir de uma regra de *adaptabilidade* inerente à condição instrumental do processo (*supra*, nn. 57 ss.). A instituição de *procedimentos especiais* tem a finalidade de adequar às peculiaridades de certas situações regidas pelo direito material o *iter* a ser percorrido entre a demanda inicial e a sentença que julgará a pretensão do autor.⁴ A técnica das *tutelas diferenciadas* é uma das respostas à necessidade ou conve-

4. Ao lado do procedimento comum há uma quantidade de procedimentos especiais regidos pelo próprio Código de Processo Civil e por leis especiais, sendo classificados em procedimentos especiais de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária (CPC, arts. 539 ss.).

niência de acelerar a produção dos provimentos jurisdicionais em casos determinados pela lei.

Se o autor, sendo devedor, pretende remover a *mora do credor* alegando que este se recusa a receber o que lhe é devido, proporá a chamada *ação de consignação em pagamento*, e o juiz, deferindo-lhe a inicial, conceder-lhe-á o prazo de cinco dias para efetivar o depósito, que o réu aceitará ou não – no primeiro caso extinguindo-se o processo, e no segundo prosseguindo com a defesa que este formular (CPC, arts. 539 ss. – esp. art. 542, inc. I). Quando se tratar de estabelecer ou aviventar limites entre dois imóveis procede-se como mandam os arts. 569 ss. do Código de Processo Civil (*ação demarcatória*), com a descrição inicial dos imóveis demarcandos, levantamento da linha divisória por agrimensores em trabalho de campo, homologação do laudo pelo juiz *etc.*

A ideia de *procedimentos especiais* no sistema do processo de conhecimento é metodologicamente associada à visão instrumental do processo, dada a necessidade de oferecer meios realmente aderentes às variadíssimas situações que ocorrem na vida comum das pessoas. É sintomático o fato de o Código de Processo Civil, na parte em que disciplina os *procedimentos especiais*, dedicar um número muito grande de dispositivos à definição das hipóteses de cabimento de cada um – muito mais que à regência de atos e formas caracterizadores dos procedimentos diferenciados. A grande preocupação do legislador brasileiro é, como por ali se percebe, a de tipificar situações da vida pertinentes a cada uma das tutelas assim especificadas, preordenando a cada uma dessas *crises jurídicas* uma dessas espécies de tutela – tudo com grande influência de conceitos e categorias de direito material. É de direito material grande parte das disposições do Código de Processo Civil a propósito dos procedimentos especiais – especialmente aquelas que cuidam das situações da vida e da natureza dos direitos que comportam cada um de tais procedimentos e aquelas que definem a tutela, ou os resultados passíveis de serem obtidos mediante cada um deles.

No trato dos procedimentos especiais curva-se a lei brasileira a uma longa tradição romanística e continua falando em *ações* (ação

de consignação em pagamento, ação demarcatória, ação de exigir contas, ações possessórias etc.), como se a ação comportasse tais qualificações jurídico-materiais e como se ela fosse típica no direito moderno. Variam as espécies de tutelas jurisdicionais mas a ação, como poder de atuar em juízo e exigir o provimento de mérito, não é *consignatória*, não é *demarcatória*, não é *possessória* etc. As *actiones* eram típicas no direito romano, mas o sistema moderno é diferente, pois a garantia constitucional da ação constitui uma *cobertura geral dos direitos*, independentemente do fundamento jurídico-substancial das pretensões. Embora fale em *ações*, o que a propósito o Código de Processo Civil mais contém é a pormenorizada disciplina de certas *tutelas jurisdicionais específicas* a serem dispensadas mediante o emprego dos *procedimentos* que ali são descritos. Melhor seria se falasse ele em *procedimento em matéria possessória*, em *procedimento para a consignação em pagamento* etc.

72. as tutelas provisórias

O Código de Processo Civil dedica todo um livro às *tutelas provisórias* (L. V, arts. 294 ss.), assim conceituadas as medidas processuais portadoras de soluções a serem obtidas em breve tempo e fundadas em uma *cognição sumária* – seja mediante a imediata fruição integral ou parcial do bem da vida postulado, seja para de algum modo preservar certos *meios exteriores* necessários ao exercício frutífero da jurisdição (bens responsáveis e fontes de prova). Trata-se das *tutelas urgentes* e da *tutela da evidência*. Como está em seu art. 294, “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. O que há de comum entre essas espécies é em primeiro lugar a suficiência de uma cognição sumária como requisito para conceder qualquer das tutelas provisórias (por urgência ou por evidência), com a consequente provisoriedade dos efeitos do provimento jurisdicional que as concede, sendo explícito o art. 296 na determinação da possibilidade de serem *revogados a qualquer tempo*. As *tutelas de urgência* são também condicionadas a um *perigo* de perecimento de direitos por efeito do decurso do tempo (*periculum in mora* – art. 300), e a tutela da *evidência* não (art. 311). Para esta basta a presença de uma das situações arroladas no art. 311, incs. I-IV, do Código de

Processo Civil (*infra*, n. 74). A razoável probabilidade do direito (*fumus boni juris*) é requisito indispensável para todas as tutelas provisórias, inclusive a da evidência – mesmo no caso em que ela é concedida como *sanção ao abuso de direitos* no processo (art. 311, inc. I).

Além de instituir a *tutela da evidência*, da qual não se falava no regime anterior (trata-se de conceito desenvolvido por Luiz Fux em tese acadêmica lançada nos anos *noventa*), o Código de Processo Civil tem o mérito de dar um *trato unitário* a todas as medidas provisórias, mediante a fixação de regras comuns a todas elas – abrangendo a *tutela da evidência* e as duas espécies de tutelas de *urgência* (cautelares ou antecipatórias), para em seguida descer às especificações referentes a cada uma delas (arts. 300 ss.). No estatuto de 1973 havia todo um livro sobre as medidas cautelares, portador de noventa e quatro artigos, com muitos incisos e parágrafos (L. III, arts. 798-889), e quanto à tutela antecipada somente um artigo (art. 273) – o que exigia da doutrina e dos tribunais o trabalho de transpor ou estender a estas os preceitos ditados em relação àquela. A disciplina das antecipações de tutela *vivia de empréstimos* tomados à minuciosa disciplina das cautelares. Mas havia ao menos um caso de tutela provisória que, vista com os olhos de hoje, poderia ser qualificada como *tutela da evidência*: trata-se das liminares em ações possessórias, suscetíveis de serem concedidas sem qualquer consideração sobre eventual urgência.

classificação
dos
processos

73. *tutelas jurisdicionais de urgência*

Como facilmente se compreende, ordinariamente o juiz primeiro estabelece contato com a causa e seus fundamentos, entre os quais os de fato e a prova, para depois julgar ao cabo de uma instrução completa e à luz dos fatos revelados mediante a produção desta. Assim é a linha geral dos processos *de conhecimento*, ou da *fase de conhecimento* (que deve terminar com uma sentença de mérito – CPC, art. 203, § 1º), com óbvias razões para que o *conhecimento* seja o natural apoio do julgamento.

Mas há *situações urgentes* em que, por conta da espera pela realização de todo o conhecimento judicial com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, no curso do pro-

cesso e dessa espera os fatos podem evoluir para a consumação de situações indesejáveis e talvez até mesmo irreversíveis, a dano de algum dos sujeitos. O tempo às vezes é *inimigo dos direitos* e seu decurso pode lesá-los de modo irreparável ou ao menos comprometê-los insuportavelmente (Carnelutti).

Há situações em que o direito perecerá por inteiro quando chegado o momento do mal definitivo, sem qualquer utilidade da tutela específica. Exemplos: a) o concurso público vem a realizar-se antes que o juiz conceda segurança para que seja aceita a inscrição do candidato excluído pela comissão de concurso; b) o protesto de uma cambial é realizado antes da medida judicial destinada a sustá-lo; c) testemunha importante para o esclarecimento dos fatos vem a falecer antes de chegado o momento procedimental adequado a tomar-lhe o depoimento.

Em outras situações não se consuma uma lesão *definitiva* ou o total perecimento do direito mas as angústias e prejuízos da espera, somados ao estado de privação que se prolonga, constituem males a serem evitados. Isso acontece, por exemplo, com o retardo na tutela jurisdicional referente a *alimentos* devidos entre ascendentes e descendentes.

Para remediar tais situações aflitivas a técnica processual cogitou as medidas de urgência, caracterizadas como tutelas antecipadas ou como tutelas *cautelares*, conforme o caso – ambas ligadas a uma necessidade de decidir logo sob pena ficar comprometida a utilidade do que ao fim do processo se decidisse. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas todas têm o comum objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos.

Existe uma diferença conceitual entre (a) as medidas que oferecem ao sujeito, desde logo, a fruição integral ou parcial do próprio bem ou situação pela qual litiga e (b) as medidas destinadas a resguardar o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final, mediante a preservação de certos *meios exteriores* indispensáveis (bens suscetíveis de penhora, fontes de prova). As primeiras, oferecendo situações favoráveis às pessoas na vida comum em relação com outras pessoas ou com os bens, integram o conceito de *tutela jurisdicional antecipada*. As segundas, qua-

lificadas como *medidas cautelares*, resolvem-se em medidas de apoio ao processo – para que ele possa produzir resultados úteis e justos – e só indiretamente virão a favorecer o sujeito de direitos. Integra o sistema das medidas provisórias também a *tutela da evidência*, que não se prende ao requisito da urgência mas na prática é autêntica antecipação de tutela jurisdicional.

Apesar das diferenças conceituais relacionadas com a destinação de cada uma delas, as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo *elemento comum de agregação*, que induz a integrá-las em uma categoria só, como fez o Código de Processo Civil – a saber, na categoria das *medidas de urgência*. No estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria *medidas de urgência*, pondo em plano inferior as distinções entre suas subespécies (CPC, arts. 300 ss.).

Todas as tutelas jurisdicionais de urgência, como medidas provisórias que são, têm em comum, ao lado dessa sua destinação, (a) a *sumariedade na cognição* mediante a qual o juiz prepara a decisão com que as concederá ou negará e (b) a *revocabilidade das decisões*, que podem ser revistas a qualquer tempo, não devendo criar situações irreversíveis. Quer se trate de antecipar a tutela ou de acautelar o processo, a lei não exige que o juiz se paute por critérios de *certeza*,⁵ mas pela *probabilidade razoável* que ordinariamente vem definida como *fumus boni juris* (CPC, art. 300). *Entre fazer bem feito e fazer logo, em situações de urgência o juiz opta por fazer logo, deixando o juízo definitivo do bem ou do mal para as sossegadas investigações destinadas ao julgamento do mérito da causa* (Calamandrei). E, por isso mesmo que as medidas de urgência se emitem com fundamento em uma cognição

5. Sabendo-se que a certeza absoluta não é algo ao alcance do conhecimento humano. A própria “certeza” que se exigiria para os julgamentos definitivos de mérito não passa de um grau elevado de probabilidade (*supra*, n. 65).

incompleta e superficial, é natural que elas não sejam *definitivas*, enquadrando-se pois no conceito de *medidas provisórias* (CPC, arts. 294 ss.), sem vincular o juiz quando vier a julgar a própria causa (sentença de mérito). É natural também que elas não sejam suscetíveis de obter a autoridade da coisa julgada – e portanto que comportem revisão sempre que ele se convença de que a parte não tinha o direito que a um primeiro e necessariamente superficial exame parecesse ter.

Ressalvam-se as hipóteses de *estabilização dos efeitos das medidas antecipatórias antecedente*, disciplinadas no art. 304, caput e §§, do Código de Processo Civil, consistente em conferir definitividade a esses efeitos que de início eram tratados como provisórios.

Assim contidas em uma ampla categoria unitária, as medidas cautelares e as antecipações de tutela regem-se por uma *disciplina também unitária*, portadora da fixação de regras e definição de conceitos, que só em pontos muito específicos se bifurca em regras privativas de cada uma dessas espécies. A explicitude dessa disciplina unitária constitui mérito do Código de Processo Civil de 2015, que segue por esse caminho ao cuidar primeiro das *tutelas provisórias em geral*, para depois descer à tutela cautelar e às antecipações de tutela, que são subespécies da *tutela de urgência* (arts. 294 ss.) – além de a elas acrescentar, sempre no trato das medidas provisórias, a *tutela da evidência*.⁶

Segundo essa disciplina unitária, (a) não só as cautelares mas também as antecipações podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidente (294, par.), (b) a competência para concedê-las em caráter antecedente (preparatório) é do “juiz competente para conhecer do pedido principal” (art. 299), (c) elas poderão ser concedidas depois ou antes da contestação e mesmo *inaudita altera parte* (art. 300, § 2º), (d) responsabiliza-se objetivamente o beneficiário da antecipação pelos prejuízos que ela causar ao ad-

6. Para a *tutela da evidência* não se impõe o requisito da *urgência*, bastando o “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” e a presença de documentos idôneos segundo a lei (CPC, art. 311, incs. I-IV). Daí não se inserir ela no conceito de tutela *de urgência*.

versário (art. 302) *etc.* Uma regra inerente às medidas cautelares, que às antecipatórias não se aplica, é a da concessibilidade de-ofício – porque estas não se destinam a tutelar o processo, como aquelas, e consequentemente não se configura a fundamental razão de ordem pública que manda o juiz ditar cautelas incidentes mesmo sem que a parte lho requeira (Galeno Lacerda). É claro que, quando *antecedentes* ao processo principal (CPC, arts. 305 ss.), as cautelares só poderão ser concedidas a pedido de parte, não se concebendo sua concessão de-ofício simplesmente porque não existe um exercício da jurisdição em curso com relação àquele litígio entre as partes.

A unificação sistemática das tutelas de urgência reduz a utilidade prática de indagações acerca da natureza específica de certas medidas a que alguns atribuem natureza cautelar e outros, antecipatória. Talvez a maior utilidade prática da distinção entre umas e outras seja aquela consistente na possibilidade de *estabilização dos efeitos das medidas antecipatórias* (CPC, art. 304), o que não se dá com referência às cautelares. Inseridas no contexto das *medidas de urgência*, sem a preocupação por investigar em qual espécie se contêm, dispensam-se os requintes de uma precisão conceitual. Ainda quando o autor haja requerido uma tutela a título de antecipação, sendo o caso de tutela *cautelar e não antecipatória*, o juiz concederá a cautelar sempre que estejam presentes os requisitos desta. E vice-versa, ele concederá a tutela antecipatória quando erroneamente o autor a haja denominado de cautelar, sempre que os respectivos requisitos estejam presentes. Essa é a regra da conversibilidade das medidas urgentes (ou fungibilidade), disciplinada de modo incompleto no art. 305, par., do Código de Processo Civil – porque ali só se fala na conversão de uma demanda de medida cautelar em antecipatória e não na hipótese inversa. Com ou sem uma disciplina específica, porém, a conversibilidade em mão dupla constitui projeção da regra, bastante ampla em direito processual, segundo a qual “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados” *etc.* (CPC-15, art. 283).

Funcionalmente, também a *execução provisória*, que o Código denomina *cumprimento provisório da sentença*, constitui tutela

antecipada e sua admissibilidade apoia-se na boa probabilidade de existência do direito, militante a favor do exequente graças à sentença favorável que obteve e não-obstante o recurso interposto pela parte adversa. Essa não é uma probabilidade aferida pelo juiz mas pelo legislador, ao estabelecer a admissibilidade da execução provisória nos casos em que a lei nega efeito suspensivo ao recurso interposto (arts. 520 e 995, *caput* e par.).

74. tutela da evidência

Integrada no contexto das tutelas provisórias ao lado das medidas urgentes (cautelares e antecipatórias), a tutela da evidência constitui uma novidade no direito brasileiro e uma de suas mais visíveis peculiaridades em relação ao processo civil de outros países. Consiste em autêntica antecipação da tutela jurisdicional postulada pelo autor, admissível sem o requisito da urgência mas necessariamente em hipóteses nas quais seja particularmente intensa a probabilidade de existência do direito deste (CPC, art. 311, *caput* e incs. I-IV). Essa *intensa probabilidade* é o que o Código de Processo Civil denomina *evidência*. Ela é uma tutela provisória que, como todas as medidas provisórias, “pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada” (art. 296). Só pode ser concedida *incidentalmente* no processo em que a causa é posta para julgamento, não sendo admissível em caráter preparatório ou antecedente, como as tutelas de urgência (art. 294, interpretado *a contrario sensu*).

Evidência, na linguagem comum, significa clareza, visibilidade ou *certeza manifesta*. Na teoria do conhecimento *evidência* é um “caráter de objeto de conhecimento que não comporta nenhuma dúvida quanto à sua verdade ou falsidade”. Mas a “evidência” com base na qual o juiz pode conceder essa espécie de tutela é menos que isso. Não passa, como vem sendo dito, de uma grande probabilidade com fundamento na qual o juiz poderá conceder essa espécie de tutela – a qual, justamente por não traduzir uma *certeza*, é suscetível de revogação a qualquer tempo. No fundo é um *fumus boni juris* qualificado, ao qual o legislador, em disposição discricionária, entendeu de atribuir o efeito de autorizar a antecipação do julgamento da causa, independentemente da concreta presença de uma urgência.

Os incisos do art. 311 do Código de Processo Civil definem as hipóteses em que o legislador vislumbrou essa intensa probabilidade, e que são as seguintes:

a) “o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte” (art. 311, inc. I). A esses atos de deslealdade processual, ou litigância de má-fé, o Código de Processo Civil de 1973 já atribuía o efeito de autorizar a antecipação de tutela (art. 273, inc. II), sendo essa uma antecipação sancionatória (Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes). Tal Código condicionava expressamente essa hipótese de antecipação, como todas as outras, à presença de uma prova inequívoca das alegações do autor e da verossimilhança da alegação (art. 273, *caput*). O Código vigente não repete de modo explícito tal exigência, mas a própria *evidência* já traduz de sobra essa probabilidade ou verossimilhança como requisito para essa tutela provisória;

b) a suficiência da prova documental trazida aos autos, sem necessidade de outras, associada à existência de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, inc. II). Não havendo outro meio de prova a ser produzido e a questão de direito sendo amparada nesses precedentes de alta idoneidade, não há por que retardar a satisfação do autor. Mas a outorga de uma mera tutela *provisória* nesses casos colide com o disposto no art. 355 do próprio Código de Processo Civil, que autoriza uma medida muito mais enérgica para esses mesmos casos, que é o julgamento antecipado do mérito (art. 355, inc. I), a ser proferido mesmo sem amparo naqueles precedentes;

c) o caso de um “pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa” (art. 311, inc. III). Essa hipótese não é condicionada à existência de uma súmula vinculante ou de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, como a do inc. II;

d) “a petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (art. 311, inc. IV). Essa hi-

pótese é praticamente coincidente com a exigência de *prova inequívoca*, colocada pelo Código de 1973 (art. 273, *caput*). Parece que foi intenção do legislador de 2015 incluí-la no Código como uma abertura bastante larga para a concessão da tutela da evidência, valendo talvez como uma *norma de encerramento* capaz de dispensar os pormenores das outras hipóteses, cada uma delas sujeita a requisitos específicos.

Dispõe ainda o Código de Processo Civil que nas hipóteses de “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório da parte” (art. 311, inc. I) ou de suficiência da prova documental e existência de jurisprudência superior acerca da questão jurídica a decidir (inc. II) “o juiz poderá decidir liminarmente” (art. 311, par.) – entendendo-se que tal decisão liminar poderá inclusive ser proferida *inaudita altera parte* quando for o caso.

75. *tutelas jurisdicionais diferenciadas – cognição sumária*

Ordinariamente, para decidir o juiz interpreta os fatos alegados pelas partes (causa de pedir e fundamentos da defesa), insere-os nas categorias jurídico-substanciais adequadas (responsabilidade civil contratual ou extracontratual, mútuo, locação, comodato *etc.*), interpreta a lei substancial pertinente e investiga por todos os meios oferecidos pela ordem processual a ocorrência ou ino-corrência dos fatos alegados. Vale-se para tanto da *prova*, que constitui verdadeira *mola* do processo de conhecimento, ou *meio processual* destinado a perquirir a verdade (a prova, meio instrumental indispensável). Isso é *conhecer*, e essa atividade leva o nome de *conhecimento*, ou *cognição*. Todos os pontos sobre os quais o juiz busca inteirar-se suficientemente para julgar formam o *objeto do conhecimento do juiz*.

Em certos litígios marcados pela necessidade ou conveniência de uma tutela jurisdicional particularmente tempestiva – e assim capitulados pela lei – o juiz é dispensado de realizar uma *cognição plena*, ou seja, ele é autorizado a decidir com fundamento em investigações menos acuradas. Tal é a *cognição sumária*, que se limita à investigação das alegações trazidas pelo autor, diferindo-

-se a momento futuro o eventual exame dos fundamentos de defesa eventualmente admissíveis (como no processo monitório); ou que se contenta com o exame menos profundo das alegações a serem consideradas no julgamento (como no processo dos juizados especiais). Na primeira hipótese tem-se uma cognição sumária porque incompleta; na segunda, sumária porque superficial (Chiovenda). Em uma, falta a plenitude da extensão horizontal de uma investigação completa. Na outra, a profundidade vertical de uma investigação exauriente (Watanabe).

Tem-se cognição sumária (a) no processo monitório, em que o mandado de pagamento ou entrega é emitido à vista das alegações do autor, sem sequer aguardar as do réu e limitando-se ao exame do documento trazido por aquele; b) na execução por título extrajudicial, em que o juiz se limita a controlar a presença de um título executivo sem fazer perquirições sobre a efetividade do crédito e muito menos das possíveis razões defensivas do demandado; c) no processo dos juizados especiais, em que não há perícia nem se admitem certas espécies de resposta do réu (particularmente, denúncia da lide e chamamento ao processo – LJE, art. 10º); etc.

Todas as hipóteses de tutela jurisdicional diferenciada são relacionadas com direitos aos quais o constituinte ou o legislador entendeu conveniente oferecer solução mais rápida, sendo por isso que se contenta com uma *cognição sumária*, sem exigir as delongas da cognição plena. A busca da *tempestividade da tutela jurisdicional*, integrante da garantia constitucional de acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV), é a razão que leva a lei a instituir esses instrumentos mais céleres e indicar as hipóteses em que cada um deles é adequado (Andrea Proto Pisani – Cintra-Grinover-Dinamarco).

A sentença produzida nesses processos será autêntica *sentença de mérito*, decidindo a causa com fundamento em uma plena convicção do juiz quanto ao direito da parte, e não em mera probabilidade suscetível de ser desmentida depois no curso do processo, como as medidas urgentes e as antecipatórias. Apesar da suficiência de uma cognição sumária, essa não será uma tutela *provisória*, mas *definitiva*, tanto quanto as sentenças proferidas

em qualquer outro processo de conhecimento. Quando se torna irrecorrível, seus efeitos serão plenamente imunizados pela autoridade da *coisa julgada material*, como os de qualquer outra sentença de mérito proferida em vias ordinárias.

Diante disso percebe-se que a locução *tutela diferenciada* traz em si uma impropriedade e não corresponde a tais realidades. A tutela oferecida por esses meios não difere das que se concedem pelos meios ordinários, ou seja, os resultados substanciais obtidos em nada diferem dos que se obteriam por esses meios. O que há de *diferenciado* são somente os meios processuais mais ágeis para a busca desses resultados.

76. escolha da tutela jurisdicional adequada

Da existência de provimentos jurisdicionais distintos, portadores de tutelas diferentes, bem como processos e procedimentos diferenciados segundo as necessidades da específica tutela a preparar, decorre a imperativa necessidade de fazer *escolhas adequadas* ao ingressar em juízo com pedido de tutela jurisdicional. Não basta verificar a *necessidade da tutela jurisdicional* em si mesma, a qual constitui consequência do estado de insatisfação de uma pretensão do demandante, sendo-lhe proibida a autotutela. Caso a caso, é também indispensável examinar a própria pretensão e seus fundamentos, à luz do *direito material*, para saber qual a solução oferecida por este. O pedido, para ser viável, deve ser feito segundo essa escolha adequada. Deve também explicitar uma opção pela via processual adequada (processo de conhecimento ou de execução, procedimento comum ou especial *etc.*).

O cônjuge que lamenta a prática de grave violação aos deveres do matrimônio pelo outro cônjuge poderá ter direito à tutela consistente no divórcio mas nunca, com base nesse motivo, à anulação do casamento. Àquele que alega um esbulho ou turbacão em sua posse a lei material concede o direito à reintegração ou à manutenção, jamais ao despejo. É o direito material que assim estabelece, não o processual (CC, arts. 1.210, 1.550 *etc.* – LD, art. 5º).

Em princípio essas escolhas adequadas não comportam opções segundo a preferência do sujeito interessado, devendo ser fiéis aos

preceitos de direito material. As margens deixadas à escolha pessoal são excepcionais e bem tipificadas na lei substancial. Alguma liberdade de escolha existe, em primeiro lugar, nas *obrigações alternativas* (CC, arts. 252 ss.) e nas *obrigações de dar coisa incerta* (CC, arts. 243 ss.): se a escolha couber ao credor este a fará ao propor a demanda, cabendo-lhe então essa relativa margem de opção para a determinação da tutela jurisdicional a ser-lhe concedida se tiver razão. Existe ainda possibilidade de escolha no caso dos chamados *direitos concorrentes*, que se resolvem em diferentes consequências jurídicas estabelecidas pela lei material para um fato só, com a possibilidade de escolha peremptória pela parte.

Exemplo clássico é a venda *ad mensuram*, verificando-se depois que as medidas do imóvel não correspondem às indicadas no contrato. Optará o comprador, na medida do possível, por pedir (a) a complementação da área (*actio ex empto*), (b) a redução do preço (*actio quanti minoris*) ou (c) a resolução do contrato (*actio redhibitoria* – CC, art. 500). É claro que, satisfeito o comprador em uma dessas pretensões, extintos estarão todos os possíveis direitos concorrentes.⁷

77. espécies de processos

Da escolha jurídico-substancial adequadamente feita resultam consequências processuais de grande relevância, a principiar pela determinação da natureza do provimento jurisdicional cabível (cognitivo ou executivo, constitutivo ou condenatório *etc.*). Em técnica processual a natureza do provimento, por sua vez, dita a do processo, falando-se então em processo executivo em contra-posição ao processo ou fase de conhecimento e subclassificando-se este em meramente declaratório, constitutivo ou condenatório (em certos casos, mandamental – arts. 497 ss.). Há também o processo monitorio, em que se cria o título executivo e se executa

7. Tal é o significado da tradicional máxima *electa una via ad alteram non datur regressus* perante o direito moderno. O simples ingresso em juízo com um dos pedidos admissíveis não inibe o comprador de postular um dos outros direitos concorrentes. Enquanto nenhum destes estiver *satisfeito*, todos eles existem. Impedir o julgamento de mérito em relação a qualquer deles transgrediria a garantia constitucional do controle jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV).

o direito, sem julgamento do mérito (e por isso é que ele não se enquadra na categoria dos processos de conhecimento). E há os *processos antecedentes*, pelos quais se preparam provimentos cautelares ou antecipatórios destinados a favorecer a tutela a ser dada em algum daqueles outros processos, ditos *principais*.

Quem pretende a modificação de alguma situação jurídica pode pleitear a tutela *constitutiva* e não a condenatória; quem quer receber dinheiro pedirá tutela *condenatória* e não constitutiva (e depois, se for o caso, pedirá também a executiva) etc. Se optar pela complementação da área de um imóvel que comprou (CC, art. 504), o comprador levará a juízo o pedido de sentença *condenatória* que imponha ao vendedor a obrigação de outorgar-lhe o domínio do que for necessário (ou mesmo sentença *constitutiva* que lhe outorgue desde logo esse domínio). Se quiser abatimento do preço já integralizado, pedirá sentença *condenatória* (condenação a restituir); se o preço não estiver integralizado bastará a *tutela declaratória*, com o reconhecimento de que a dívida para com o vendedor é menor. Se preferir a resolução do contrato, será caso de demanda constitutiva negativa, ou *desconstitutiva*.

Quando se trata de definir a adequação da *tutela cognitiva* ou *executiva* o critério é meramente processual e apoia-se na existência ou inexistência do título executivo (*nulla executio sine titulo* – CPC, art. 783.). Processo ou fase de execução será sempre aquele em que se veicular a pretensão à tutela executiva. Para postular a tutela monitória é indispensável a exibição de documento idôneo, do qual se possa razoavelmente inferir a existência do crédito (art. 700).

Processo de conhecimento, ou *cognitivo*, é aquele instaurado para processar e julgar pretensões a uma sentença de mérito, ou seja, à *tutela cognitiva*. Daí ser também chamado no direito alemão de *processo de sentença* (*Urteilverfahren*). Mas a distinção entre provimentos condenatórios e constitutivos apoia-se preponderantemente em escolhas feitas em face do direito material, em nada influenciando qualquer fator processual. A admissibilidade dos provimentos meramente declaratórios independe do modo como o direito material rege a situação descrita e está ligada ao pressuposto da incerteza objetiva (*crise de certeza* – *supra*, n. 68).

Quando se trata de determinar a adequação da *tutela constitutiva* é sempre invariavelmente o direito material que constitui fator decisivo: só pode ter lugar essa tutela quando a possível alteração de uma situação jurídica constituir ditame da lei material. Se a solução não puder ser essa, terá cabimento a tutela *condenatória* ou a *meramente declaratória*. Mas para distinguir entre os casos de cabimento de uma ou de outra entre estas o dado relevante é *de fato* e não de direito: crise de adimplemento no primeiro caso, crise de certeza no segundo. Sem embargo de tudo isso, em caso de descumprimento de obrigações é lícito ao autor escolher entre uma tutela específica destinada a produzir os efeitos do adimplemento omitido (*sentença constitutiva*) e uma tutela ressarcitória mediante *sentença condenatória* pelo equivalente pecuniário.

Constitui também modalidade de processo, distinta das tradicionais, o *processo dos juizados especiais cíveis* (*causas de menor complexidade*). O critério distintivo é inteiramente outro e apoia-se no modo especialíssimo como ali se relacionam seus sujeitos, caracterizando-se esse processo pela grande liberdade formal deixada às partes e maiores poderes do juiz. Perante os juizados especiais cíveis realizam-se processos desenvolvidos em fase cognitiva e fase executiva (lei n. 9.099, de 26.9.95, art. 1º).

Processo coletivo é aquele destinado à tutela jurisdicional coletiva (meio ambiente, consumidor *etc.*) e caracteriza-se pelo redobrado espírito publicístico e grande amplitude dos provimentos que gera. O sistema admite processos coletivos de natureza cognitiva, cautelar e, em certa medida, executiva — excluída a execução coletiva de condenação genérica a favor de eventuais titulares de direitos individuais homogêneos, não-obstante o disposto no art. 98 do Código de Defesa do Consumidor. O processo coletivo é também adequado para o pleito de medidas de controle das *políticas públicas*.

78. disponibilidade e indisponibilidade nas escolhas

Porque o uso do instrumental jurídico-processual está na estrita dependência das soluções de direito material cabíveis e do processo e procedimento adequados a produzir os resultados postulados, a lei é rigorosa quanto à necessidade de escolher adequadamente

a tutela a pleitear – seja nos casos em que não deixa margem alguma ao demandante, seja mesmo quando lhe dá alguma. Exige também, rigorosamente, a correta escolha da espécie de processo pelo qual se pleiteia a tutela. Feita uma escolha inadequada, o processo não chegará a seu fim normal e tutela alguma será ministrada a quem a demandou.

É o que sucede, v.g., se for pedida a anulação do casamento com base em transgressões posteriores à celebração, se for pedida tutela executiva sem estar o exequente munido de título executivo, ou ainda se for pedido despejo sem existir locação *etc.*

Existe alguma superposição entre a tutela condenatória e a meramente declaratória em casos nos quais a lei permite a escolha do autor: quando a obrigação for exigível, ele optará entre uma e outra (CPC, art. 20). Permite-se ainda a escolha entre uma *tutela diferenciada cabível* e as chamadas *vias ordinárias* dispostas pelo Código de Processo Civil (p.ex., procedimento comum ou mandado de segurança): ainda quando admissível o mandado de segurança, ou o processo dos juizados especiais ou o monitório, cabe ao demandante essa legítima opção. Nesses casos e nesses limites ele poderá, segundo seu próprio juízo de conveniência, optar pela espécie de tutela jurisdicional que preferir.

Não existe, contudo, a possibilidade de optar pelo *procedimento* da preferência do autor. A determinação do *procedimento adequado* constitui ditame de ordem pública do processo, cujo desatendimento vicia a propositura da demanda e impede sua apreciação. A regra é a chamada *indisponibilidade do procedimento*, que em princípio deve levar o juiz a indeferir a petição inicial se escolhido procedimento inadequado e não for possível adaptar. É excepcional a permissão de *optar pelo procedimento comum* como requisito para a cumulação de demandas regidas por procedimentos diferentes (art. 327, § 2º).

Há uma tendência a atenuar os rigores das consequências das escolhas inadequadas. Só se indeferem petições iniciais e só se extinguem processos se não for possível adaptar e se, tendo a causa sido processada por rito inadequado, disso tiver resultado *prejuízo* (a regra da *instrumentalidade das formas* – CPC, 277 – *supra*, nn.

71 e 76). Além disso, o autor deverá sempre ser ouvido antes da eventual extinção do processo por esse motivo (CPC, art. 10º). Outro procedimento consiste na possibilidade de, em causas nas quais se admita a autocomposição, convencionarem as partes uma alteração da ordem procedimental (CPC, art. 190) ou mesmo estabelecerem um *calendário* para a prática dos atos processuais (art. 191).

79. o acesso à justiça pelos meios alternativos de solução de conflitos – a tutela jurisdicional arbitral

Em cumprimento a um dos propósitos anunciados em sua Exposição de Motivos, qual seja, o de propiciar muita aderência da ordem processual às realidades da vida e aos anseios das partes, o Código de Processo Civil dá muita ênfase à conveniência do emprego dos meios alternativos de solução de conflitos (art. 3º, §§ 1º e 3º, *etc.*). Não só pelo recurso à jurisdição dos juízes se pode obter o acesso à justiça, mas também pela via da arbitragem e das soluções consensuais (mediação e conciliação) – embora o mediador e o conciliador não exerçam jurisdição e, portanto, não se possa dizer que eles *concedam tutelas jurisdicionais*. O *árbitro* exerce sim a jurisdição, o que é praticamente pacífico na doutrina atual – e, exercendo a jurisdição, ele atua no processo com o objetivo de oferecer tutela jurisdicional àquele que, segundo seu juízo, tiver razão. O mediador e o conciliador, que nada decidem e poder algum exercem sobre as partes (lei n. 13.140, de 26.6.15, art. 1º, par. – Lei da Mediação), são valiosos *facilitadores* do encontro de soluções consensuais entre as partes – e, com isso, mesmo sem exercer a jurisdição eles propiciam a estas o acesso à justiça. No exercício de suas funções, tanto o árbitro quanto o conciliador e o mediador atuam com o escopo social de pacificação.