

**Cassio Scarpinella Bueno**

volume

**1**

**Curso  
Sistematizado  
de Direito  
Processual Civil**

**Teoria Geral do Direito Processual Civil  
Parte Geral do Código de Processo Civil**

9ª edição

saraiva *jur*

volume  
**1**

**Cassio Scarpinella Bueno**

# Curso Sistemizado de Direito Processual Civil

## Teoria Geral do Direito Processual Civil Parte Geral do Código de Processo Civil

9ª edição  
2018





## Capítulo 5

# Neoconcretismo e tutela jurisdicional

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema relativo à tutela jurisdicional não é dos mais comumente tratados pela doutrina tradicional. Ela prefere analisar – e assim continua analisando – o que sempre foi chamado – e assim continua chamando – de “efeitos”, de “ações”, de “sentenças”, apresentando, para cada “tipo de processo”, uma tipologia própria<sup>1</sup>.

No chamado “processo de conhecimento”, os tipos de “efeitos”, das “ações” ou “sentenças” típicos eram – e para muitos continuam sendo – “declaratórios” (voltados a solucionar crises de certeza), “constitutivos” (voltados a solucionar crises de situação jurídica) e “condenatórios” (voltados a solucionar crises de adimplemento)<sup>2</sup>. Algumas vezes, embora com imensa discrepância, começaram a tratar e ainda tratam, ao lado dessas três classes, dos “efeitos”, “ações” ou “sentenças” “executivas *lato sensu*” e “mandamentais”<sup>3</sup>. É o que em geral é chamado de classificação *ternária* (há quem a chame *trinária*) ou *quinária* dos “efeitos”, “ações” ou “sentenças”, respectivamente<sup>4</sup>.

Pelas razões expostas nos n. 3.1 e 4.1 do Capítulo 4, este Curso rejeita aquelas classificações, sua nomenclatura e seu regime jurídico. O que se mostra apto a ser estudado em classes diversas (classificado, portanto) – mais ainda quando se parte do modelo constitucional do direito processual civil e levando em conta as radicais transformações pelas quais atravessou o direito processual civil legislado no Brasil, culminando no atual Código de Processo

1. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 423-430.

2. Assim, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 240-250, e Araken de Assis, *Processo civil brasileiro*, v. I, p. 677.

3. Apenas para ilustrar o acerto da afirmação, cabe mencionar o pensamento de Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 169.

4. Para essa discussão específica, ver José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 531-536.



Civil – é a tutela jurisdicional, não “ações” nem “processos”. Menos ainda as “sentenças”, como se só elas, as “sentenças”, pudessem veicular tutela jurisdicional.

Ademais – e talvez ainda mais importante do que as observações anteriores –, o exame mais tradicional da matéria acaba por separar em planos nem sempre intercomunicáveis (os diferentes tipos de “processo”) facetas e feições de uma mesma realidade jurídica. O caso da “ação” ou “sentença” condenatória é o mais significativo de todos. Para o plano do “processo de conhecimento”, a “condenação” representaria, no máximo, uma *declaração qualificada* de que houve inadimplemento no plano do direito material. Já no plano do “processo de execução”, essa “declaração qualificada”, verdadeira “reprovação”, assume foros bem diversos, pois autoriza, ela própria, a prática de diversos atos jurisdicionais voltados à realização concreta do direito tal qual reconhecido pelo Estado-juiz. Fosse, contudo, um caso de execução fundada em título executivo *extrajudicial* – documento que autoriza a prática de atos jurisdicionais voltados à realização concreta de um direito devidamente reconhecido que não seja uma decisão proferida pelo Estado-juiz (uma “sentença condenatória”) –, a dicotomia “condenação/execução” já não faz sentido. A razão é mais que justificável porque o momento “declaração” (reconhecimento do direito) da “condenação” não é necessário em se tratando de título executivo *extrajudicial*, justamente porque esse título desempenha o mesmo papel de uma “sentença condenatória”. Mas – e é este o ponto que merece ser ressaltado neste momento da exposição – o “efeito executivo” ou, mais propriamente, os “efeitos executivos” de uma e de outra espécie eram rigorosamente idênticos na origem do CPC de 1973. Por que cuidar de um mesmo efeito jurídico de duas formas diversas? Por que não reconhecer que a “ação” ou “sentença” de “condenação” equivalia, pelo menos nos seus efeitos práticos, à “ação de execução”?

Para não ir além dos limites deste *Curso*, o que deve ser extraído dos parágrafos anteriores é que, à luz do modelo constitucional do direito processual civil e das modificações legislativas que culminaram no atual Código de Processo Civil, não há mais como se limitar a tentar “encaixar” uma classificação de “efeitos”, de “ações”, de “sentenças” e de “processos” concebidos para descrever outras realidades normativas na matéria-prima de direito positivo que se põe ao processualista civil na atualidade. Por isso, é fundamental ir além e propor novos critérios classificatórios. Não, que fique bem clara a proposta assumida por este *Curso*, pelo gosto pela novidade. A proposta justifica-se para descrever adequada e suficientemente uma nova realidade jurídica, que fica ainda mais evidente quando se parte, como aqui se partiu, do modelo constitucional.

Há, com efeito, como já ressaltado, severo condicionamento histórico na discussão sobre os institutos fundamentais do direito processual civil. Por isso, como também evidenciado, é tão fundamental desenvolver sua revisitação levando em conta elementos de direito positivo e as técnicas atualmente empregadas para compreender, sistematizar e aplicar o direito positivo. Esta é a tarefa à qual se voltou o Capítulo 3, dedicado ao modelo constitucional do direito processual civil, e antes dele, consciente e propositadamente, o Capítulo 2, com sua



resenha, breve mas suficiente, das “bases para o pensamento contemporâneo do direito processual civil”.

Adotando estas premissas, é não só viável como também fundamental diversificar a forma de compreender aqueles institutos fundamentais, máxime quando – e justamente por causa dos seus respectivos condicionamentos históricos – há muito pouco para acrescentar de novo na discussão da *jurisdição*, da *ação*, do *processo* e da *defesa* em si mesmos considerados.

Uma das conclusões já lançadas anteriormente, em especial no n. 3.1 do Capítulo 4, é o de que existe nítida distinção entre *ação* e *tutela jurisdicional*. Por outro lado, o estudo “tradicional” da *jurisdição* busca analisá-la na sua perspectiva *estática*, sem dar relevo ao que, sendo essencial a ela, precisa ser evidenciado no âmbito do direito processual civil, a *prestação da tutela jurisdicional*, a finalidade última de ser do Estado-juiz e de todo o arcabouço teórico desenvolvido a seu propósito.

Por isso é de fundamental importância deslocar da *jurisdição* a temática da *tutela jurisdicional* que, associada a elementos que tradicionalmente são estudados na perspectiva da *ação* (e da própria *defesa*), permite compreender com maior clareza – e sem prejuízo de tudo o que ainda há para meditar sobre os institutos fundamentais do direito processual civil mesmo na sua perspectiva clássica – determinados (e novos) fenômenos do direito processual civil, buscando conservar (e desenvolver) o grau de evolução científico da disciplina.

Não se trata – e nunca se tratou – de mero capricho intelectual. Bem diferentemente, trata-se de necessidade que decorre do próprio sistema processual civil considerado como um todo e sempre, invariavelmente sempre, a partir da consciente adoção do modelo constitucional do direito processual civil. O que aqui se pretende, destarte, não é só insistir na necessidade de *reconstrução* do sistema de tutelas jurisdicionais, partindo de pressuposto *diferente* daquele empregado pela doutrina tradicional, mas também – e principalmente – apresentar uma proposta de *reconstrução*.

## 2. O NEOCONCRETISMO

As reflexões desenvolvidas até aqui e sintetizadas no número anterior convergem ao que este Curso, desde suas edições anteriores ao CPC de 2015<sup>5</sup>, vem propondo que seja chamado de *neconcretismo*, querendo, com o neologismo, trazer à tona as considerações em torno da concepção *concreta* da *ação* geralmente atribuída a Giuseppe Chiovenda<sup>6</sup> e que encontrou no

5. Para essa discussão naquele contexto, ver, em especial, o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1.

6. Assim, por exemplo: Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 151-152.



Brasil, embora por fundamentos diversos, árduo defensor no saudoso Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Ignácio Botelho de Mesquita<sup>7</sup>.

"Neo" porque é novo. "Concretismo" porque, na linha doutrinária preconizada pelos precitados autores, não havia sentido falar de *ação* como mera possibilidade de agir, independentemente do resultado (o que caracteriza, dentre os autonomistas, os *abstracionistas*), mas, sim, e apenas, quando o pedido do autor fosse acolhido.

Não é o caso de sustentar se aquela concepção de *ação* é ou não a correta, muito pelo contrário. O que importa evidenciar é que a *ação* não se confunde com o direito material nem mesmo na perspectiva chiovendiana, que reconhece expressamente "*ação* como direito *autônomo*"<sup>8</sup>. Tanto que, de antemão, para deixar clara a proposta, importa evidenciar o emprego do prefixo *neo*.

O que se mostra absolutamente correto é (re)formular a mesma consideração, levando em conta o estudo da *tutela jurisdicional*, isto é, da proteção a ser prestada e concretizada pelo Estado-juiz. Essa proteção (a tutela) será prestada a quem tem razão, seja o autor, que provoca a atuação do Estado-juiz, rompendo a sua inércia, seja o réu, que é tutelado ao menos com a negativa do pedido formulado pelo autor. Pode até acontecer de a proteção a ser reconhecida ao réu não ser a ideal e que ele, por isso mesmo, queira pretender mais do que a tutela correspondente à rejeição do autor. Há técnicas processuais para tanto, das quais a mais pertinente de ser lembrada nesse contexto é a *reconvenção*. De qualquer sorte, tutela jurisdicional existe em favor do réu sempre que o pedido do autor for rejeitado, no sentido de o direito material ser seu, não do autor.

Nesse contexto, a máxima chiovendiana de que "o processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"<sup>9</sup> ganha todo seu sentido e amplitude sem necessidade de desconsiderar invencíveis sincretismos metodológicos. Importa sublinhar: este *Curso* não entende que só tem *ação* o autor que vê o seu direito reconhecido. O que este *Curso* propõe é o entendimento de que é merecedor de *tutela jurisdicional* o autor ou o réu que tem, na perspectiva do direito material, direito. De forma mais sintética: só tem "*tutela jurisdicional*" quem tem direito seu reconhecido mediante a atividade do Estado-juiz, isto é, no processo. A diferença é enorme. Por isso, cabe insistir, *neoconcretismo*.

Em termos mais próximos ao pensamento original de Chiovenda, o que este *Curso* sustenta é que: "o processo dará a quem tenha um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir". Para evitar a tautologia evidenciada com a substituição in-

7. A referência é feita ao seu *Da ação civil*, publicada originalmente em 1975 e republicada mais recentemente no volume 1 de coletânea de trabalhos do autor intitulada *Teses, estudos e pareceres de processo civil*.
8. É o próprio Chiovenda quem o diz em suas *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 25-29.
9. É o que se lê na tradução de J. Guimarães Menegale nas *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 46, de Chiovenda.



tencional das palavras, basta evidenciar que a ênfase repousa na ideia de que deverá ser prestada tutela jurisdicional a quem tem direito de consegui-la.

O que é (e deve ser) concreto é a tutela jurisdicional. Tutela jurisdicional a ser prestada a quem tem direito e que necessita da atuação do Estado-juiz para satisfazê-lo. Tutela jurisdicional para além do reconhecimento de quem faz jus a ela, mas de sua efetiva prestação, de sua concretização, portanto. O processo, lembrado no trecho original transcrito acima, é, só pode ser, o método de exercício da função jurisdicional para atingimento daquela finalidade. A ação, no neoconcretismo, é, só pode ser, o direito (não *potestativo*<sup>10</sup>, mas *fundamental*, porque estamos no século XXI) que rompe a inércia da jurisdição viabilizando o início do processo com vistas à prestação da tutela jurisdicional, independentemente da existência do direito material a partir do qual aquela tutela é pedida. A ação, como demonstra o n. 3 do Capítulo 4, é direito que deve ser exercitado ao longo do processo para aquele fim.

O neoconcretismo entende e defende que não tem sentido estudar o direito processual civil exceto na perspectiva de viabilizar a concreta prestação da tutela jurisdicional a quem faz jus a ela na perspectiva do plano material. Já não se trata, assim, de confundir ou, quando menos, sobrepor os planos material e processual, vinculando a compreensão de institutos do direito processual civil, inclusive os fundamentais, a um direito cuja existência ou inexistência não infirma o plano do processo. Bem diferentemente, trata-se de aceitar, conscientemente, que o processo não *cria* o direito material; que ele permite que o direito material seja *concretizado* na medida em que seja reconhecido pelo magistrado – e há várias técnicas para tanto – ou, ainda, quando reconhecido pelas próprias partes, como se dá nos “títulos executivos extrajudiciais”. E que, assim, todos os institutos do direito processual civil só têm sentido na *dinâmica* da prestação da tutela jurisdicional, justificando sua razão de ser nela. A devida (re)contextualização dos institutos fundamentais, tal qual a que prega este Curso, permite afastar qualquer crítica que se poderia fazer quanto à falta de separação suficiente e adequada dos planos material e processual, verdadeiro fantasma que assombrou gerações de processualistas civis e, é correto afirmar, a própria construção científica do direito processual civil.

Entender, pensar e aplicar o direito processual civil na perspectiva neoconcretista é compreender processo como método de atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional a quem, no plano material, faz jus a ela. Direito que é reconhecido suficiente pelo próprio Estado-juiz ou, até mesmo, por ato estranho e anterior ao processo pouco importa, mas o direito aplicável ao caso concreto. É entender que tão importante quanto o reconhecimento do direito aplicável ao caso é torná-lo realidade, mesmo contra ou a despeito da vontade de seu destinatário. É, portanto, *concretizá-lo*. Trata-se de eleger conscientemente a tutela jurisdicional como polo metodológico do direito processual civil na atualidade. Que os demais insti-

10. Que era a concepção defendida por Giuseppe Chiovenda, como se pode ler de suas *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 24.



tutos chamados de “fundamentais” – jurisdição, ação, processo e defesa – o são mais em perspectiva histórica do que atual. Eles são *fundamentais* para o amadurecimento e o desenvolvimento do direito processual civil tal qual ele merece ser entendido nos dias de hoje, inclusive no e por causa do modelo constitucional. Mas é possível, e desejável, alterar o centro gravitacional das reflexões sobre o direito processual civil.

Ser neoconcretista é saber discernir os planos do direito processual civil (o “plano processual”) e do direito material (o “plano material”) dentro das suas peculiaridades evidentes, não, contudo, isolar o direito processual civil e contrapô-lo ao direito material. É, portanto, entender o direito processual civil como *instrumento* do direito material; como *meio*, não como *fim*. Meio de prestar tutela jurisdicional a quem tem, na perspectiva do direito material, direito devida e suficientemente reconhecido. Prestar tutela jurisdicional sempre na compreensão de que, tanto quanto saber quem tem o direito (na perspectiva ideal), é satisfazer, efetivando, *concretizando* este mesmo direito (na perspectiva prática). É transformar em “ser” o que, na perspectiva do reconhecimento do direito, ainda é “dever-ser”.

Importa destacar a propósito destas considerações que, diferentemente do que ocorreria no passado, nenhum processualista civil da atualidade que se ocupar e preocupar com a *realização* dos direitos devidamente *reconhecidos* existentes pelo Estado-juiz poderá ser acusado de não discernir adequadamente os planos material e processual, sendo rotulado com viés conscientemente crítico de *imanentista* ou, quando menos, de *concretista* (ver n. 1 do Capítulo 2). Muito pelo contrário. O processualista civil que direcionar seus estudos para o reconhecimento e a concretização do direito estará aplicando adequadamente a revisitação de sua disciplina, estará acentuando que o seu objeto de investigação tem finalidades a serem atingidas e que elas se localizam fora do processo, justamente porque não se confundem com ele e não se esgotam nele.

Para tanto, é imperioso indicar, como quer este Curso, a “tutela jurisdicional” como eixo metodológico do direito processual civil, distinta de outros temas como a “ação”, o “processo”, a “defesa” e a própria “jurisdição”. Entender as técnicas processuais como aptas à *concretização* do direito material suficientemente reconhecido como tal pelo Estado-juiz e, até mesmo, independentemente do exercício da função jurisdicional não significa que só tem “ação”, “processo” ou “defesa” aquele que, no plano material, é carente da tutela *material* de direitos. Obter tutela jurisdicional é o *resultado* ambicionado com a provocação e a atuação do Estado-juiz e, portanto, é nessa perspectiva que o estudo de todas as técnicas predispostas para tanto deve ser feito.

A construção da teoria aqui denominada de *neoconcretismo*, tal como este Curso a propõe, convida a verdadeira revisitação das estruturas clássicas e tradicionais do nosso direito processual civil, do contexto de seu exame e da indicação de um novo eixo metodológico (a tutela jurisdicional), para adequá-las, de uma vez por todas, aos anseios, por todos compartilhados, do papel a ser desempenhado pelo processualista civil do século XXI e, mais am-



plamente, pelo próprio direito processual civil, inclusive o legislado, a partir de seu modelo constitucional.

Todo o cuidado é pouco com o entusiasmo que as ideias dos parágrafos anteriores podem causar. Embora o *neoconcretismo* coloque, conscientemente, a tutela jurisdicional como elo metodológico fundamental do direito processual civil da atualidade, isso não autoriza – nem quer autorizar – que o *neoconcretista* se preocupe mais com a *efetivação* do direito do que com seu *reconhecimento*. Não há espaço, no modelo constitucional do direito processual civil, para compreender que o *fim* (a prestação da tutela jurisdicional) possa justificar os *meios*. A explicação vem do próprio modelo de Estado, o Estado Constitucional, criado pela Constituição Federal: o agir do Estado é também condicionado desde a Constituição.

Assim, até para evitar erros do passado (e é tão fácil quanto cômodo apontá-los no momento presente), todo o exagero é vedado. Prestar tutela jurisdicional, concretizando o direito sim, mas sempre, invariavelmente, de acordo com o devido processo constitucional, expressão suficientemente eloquente que *sintetiza* o que, na perspectiva da atuação do Estado-juiz, para reconhecer e para satisfazer o direito é absolutamente indispensável, para aplicar as reflexões do n. 2.3 do Capítulo 3.

### 3. TUTELA JURISDICIONAL

Cumprido destacar que a tutela jurisdicional nada mais é do que a própria razão de ser da jurisdição ou, como prefere este *Curso*, a jurisdição estudada em perspectiva *dinâmica*, isto é, de seu concreto e escoreito funcionamento.

Aceita esta proposta, cabe ir além da identificação do ato jurisdicional típico em contraposição aos demais atos estatais (e dos particulares), objeto do n. 2.1 do Capítulo 4, e da classificação da jurisdição que acaba se resumindo ao que, como aponta o n. 2.3 do mesmo Capítulo, é estudado suficientemente na perspectiva da *competência*, objeto da devida análise no n. 6 do Capítulo 2 da Parte II, aspectos da perspectiva *estática* da jurisdição.

Para tanto, importa dar relevo a uma série de classificações que quer identificar e estudar mais adequadamente as diversas facetas da tutela jurisdicional e suas distintas aplicações, permitindo que ela dialogue intrinsecamente não só com o modelo constitucional do direito processual civil – nem haveria espaço para propor algo diverso –, mas também com as diversas técnicas que o legislador, no afã de concretizar aquele modelo, concebeu.

A hipertrofia da *tutela jurisdicional* pretendida por este *Curso* tem o condão de distinguir com bastante nitidez o que é do que não é *ação*, o que é do que não é *processo* e o ponto culminante: o que é do que não é *mérito*, no sentido de direito material lesionado ou ameaçado e, por isso, carente de tutela jurisdicional.



A iniciativa, portanto, tem o condão de revisitar questões clássicas do direito processual civil, confirmando o acerto do *neoconcretismo* de estudar determinados temas na perspectiva da tutela jurisdicional e não da jurisdição, da ação, do processo e da defesa.

### 3.1 Tutela (material) de direitos e tutela (jurisdicional) de direitos

O tema relativo à tutela *material* de direitos não é objeto do direito processual civil. O direito material existe para ser cumprido e observado independentemente da atuação jurisdicional. O que importa ao processualista é a situação em que aquela tutela, na perspectiva do plano *material*, é lesionada ou ameaçada, justificando que se rompa a inércia da jurisdição com vistas à tutela *jurisdicional* daquele direito.

A razão pela qual a tutela *material* do direito não se deu, posto ser interessantíssima e absolutamente indiferente para as preocupações presentes. O que interessa para cá é o fato objetivamente constatável de que há direito (no plano material) ameaçado ou lesionado e, por isso, há campo para se cogitar da *necessidade* da tutela *jurisdicional* daquele mesmo direito: seja para evitar a consumação da lesão, imunizando o estado de ameaça ou para reparar a lesão já consumada; seja eliminando a causa da lesão ou da ameaça ou eliminando os seus efeitos presentes e futuros.

A tutela *material* de direitos, isto é, sua proteção no plano material, externo ao processo, interessa ao direito processual civil como *causa* da *necessidade* de exercício da função jurisdicional. A referência e a complementaridade entre os dois planos (material e processual) são irrecusáveis, mas é necessário analisá-los distintamente, recusando que se tratem, porque não se tratam, de uma só realidade. É a tutela *jurisdicional* de direitos que diz respeito ao estudo do direito processual civil.

É esta a razão pela qual o n. 4.2.1 do Capítulo 4 propugna pelo não emprego da expressão “tutela jurisdicional *diferenciada*” para tratar dos procedimentos especiais em geral. O que há de diferenciado naqueles casos – na consignação em pagamento, por exemplo – não guarda nenhuma relação com a tutela jurisdicional em si mesma considerada, mas no procedimento a ser adotado no processo em que se pretende o reconhecimento da extinção da obrigação pela consignação (art. 334 do Código Civil) e, evidentemente, nas razões pelas quais o direito material reconhece aquela extinção. A concessão da tutela jurisdicional, se for o caso, deve ser examinada na perspectiva da classificação proposta pelo n. 4, *infra*.

Por razões não muito diversas é que a celebrada distinção entre tutela *específica* e tutela *genérica*, tão divulgada desde a introdução do art. 461 do CPC de 1973 pela Lei n. 8.952/94 – e que já encontrava fundamento específico no ordenamento jurídico brasileiro desde o art. 84 do Código do Consumidor, a Lei n. 8.078/90 –, deve ser analisada na perspectiva do



plano *material* e não do plano *processual*. O que aquelas expressões querem identificar repousa naquele e não neste plano<sup>11</sup>.

“Tutela específica” é expressão a ser compreendida como a máxima coincidência possível entre o que, no plano *material*, é ou era devido e o que é reconhecido como devido pelo Estado-juiz ao conceder a tutela jurisdicional.

“Resultado prático equivalente”, por sua vez, é expressão genérica que merece ser entendida no sentido de que cabe ao credor (exequente) sopesar se se satisfaz com algo que, embora não seja a “tutela específica”, não é (ainda) a transformação da obrigação em perdas e danos.

A “tutela genérica” corresponde às perdas e danos decorrentes do inadimplemento da tutela específica e/ou da inviabilidade de obtenção do “resultado prático equivalente”.

A distinção encontra fundamento claro nos arts. 497 a 500.

No *caput* do art. 497, tendo como referência as obrigações de fazer ou de não fazer, a tutela específica vem tratada na perspectiva de o magistrado concedê-la em contraposição ao estabelecimento de providências que assegurem a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente.

No *caput* do art. 498, dispositivo voltado às obrigações de entrega de coisa, a concessão da “tutela específica” é atrelada à fixação de prazo para o cumprimento da obrigação.

Por sua vez, o art. 499 estabelece que “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, diretriz que é reforçada pelo art. 500, que distingue com nitidez a indenização por perdas e danos (realidade de direito *material*) e a “multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação” (realidade de direito *processual*).

Tais dispositivos merecem ser interpretados na perspectiva do direito *material*, sobre o magistrado entender que o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor (ou até mesmo pelo réu) merece ou não, naquela perspectiva, ser concedido ou não, criando condições para que o cumprimento específico de uma dada obrigação – ou, mais amplamente, de um *dever* jurídico – seja alcançado em juízo com a adoção das técnicas que se mostrem adequadas para tanto. Se os autores requerem, por exemplo, tutela jurisdicional consistente no cumprimento de obrigação de fazer personalíssima (a realização da apresentação de um prestigiado quarteto de cordas na celebração de suas bodas de cristal, tocando o *Heiliger Dankgesang* do opus 132 de Beethoven), sua concessão pressupõe que, na perspectiva do direito *material*, o magistrado se convença suficientemente de que aquela obrigação deve ser

11. No particular, este *Curso* altera posicionamento externado nas suas edições anteriores ao CPC de 2015, como se pode verificar do n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1, que tratava daquelas classes no âmbito da tutela *jurisdicional*.



implementada tal qual assumida pelos réus, o que levará à imposição de que o prestigiado quarteto toque aquela música na precitada celebração.

O que ocorre, no plano *processual*, é a pesquisa sobre quais técnicas devem ser adotadas para concretizar aquela tutela jurisdicional e a análise de sua efetiva adoção, na medida em que elas se revelem mais ou menos aptas àquela finalidade: que o quarteto execute a obra indicada nas condições acertadas com o casal. É esse o objeto da disciplina dos arts. 536 e 537.

Contudo, caso o implemento *in natura* da obrigação, tal qual ajustada entre as partes, não seja possível, não haverá outra solução aos autores que não se contentarem com o "resultado prático equivalente" (por exemplo, com outro quarteto, menos prestigiado, tocando nas bodas do casal ou o mesmo grupo instrumental executando não o referido movimento do opus 132 de Beethoven, mas a não menos comovente *Cavatina* do opus 130). Se nem isso for possível, cabe ao casal se limitar às perdas e danos (art. 499), que poderão compreender, apenas a título de ilustração, o valor do contrato já pago e os danos morais derivados da sua frustração ao não ter suas bodas celebradas da forma como pretenderam<sup>12</sup>. Tais perdas e danos serão exigidos dos réus mediante o emprego de outras técnicas processuais, que, como qualquer outra obrigação pecuniária, estão disciplinadas, na sua essência, nos arts. 523 a 527.

Se é certo que a impossibilidade da tutela *específica* pode ser constatada ao longo do próprio processo, mormente no desenvolvimento de sua etapa de cumprimento, a gradação indicada pelo art. 499 encontra fundamento no próprio plano do direito *material* e não no do *processual*: o que atende suficientemente à pretensão do autor para fins de "resultado prático equivalente"? O que pode e o que não pode compor as perdas e danos em favor do autor? As respostas para esses questionamentos residem, só podem residir, no plano do direito *material*. Ao plano do direito *processual* se põem problemas de ordem diversa sobre a transformação<sup>13</sup> e a concretização<sup>14</sup> daquela tutela (material) de direitos. Seu enfrentamento se dá em outras oportunidades deste *Curso*<sup>15</sup>.

12. O valor dos danos morais deverá levar em conta todas as peculiaridades do direito material e do impacto que o inadimplemento total da obrigação causou. No exemplo fornecido, o casal escolhera aquele movimento do quarteto opus 132 de Beethoven também porque, além do agradecimento que lhe dá título, foi o próprio músico imortal quem descreveu o *andante* que se segue ao *molto adagio* como *Neue Kraft fühlend* e, não menos importante, porque, na terceira e última retomada do tema do *molto adagio*, é de sua própria pena, que se lê na partitura original: "Mit innigster Empfindung". Estas palavras, incompreensíveis para quem não entende alemão, dizem tudo e suficientemente quando aquela música é ouvida, ainda mais a propósito de celebrar, agradecendo a Deus, a sua união.
13. Apenas a título de exemplo: a gradação da tutela específica para as perdas e danos depende de prévio pedido do autor? Se ela pode ser concedida de ofício, ela pressupõe prévia oitiva do autor e do réu? Qual é o significado de eventual oposição do réu à transformação?
14. Também apenas para fins ilustrativos: haverá reabertura de prazo para compelir o réu a fazer coisa diversa da que foi pedida de início? Multa imposta para fins da tutela específica subsiste para perseguição do resultado prático equivalente? Ela pode ser cumulada com a multa a ser fixada para pagamento das perdas e danos?
15. Em outros trabalhos, o autor deste *Curso* volta-se ao tema. A referência é feita aos *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. X, esp. p. 352-355, e ao *Manual de direito processual civil*, p. 419-421 e 573.



Robustece esta necessária distinção de planos a peculiaridade de o Código de Processo Civil, diferentemente da opção feita pelas Leis n. 8.952/94 e 10.444/2002 ao reformar, no particular, o CPC de 1973, ter se voltado ao tema, na perspectiva da *sentença*, na Seção IV do Capítulo XIII (“Da sentença e da coisa julgada”) do Título I (“Do procedimento comum”) do Livro I (“Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”) da Parte Especial do Código de Processo Civil, intitulada eloquentemente “Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa” e não, como fazia o antecessor, no âmbito do cumprimento de sentença, tratando, no mesmo dispositivo, de regras de conteúdo de direito material e de direito processual, como se dava no antigo art. 461.

Tanto assim que o CPC de 2015, pressupondo a concessão (o julgamento) da tutela específica, limita-se a disciplinar, entre as regras do cumprimento de sentença (Capítulo VI do Título II do Livro I da Parte Especial), a *efetivação* da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinando as medidas necessárias à satisfação do exequente, quando se tratar de obrigação de fazer e de não fazer (art. 536, *caput*), indicando nos parágrafos do art. 536 e no art. 537 técnicas para aquele fim, e expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor caso “Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença” (art. 538, *caput*).

O que há naqueles dispositivos, os arts. 536 a 538, são *técnicas de concretização* da tutela jurisdicional das modalidades obrigacionais de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. Neles, a disciplina normativa recai sobre a *eficácia* das decisões jurisdicionais que prestem tutela jurisdicional sobre obrigações de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa. As regras relativas ao “julgamento” daquelas modalidades obrigacionais e suas eventuais gradações em direção às perdas e danos estão, no âmbito do Código de Processo Civil, nos arts. 497 a 500<sup>16</sup>. Estes dispositivos tratam dos possíveis *conteúdos* daquelas decisões, veiculadoras de tutela jurisdicional executiva a ser concretizada por aqueles.

Em suma: o que importa para o estudo do direito processual civil não é o estudo do momento formativo do direito no seu aspecto material, seus contornos e respectivo regime jurídico, inclusive de desfazimento e respectivas consequências jurídicas. A isso se dedica a maior parte dos ramos do direito: civil, comercial, consumidor, agrário, constitucional, administrativo, tributário e previdenciário, apenas para mencionar oito. Para o direito processual interessa *como* aqueles direitos serão ou não tutelados jurisdicionalmente e de que modo. Há – e deve haver – indispensável diálogo entre os planos material e processual: o magistrado só vai julgar procedente o pedido de tutela jurisdicional do autor se conseguir, na perspectiva do direito material, constatar que é o autor o seu titular. Isso, contudo, não autoriza que se tratem indistintamente os dois planos. Bem diferentemente, pressupõe sua distinção.

16. A ressalva é importante porque o “julgamento” das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa deve levar em conta os respectivos regimes jurídicos de direito material, que vão muito além dos precitados dispositivos do CPC.



#### 4. CLASSIFICAÇÕES DA TUTELA JURISDICIONAL

Ao tratar das classificações da tutela jurisdicional propostas por este Curso, importa evidenciar algo que comumente não o é: critérios de classificação nada mais são do que métodos empregados para conhecer mais adequada e mais minudentemente determinados fenômenos, descrevendo-os. Os critérios classificatórios não são os próprios fenômenos descritos. Eles não existem em si mesmos, independentemente do que se predispõem a escrever. O que, por alguma razão, se põe para estudar são determinados objetos. São eles que são classificados, como métodos de estudo.

No exame proposto para a tutela jurisdicional, cabe distinguir, de plano, o que é e o que não é objeto de estudo do direito processual civil. É o objetivo do número anterior, que quer distinguir a tutela *material* de direitos da tutela *jurisdicional* de direitos: sem que a iniciativa seja tomada, transportando para o plano do processo as vicissitudes do direito material, o risco de cometer algum sincretismo metodológico é enorme. E não há mais espaço, na base contemporânea do estudo do direito processual civil, para confundir os planos de direito material e de direito processual. Coisa bem diversa é ter consciência da necessidade de suas relações e recíprocas referências, objeto de exposição do n. 2.1 do Capítulo 2.

Na perspectiva da tutela jurisdicional, a grande utilidade da classificação ora proposta, que ocupa os números seguintes, é que sua análise em classes distintas, cada qual construída a partir de um critério diverso, permite analisá-la de múltiplas perspectivas, mas que, justamente por dizerem respeito a um só e mesmo objeto, podem ser combinadas entre si, com resultados importantes e sensíveis para os fins objetivados por este Curso. É correta, por isso mesmo, adotando os critérios adiante propostos e justificados, a referência a uma tutela jurisdicional que, ao mesmo tempo, seja *preventiva*, *antecipada*, *provisória*, *satisfativa* e *executiva*, em contraposição a outra que, concomitantemente, seja *repressiva*, *ulterior*, *definitiva*, *conservativa* e *não executiva*.

Importa, por fim, fazer um alerta: o estudo da tutela jurisdicional aqui proposto não envolve o exame das *técnicas* empregadas para a sua concretização. Este seria o traçado ideal se o objetivo fosse tratar de maneira monográfica da tutela jurisdicional e de todas as suas facetas e de todas as suas classificações. Para a construção de uma teoria geral do direito processual civil, é suficiente indicar a relevância da tutela jurisdicional, como verdadeiro centro de preocupações para o estudo do direito processual civil e apresentar as suas diversas facetas.

Como transformar em realidade palpável o que, na perspectiva das decisões proferidas pelo Estado-juiz, é ideal, *concretizando* a tutela jurisdicional – e isto é assunto pertinente ao estudo da tutela jurisdicional *executiva* de que trata o n. 4.5, *infra* –, é assunto que se volta ao exame de um sem-número de dispositivos do Código de Processo Civil, transbordando, por definição, do que, por ora, importa trazer à tona. É tema ao qual se volta este Curso em diversos outros momentos, em especial em seu volume 3.



## 4.1 Tutela jurisdicional classificada pela perspectiva do dano: tutela preventiva e tutela repressiva

O princípio constitucional contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal fornece condições seguras para a construção de um novo paradigma de tutela jurisdicional, em busca de uma maior “efetividade jurisdicional”. Um paradigma que contrapõe a “tutela jurisdicional repressiva” à “tutela jurisdicional preventiva”. “Tutela jurisdicional repressiva” no sentido de criar condições para que a lesão a direito seja devidamente reparada, determinando a recomposição das coisas no estado anterior, e “tutela jurisdicional preventiva” no sentido de evitar a lesão, isto é, de ser imunizada a ameaça, evitando que ela, ameaça, se transforme em lesão.

Forte na dicotomia estabelecida pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, entre ameaça a direito e lesão a direito, não há como desconsiderar a importância de desenvolver toda uma sistematização sobre as formas de tutela jurisdicional a partir dessas duas situações. Uma coisa é conceber a tutela jurisdicional a partir de uma visão *prospectiva* (voltada para o futuro), para evitar a ameaça e a propagação de efeitos de alguma lesão já ocorrida. Outra é conceber a tutela jurisdicional de uma visão *retrospectiva* (voltada para o passado), destinada a eliminar a lesão e seus efeitos até então experimentados.

É o que basta para, levando em conta a ocorrência ou não de dano, distinguir a “tutela jurisdicional preventiva” da “tutela jurisdicional repressiva” para os fins acima indicados.

### 4.1.1 Uma palavra adicional sobre a tutela jurisdicional preventiva

Para a compreensão do devido alcance que tem a dicotomia ressaltada no número anterior, é fundamental observar que o estudo científico do direito processual civil tomou como base para sua construção o que aqui é chamado de “tutela jurisdicional repressiva”: dado o dano, no sentido de lesão já consumada, deve se dar a reparação o mais completa possível. O que a Constituição Federal de 1988 quer, sem abandono disso (já que se refere, ainda, a que nenhuma lesão seja afastada do Poder Judiciário), é que também a mera ameaça enseje pronta e adequada intervenção jurisdicional com uma pronta e adequada solução jurisdicional. Que a ameaça sequer venha a se converter em lesão. Seja porque, uma vez lesionado o direito, é impossível voltar ao *status quo ante* ou, até mesmo, apagar os efeitos que a lesão (já consumada) tenha gerado ou porque, e simplesmente, não é desejável que ocorra a lesão, não obstante seja possível o retorno ao estado anterior. É nesta preocupação destacada pela própria Constituição Federal que reside a noção suficiente de “tutela jurisdicional preventiva”, de proteção de uma situação de ameaça.

Algumas considerações complementares fazem-se necessárias. A análise da importância do exame da tutela *preventiva* nesta perspectiva constitucional fica ainda mais interessante na medida em que há determinados direitos, tais quais assegurados no plano do direito



material, que não permitem, pela sua própria natureza, compensação monetária ou reparação. Muitos deles sequer têm expressão monetária. São direitos que, por sua natureza, devem ser fruídos *in natura*. É o que se dá, para fazer menção a duas hipóteses, com os direitos relacionados à personalidade (art. 5º, X, da CF, e arts. 12 e 21 do CPC) ou com os direitos relacionados ao meio ambiente (art. 225 da CF).

Mesmo outros direitos que admitam, de alguma forma, expressão monetária e que, por isso mesmo, aceitariam a “tutela jurisdicional repressiva” também justificam a prestação da “tutela jurisdicional preventiva” porque a isso não se pode furtar o aplicador da lei processual civil, em função do que irradia o modelo constitucional do direito processual civil, em específico o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: toda a estrutura do direito processual civil deve ser (re)construída a partir da noção de *ameaça* a direito e não só, como tradicionalmente se deu, a partir da compreensão de *lesão*. Uma forma de tutela jurisdicional já não pode se sobrepor à outra, excluindo-a. Ambas têm que ser pensadas e sistematizadas, desde o plano constitucional, para proteger suficiente e adequadamente todas as possibilidades de *lesão* e de *ameaça* a direito consoante sejam as vicissitudes de cada caso concreto.

É por essa razão que parcelas da doutrina, capitaneadas nas letras jurídicas nacionais por Luiz Guilherme Marinoni, vêm sustentando ser mister, para a adequada compreensão do que este *Curso* chama de “tutela jurisdicional preventiva”, distinguir entre “ilícito” e “dano”<sup>17</sup>. Para o Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, a tutela jurisdicional deve se voltar a evitar o ilícito, assim entendido qualquer ato praticado em desconformidade com o direito, independentemente da existência de dano. Quando menos, que a tutela jurisdicional tenha aptidão de remover eventuais ilícitos continuados ou repetidos, independentemente dos danos eventualmente ocorridos. Tudo para que a tutela jurisdicional evite situações, o mais amplas possível, contrárias ao direito, e, na hipótese de elas ocorrerem, para evitar que seus efeitos se propaguem no tempo e no espaço.

A influência do pensamento do referido processualista na construção do pensamento contemporâneo do direito processual é inegável. O parágrafo único do art. 497 é, no melhor sentido da expressão, extraído do livro mencionado. É lê-lo: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Não obstante, a chamada “tutela inibitória”, máxime diante dos contornos que a ela dá Marinoni, é questão que diz respeito ao plano material. É, para empregar a distinção que propõe o n. 3.1, *supra*, tutela *material* de direito e não tutela *jurisdicional* de direito. A abrangência do que deve ser considerado pelo Estado-juiz para evitar que ameaças se transformem em lesões é (e deve ser) extraída do plano material e não do processual. Para este, importa

17. É o que o prestigiado autor desenvolve em seu *Curso de processo civil*, v. 1, p. 253-263.



dar o devido realce à amplitude do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, enfatizando o papel que a tutela jurisdicional *preventiva* deve desempenhar. Assim, o correto é acentuar que a tutela jurisdicional deve assegurar indistintamente reparação de *lesões* e evitar que *ameaças* a direito se convertam em *lesões*, em *danos*. Mas não só: importa acentuar que o *ilícito*, independentemente da ocorrência de dano – porque suficiente, para sua caracterização, situação contrária ao direito –, é passível de tutela jurisdicional. E o que o impõe é o precitado dispositivo constitucional.

#### 4.2 Tutela jurisdicional classificada pelo momento de sua prestação: tutela antecipada e tutela ulterior

Outra classificação relativa à tutela jurisdicional que merece destaque nesta sede toma como critério distintivo o *momento* em que ela, a tutela jurisdicional, é prestada ou, mais precisamente, em que instante seus *efeitos* práticos podem ser liberados, isto é, podem ser sentidos no plano exterior ao processo. A tutela jurisdicional, nesta perspectiva, é *antecipada* ou *ulterior*.

Para ser bem compreendida, a classificação impõe uma explicação preliminar.

Não há vinculação entre a *eficácia* das decisões, isto é, a aptidão de elas produzirem seus regulares efeitos, ao seu trânsito em julgado ou à sua preclusão, ou seja, quando já não são cabíveis recursos contra elas. Até se pode admitir que, do ponto de vista da máxima segurança jurídica, o ideal é que os efeitos das decisões jurisdicionais dependam da impossibilidade de sua modificação. Isso, contudo, é questão que se põe no plano pré-jurídico. O sistema processual pode, justamente porque “*eficácia*” e “*imutabilidade*” das decisões jurisdicionais *não se confundem conceitualmente*, fazer *escolhas* que separem ou que aproximem aquelas duas realidades. Pode haver, portanto, *eficácia* de uma decisão instável, tanto quanto *ineficácia* de uma decisão estável.

No direito brasileiro (ainda) é regra – pelo menos regra *literal* – que a sentença não produza efeitos de imediato, simplesmente pelo fato de estar sujeita ao recurso de apelação. Esse estado de *ineficácia* da sentença é o que comumente se chama de “efeito *suspensivo* da apelação” e que (ainda) está estampado no *caput* do art. 1.012. Nesses casos que, vale repetir, são a regra, somente depois de julgada a apelação (o que leva algum tempo) é que os efeitos da sentença, eventualmente *substituída* pela decisão que julga aquele recurso (art. 1.008), poderão ser *exteriorizados* do plano do processo. Isso porque eventuais recursos extraordinário e especial interponíveis do acórdão *não têm* efeito *suspensivo* (art. 995, *caput*) e, por isso, nesta perspectiva, não inibem que os efeitos das decisões por eles recorridas sejam, desde logo, *exteriorizados*. Segue-se, nesses casos, o que o Código de Processo Civil chama de “*cumprimento provisório da sentença*”.



De outro lado, pode ocorrer que se negue a possibilidade do cumprimento provisório da sentença quando se atribuir efeito *suspensivo* aos recursos extraordinário e/ou especial (art. 1.029, § 5º). Nesses casos, a tendência é que haja coincidência temporal entre o trânsito em julgado e a eficácia da decisão. Nos casos em que a Fazenda Pública é condenada a pagar alguma soma em dinheiro a alguém, a *coincidência temporal* entre eficácia da decisão e trânsito em julgado é realidade imposta pela própria Constituição Federal (art. 100, §§ 1º, 3º e 5º) e, dentre outros, pelo art. 2º-B da Lei n. 9.494/97.

Em tais hipóteses, o “cumprimento da sentença”, para empregar a nomenclatura dada pelo próprio Código de Processo Civil, é *definitivo*. São os casos em que a liberação dos efeitos da decisão depende de seu trânsito em julgado ou da existência de um “título executivo extrajudicial”, que é o documento que dispensa prévia manifestação do Estado-juiz sobre a existência da lesão ou da afirmação de direito que justifica o exercício da função jurisdicional.

Desta muito breve exposição – consciente, porque o exame do regime jurídico do cumprimento *provisório* e do *definitivo* é tema que ocupa o volume 3 deste Curso – é importante extrair que o direito positivo brasileiro prevê *instantes procedimentais* em que as decisões passam a surtir seus regulares efeitos. A regra do Código de Processo Civil é que sentenças não produzam efeitos quando proferidas porque sujeitas a recursos de apelação que têm “efeito suspensivo” (art. 1.012, *caput*). Os casos em que a eficácia da sentença é imediata (casos de “cumprimento provisório da sentença”) são exceção, assim, por exemplo, as hipóteses indicadas no § 1º do art. 1.012. As demais decisões produzem seus efeitos desde quando publicadas porque os recursos delas interponíveis não ostentam como regra efeito suspensivo (art. 995, *caput*), sendo excepcionais (e expressos) os casos em que isso se dá. Em quaisquer casos, contudo, se não houver recurso da decisão que veicula a tutela jurisdicional, seus efeitos poderão ser sentidos de imediato.

A tutela jurisdicional *antecipada*, nessa perspectiva, é aquela em que o magistrado, diante de alguns pressupostos (*ope judicis*, portanto), autoriza a prestação da tutela jurisdicional, antecipando, por deliberação judicial, o instante procedimental pré-valorado pelo legislador para que a decisão surtisse seus efeitos. O magistrado, nesse sentido, *modifica* as escolhas feitas pelo legislador quanto aos momentos mais adequados e necessários para liberar a eficácia das decisões. A tutela jurisdicional *ulterior* é aquela em que a própria lei (*ope legis*) prevê o momento em que a tutela jurisdicional pode ser prestada.

A distinção entre as duas classes repousa, por isso mesmo, *também* na pessoa de quem, o magistrado ou o legislador (considerado em sentido amplo, porque a opção pode ser feita pela própria Constituição Federal), escolhe o *momento* em que a tutela jurisdicional será prestada no sentido de liberar seus efeitos para a sua concretização. O legislador concebe um sistema com cálculos abstratos e genéricos, ponderando o que deve ocorrer como regra, ora liberando ora retardando o início da produção dos efeitos da tutela jurisdicional. Cabe ao magistrado *variar* o sistema criado em abstrato para, diante das características, das vicissitudes e das necessidades de cada caso concreto, autorizar o início da produção dos efeitos da tutela jurisdicional.



Uma ressalva final é importante: a despeito da nomenclatura empregada, é correto não confundir o critério aqui proposto com o que o Código de Processo Civil, em diversos dispositivos, denomina de “tutela *antecipada*”. Na perspectiva do Código, tutela *antecipada* é tutela que, embora provisória, é *satisfativa* de direito. De qualquer sorte – e nisso há identidade ideológica com o critério aqui proposto –, sempre a partir de uma decisão do magistrado que autoriza a produção imediata dos efeitos em instante não previsto em abstrato pelo legislador, antecipando-os na exata perspectiva aqui posta em relevo. Uma autorização *ope judicis*, portanto.

### 4.3 Tutela jurisdicional classificada pela necessidade de sua confirmação: tutela provisória e tutela definitiva

De acordo com este critério classificatório, o importante é verificar se a tutela jurisdicional prestada depende, ou não, de confirmação, pelo próprio juízo que a proferiu ou por juízo diverso, “superior”, nos termos que expõe o n. 2.3.5 do Capítulo 4. As classes sugeridas neste número, *destarte*, contrapõem-se de acordo com o critério da necessidade, ou não, de ser proferida outra decisão pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional que *confirme* a decisão veiculadora da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional é *provisória* no sentido de que a decisão que a veicula deverá ser *confirmada* ou, se for o caso, *substituída* por outra. A tutela jurisdicional, nessa perspectiva, tem validade e eficácia enquanto outra decisão não for proferida para ratificá-la ou para valer e ter eficácia em seu lugar<sup>18</sup>. A “tutela jurisdicional *definitiva*” é aquela que prescinde de tal confirmação ou substituição.

Nos casos da “tutela jurisdicional *provisória*”, é correto afirmar que a decisão judicial que lhe dá fundamento é instável e, por isso, carente de confirmação oportuna. Quando se tratar de “tutela jurisdicional *definitiva*”, não há esse traço característico<sup>19</sup>.

A importância de saber se se está diante de uma tutela jurisdicional *provisória* ou *definitiva* reside no regime jurídico de seus efeitos. Já que, por definição, a tutela *provisória* depende de ulterior deliberação judicial, pode acontecer de ela vir a ser modificada, colocando-se a questão relativa a saber o que acontecerá com os efeitos anteriormente produzidos com base nela. A diretriz assumida pelo sistema processual civil brasileiro é a de que os efeitos da

18. A distinção indicada no texto encontra eco na lição de Calamandrei que, em seu célebre *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 9-12, distinguia entre “*temporarietà*” (*temporaneità*) e “*provisorietà*” (*provisorietà*). A dicotomia não interfere no critério classificatório aqui proposto, sendo retomada no n. 4.3 do Capítulo 5 da Parte II.

19. O art. 304, ao menos na sua literalidade, sugere, se não uma exceção, uma variação da dicotomia aqui proposta, ao aceitar que, nas circunstâncias nele previstas, a tutela *provisória* pode se tornar *estável*. O tema, que não interfere na classificação aqui proposta, é analisado no n. 6.5 do Capítulo 5 da Parte II.



tutela provisória sentidos entre as *partes* devem ser desconsiderados, preservando-se, contudo, os efeitos produzidos perante *terceiros*, aqueles que não são partes. É o que decorre da interpretação dos incisos I a III do art. 520.

O Código de Processo Civil dedica a íntegra do Livro V de sua Parte Geral à disciplina da tutela provisória. No Capítulo 5 da Parte II, este Curso volta-se ao tema, oportunidade em que se aprofunda também nas classificações sugeridas pelo *caput* e pelo parágrafo único do art. 294.

#### **4.4 Tutela jurisdicional classificada em função de suas relações com o direito material: tutela satisfativa e tutela conservativa**

Sem prejuízo da ressalva que conclui o número anterior, importa trazer à tona distinção feita pelo precitado parágrafo único do art. 294 do Código de Processo Civil, que distingue o que lá é chamado de “tutela *antecipada*” da “tutela *cautelar*”. É elemento que pertence ao estudo da tutela jurisdicional como um todo e não apenas a uma de suas classificações, a *provisória*, como sugere aquele dispositivo.

O critério empregado diz respeito ao *modo* em que a tutela jurisdicional se relaciona com o direito material. Quando ela envolver técnicas predestinadas à *satisfação* do direito, a tutela será, na linguagem do Código de Processo Civil, *antecipada*. Quando se tratar de técnicas destinadas a salvaguardar ou assegurar o direito (sem satisfazê-lo), a tutela será, também na nomenclatura empregada pelo Código de Processo Civil, *cautelar*.

Para evitar dificuldades nominais, tais como as indicadas no n. 4.3, *supra*, este Curso prefere rotular a primeira classe (*antecipada*) de tutela *satisfativa* e a segunda (*cautelar*) de tutela *conservativa*, o que traz à tona a opção feita por ordenamentos jurídicos estrangeiros e o rico desenvolvimento acerca do tema que neles existe, o que, a seu tempo, em especial no Capítulo 5 da Parte II, é desenvolvido por este Curso.

Cabe evidenciar que a tutela jurisdicional *satisfativa* e a *conservativa* não são peculiaridade da tutela *provisória* de *urgência*, tal qual sugere o referido parágrafo único do art. 294. Pode ocorrer que a tutela jurisdicional *definitiva* perseguida pelo autor (ou, se for o caso, pelo réu) seja para *conservar* direito seu e não para *satisfazê-lo*. A própria concepção da tutela inibitória sugerida por Luiz Guilherme Marinoni, como se evidencia no n. 4.1.1, *supra*, apresenta elementos seguros dessa realidade. Não obstante os inegáveis traços de direito material que aquela concepção porta, a distinção apresenta primazia de elementos *processuais* no contexto aqui evidenciado.

#### **4.5 Tutela jurisdicional classificada pela eficácia: não executiva e executiva**

Nas edições anteriores ao CPC de 2015, este Curso dedicou algumas dezenas de páginas para expor o que chamou de tutelas *declaratória*, *constitutiva*, *condenatória*, *executiva* (*lato sensu*).



su) e *mandamental*, tendo em vista a eficácia, isto é, a propensão à produção de efeitos concretos da tutela jurisdicional. Sustentavam as edições anteriores a correção de aquelas classes serem expostas, analisadas e criticadas na perspectiva da *tutela jurisdicional* e não como *parecia* – e ainda parece – à maior parte da doutrina na perspectiva das *ações* ou das *sentenças*.

A razão pela qual o deslocamento de perspectiva já foi evidenciado: *ação* não aceita variações ou classificações e sim o que ela, quando exercida, direito que é, veicula ao Estado-juiz. O pedido de tutela jurisdicional, destarte, é que guarda relação com os referidos efeitos. Importa, pois, discernir conteúdo (tutela jurisdicional) de continente (*exercício do direito de ação*).

Por sua vez, a sentença, mesmo entendendo-a, como já devia ser entendida e continua a ser, como sinônimo de decisão jurisdicional, de qualquer decisão, não guarda nenhuma relação com aquelas classes. Os critérios, uma vez mais, dizem respeito a algo que a sentença (sempre no sentido de decisão) poderá ou não conter, a veiculação de tutela jurisdicional. Ela, a *tutela*, não a sentença que eventualmente a veicule, é que aceita aquelas classificações<sup>20</sup>. Também aqui, pois, o correto é discernir *conteúdo* de *continente*.

Em seguida, o volume 1 deste *Curso*, em suas edições anteriores ao CPC de 2015, analisava, uma a uma, aquelas classes para demonstrar seus traços característicos e a dificuldade de discernir uma da outra, considerando não suas preferências metodológicas, mas, também neste ponto e invariavelmente, o impacto que a evolução do direito processual civil brasileiro já havia causado na sua concepção teórica e descompassada das novas técnicas que passaram a dar forma à nova estrutura do sistema processual civil com as reformas legislativas dos anos 1990 em diante.

A dificuldade era ainda maior com relação à distinção entre as classes condenatória, executiva *lato sensu* e *mandamental*. Aquilo que a minoria da doutrina em um primeiro momento nelas reconhecera de diverso – ser ou não prestada em um “mesmo processo” –

20. Para fins didáticos, cabe transcrever, ainda que em nota, passagem extraída do n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste *Curso* em suas edições anteriores ao CPC de 2015: “Assim sendo, partindo das premissas eleitas para desenvolvimento deste *Curso*, não há como emprestar adesão ao entendimento de que existam ‘ações’ ou ‘sentenças’ declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas ou mandamentais. Não, pelo menos sem fazer algumas ressalvas que expliquem suficientemente bem o emprego destas expressões largamente consagradas na doutrina do direito processual civil brasileiro: o que é propriamente *declaratório*, *constitutivo*, *condenatório*, *executivo* ou *mandamental*, a bem da verdade, são as tutelas jurisdicionais voltadas à proteção de direitos materiais reconhecidos pelo Estado-juiz. São, assim, formas (classes) de tutela jurisdicional, meios utilizáveis pelo Estado-juiz, reflexos, pois, do exercício da função jurisdicional para proteger direitos materiais. É, como se lê do n. 6, *supra*, a *função jurisdicional* que deve ser distinguida em ‘reconhecimento de direitos’, ‘realização prática ou concreta de direitos’ – ‘proteção de direitos’, enfim –, não a *ação* ou as *decisões*, quaisquer decisões, proferidas no processo. Assim, melhor do que restringir o problema à ‘ação’ ou a um específico ‘ato processual’ (sentença), parece mais proveitoso tratar dos *efeitos* ‘declaratório’, ‘constitutivo’, ‘condenatório’, ‘executivo’ e ‘mandamental’ como formas diferenciadas de prestação da tutela jurisdicional, como meios de permitir que o Estado-juiz emita comandos que têm como função a proteção (a tutela) dos direitos materiais controvertidos. As diferentes formas de conformação destes *efeitos* no plano exterior ao processo é que permitem verificar as três ou as cinco classes a que a doutrina tradicional faz referência”.



deixou de poder ser considerado, para as obrigações de fazer e de não fazer, com o art. 461 do CPC de 1973 (redação da Lei n. 8.952/94)<sup>21</sup>; para as obrigações de entrega de coisa, com o art. 461-A do CPC de 1973 (inclusão da Lei n. 10.444/2002); e, por fim, para as obrigações de pagar, com o art. 475-J do CPC de 1973 (inclusão da Lei n. 11.232/2005). Também o traço característico da *mandamental*, a *ordem*, que foi generalizado para todas as modalidades obrigacionais, inclusive as de pagar, por aqueles mesmos diplomas legais<sup>22</sup>, diretriz que acabou comprometendo outro critério distintivo frequentemente mencionado entre as três classes, o da viabilidade de uso (e em que medida) de técnicas sub-rogatórias diretas, indiretas ou não sub-rogatórias.

Eram as seguintes as conclusões então alcançadas por este Curso para discernir, com as devidas (e inafastáveis) adaptações decorrentes do direito positivo que já vigorava, aquelas classes:

Por tutela *declaratória* deve ser entendida aquela em que o juiz, ao declarar o direito a uma das partes, protege-o suficientemente. Ela elimina, de maneira fundamental, a crise de certeza existente no plano do direito material, declarando a existência ou a inexistência de uma relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade de um documento. É o que é expressamente previsto no art. 4º do Código de Processo Civil<sup>23, 24</sup>

A tutela constitutiva volta-se à criação, extinção ou modificação (total ou parcial) de situações jurídicas preexistentes. São casos em que a intervenção jurisdicional justifica-se para a modificação do que existe fora do processo. É por esta razão que a doutrina tradicional refere-se à tutela *constitutiva* como voltada às crises de “situação jurídica”. A atividade jurisdicional tem, nestes casos, a possibilidade de alterar o estado jurídico de pessoas ou coisas.<sup>25</sup>

[É correto entender] a tutela condenatória como aquela que preparava um “processo de execução” porque sua função, dentro do “processo de conhecimento”, limitava-se a declarar a existência de uma violação a alguma obrigação ou dever jurídicos e a necessidade de se aplicar a sanção daí decorrente. É por esta razão que a doutrina sempre reconheceu que o processo de execução é *efeito* necessário da sentença condenatória, sua *causa*. Causa e efeito; sentença condenatória e processo de execução. Tanto – e isto era expresso no Código de Processo Civil, no art. 463, *caput*, antes da Lei n. 11.232/2005 – que a “sentença (tutela) condenatória”, ao

21. Esta realidade já era elemento de direito positivo que não poderia ser desconsiderado no âmbito dos processos alcançados pelo Código do Consumidor em função do art. 84 da Lei n. 8.078/90 e, antes dele, também para a tutela jurisdicional de interesses metaindividuais alcançáveis pela chamada lei da ação civil pública, mercê do art. 11 da Lei n. 7.347/85. O que a Lei n. 8.952/94 fez, a este respeito, foi *generalizar* um modelo de tutela jurisdicional para as demais obrigações de fazer e de não fazer.

22. No âmbito do mandado de segurança, a modificação com relação às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa diversa de dinheiro já havia atingido seu auge desde sua lei de regência, a Lei n. 12.016/2009, cujo art. 26 *criminalizou* o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança.

23. Que equivale ao atual art. 19.

24. Cf. n. 8.5.1 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste Curso nas edições anteriores ao CPC de 2015.

25. Cf. n. 8.5.2 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste Curso nas edições anteriores ao CPC de 2015.



acolher o pedido do autor (reconhecendo o direito controvertido em seu favor, portanto), *encerrava, extinguiu*, o “processo de conhecimento”.

E mais: justamente por esta peculiaridade da “tutela condenatória”, que sempre se entendeu ser ela, a “tutela condenatória”, a menos *eficiente* de todas as formas de tutela jurisdicional. Se o grau de eficácia da tutela jurisdicional mede-se pelos efeitos concretos que uma decisão jurisdicional tende a produzir, nunca houve espaço para discordar daquela observação: a tutela condenatória sempre produziu pouquíssimos efeitos para *fora* do processo, limitando-se a produzir seus efeitos principais *dentro* e para o próprio processo (a ideia de “encerramento da atividade jurisdicional” e, mais precisamente, do “processo de conhecimento”, como ditava o art. 463, *caput*, antes da Lei n. 11.232/2005). A sua implementação prática, a sua realização, a sua concretização, a sua efetivação, todavia, exigia um *outro* processo, diverso do *lhe* era anterior, o “processo de execução”.

[...]

O que é mais relevante para a caracterização da tutela condenatória como tal, distinguindo-a, suficientemente, de outras tutelas jurisdicionais (e uma tal distinção é o desiderato único de qualquer classificação), é a específica forma (técnica) em que a realização concreta da sanção reconhecida no título executivo verifica-se no plano material, isto é, no plano exterior ao processo. É correto entender, destarte, que há “condenação” independentemente de um “processo de execução”. Estas duas figuras – “condenação” e “processo de execução” –, embora tenham andado lado a lado na história e na evolução do direito processual civil, inclusive o brasileiro, já não mais podem ser entendidas como as duas faces de uma mesma moeda. [...]

O que caracteriza a tutela *condenatória* como tal, destarte, é a específica forma de realização concreta dos direitos que ela reconhece existentes. Sua *técnica* de atuação é a de sub-rogação *indireta* sobre o patrimônio do devedor. Nota característica da condenação é que o método sub-rogoratório a ser empregado em detrimento daquele que a sofre é patrimonial indireto, assim entendida a *transformação* do patrimônio do devedor em dinheiro suficiente para pagamento do credor. As técnicas processuais empregadas para tanto são a penhora, a avaliação e a alienação de bens do devedor.<sup>26</sup>

A tutela *executiva*, a cujo nome a doutrina tradicional sempre acrescenta a locução *lato sensu*, também se volta à prática de atos sub-rogoratórios sobre o patrimônio do devedor. Mas, diferentemente do que ocorre com a tutela condenatória, estes atos são muito mais de apropriação física e imediata do bem, para fins de sua fruição direta, do que de sua substituição oportuna pelo equivalente monetário. Seu traço característico, para revelá-lo de vez, não é de *transformação*, mas de *apreensão* ou *fruição direta*. É técnica de sub-rogação *direta* e não *indireta*, como se dá no caso da “condenação”.<sup>27</sup>

Por tutela *mandamental* deve-se entender a tutela que pretende extrair do devedor o cumprimento *voluntário* da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por ato seu, *cumpra* a obrigação, tal qual *lhe* foi imposta pela lei ou ajustada, por contrato, entre as partes,

26. Cf. n. 8.5.3 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste *Curso* nas edições anteriores ao CPC de 2015.

27. Cf. n. 8.5.4 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste *Curso* nas edições anteriores ao CPC de 2015.



embora instado jurisdicionalmente a tanto. Trata-se de cumprimento voluntário do réu e, por isso mesmo, não espontâneo, que significaria ser prescindível ou, até mesmo, desnecessária a intervenção jurisdicional.

A tutela *mandamental*, diferentemente das tutelas condenatória e executiva, entretanto, não age por mecanismos sub-rogatórios (indiretos ou diretos, respectivamente) sobre o patrimônio do réu, mas por coerção psicológica exercida sobre a sua vontade. O que se busca, por intermédio da tutela mandamental, é obter do próprio destinatário da tutela jurisdicional o que ele deve prestar ou não (em sentido amplo), valendo-se, para tanto, de mecanismos que possam, de alguma forma, influenciar ou incentivar seu comportamento.<sup>28</sup>

Com o advento do CPC de 2015, este *Curso* entende que todo esforço – e os trechos transcritos das edições anteriores correspondem aos pontos culminantes de toda a exposição – não merece ser repetido<sup>29</sup>. Primeiro, porque reconhece a consolidação daquelas profundas alterações legislativas no atual Código de Processo Civil. Segundo, porque entende que a metodologia proposta desde então deve prevalecer sobre quaisquer tentativas de explicar o atual direito positivo brasileiro a partir do que foi construído para descrever e atender a realidades jurídicas muito diversas. Terceiro, porque não faz sentido *reconstruir* aqueles conceitos querendo usá-los para descrever fenômenos totalmente alheios ao que, na origem, se prestavam<sup>30</sup>.

Não pretende este *Curso* usar, reusar, quiçá manipular a nomenclatura empregada para descrever realidades normativas totalmente diversas como se todo o sistema processual civil, por sê-lo, precisasse se basear em classificação que considere necessariamente aquelas mesmas classes: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental. Importa compreender e justificar *novas* realidades de direito positivo, inequivocamente consolidadas no Código de Processo Civil e na legislação processual civil extravagante mais recente, adotando conseqüentemente nova nomenclatura. A alteração dos nomes é a *conseqüência*, não a *causa*, da empreitada que tem início nas edições deste *Curso* anteriores ao CPC de 2015 e que agora alcança, *por força do atual estágio do direito positivo brasileiro*, sua consolidação.

O critério classificatório baseado na *eficácia* que propõe este *Curso* distingue a “tutela jurisdicional não executiva” da “tutela jurisdicional executiva”. Naquela, o reconhecimento do

28. Cf. n. 8.5.5 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste *Curso* nas edições anteriores ao CPC de 2015.

29. Para quem quiser ter contato com o desenvolvimento completo, na sua forma original, basta ler o n. 8.5 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1 deste *Curso* em suas edições anteriores ao CPC de 2015. Formulação mais densa acerca do pensamento crítico que resultou naquele entendimento está no volume 113 da *Revista de Processo*, em trabalho do autor deste *Curso* intitulado “Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias”.

30. É a razão pela qual, nas edições anteriores ao CPC de 2015, este *Curso* empregava, para fins didáticos, expressões como “condenação *mandamentalizada*” ou “condenação *executivada*”, pedindo vênias, neste caso, pelo neologismo, necessário para distingui-lo *cientificamente* do *executar*, ínsito ao binômio “condenação/execução” (ver n. 8.5.3 do Capítulo 1 da Parte III do volume 1).



direito coincide com a satisfação pretendida; nesta, a despeito do reconhecimento do direito – que sequer precisa ser estatal –, faz-se necessária a atuação jurisdicional *também* para sua satisfação, o que basta para justificar o prosseguimento do processo naquela direção.

É este o critério – “tutelas jurisdicionais *não executivas*” em contraposição a “tutelas jurisdicionais *executivas*” – que este *Curso* já entendia indispensável para substituir a classificação de “ações”, de “processo” ou de “sentenças” em três ou em cinco classes diferentes, sempre a variar consoante o doutrinador que as sustenta(va): a “declaratória”, a “constitutiva”, a “condenatória”, a “executiva *lato sensu*” e a “mandamental”.

A ênfase se faz necessária porque, nas edições anteriores do volume 1 deste *Curso*, a exposição apontava, em certos pontos, para adoção de nomenclatura diversa, que distinguia as tutelas jurisdicionais *intransitivas* das *transitivas*. A referência, contudo, tinha finalidade exclusivamente *didática*, buscando distinguir o tipo de tutela jurisdicional que exigia complemento (transitivo) do que não o exigia (intransitivo). A tônica da classificação sempre residiu na distinção entre tutela jurisdicional “*não executiva*” e “*executiva*”, para sublinhar, coerentemente com o critério eleito, sua *eficácia*.

Ademais, a adoção de uma classe identificada como “*executiva*” tinha (e continua a ter) o condão de superar a discussão existente em parcela da doutrina anterior que identificava uma “*ação executiva lato sensu*”, mas que tinha enorme dificuldade em encontrar uma “*ação executiva stricto sensu*”<sup>31</sup>.

Assim, diferentemente da classificação *ternária/trinária* ou *quinária* das *ações, pedidos* ou *sentenças*, este *Curso* propõe classificação *binária* para a *tutela jurisdicional*.

A tutela jurisdicional não executiva é aquela *que* não precisa de atividade jurisdicional complementar, outorgando, por si só, o bem da vida que se pediu ao Estado-juiz. A característica mais marcante desta classe de tutela jurisdicional é que ela opera exclusiva e suficientemente no plano ideal. É por isso que ela basta, é suficiente, para a satisfação do direito controvertido que se foi buscar perante o Estado-juiz: a atividade intelectual (cognitiva) desempenhada pelo magistrado corresponde à *concretização* da tutela jurisdicional.

A decisão que julga procedente pedido de investigação de paternidade é suficiente, por si só, para declarar, para todos os fins, que ECES é filho de PSF<sup>32</sup>. A decisão que julga procedente pedido de renovação de contrato de locação é suficiente, por si só, para estabelecer as novas ou renovadas obrigações entre o locatário PSC e o locador PTA<sup>33</sup>. No máximo, o que se pode esperar em cada uma daquelas hipóteses – referidas apenas para fins ilustrativos – é alguma

31. Esta temática foi objeto da segura (e sempre elegante) crítica de José Carlos Barbosa Moreira, como se pode ver de três estudos seus: “A sentença mandamental – Da Alemanha ao Brasil”, “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças” e “Sentença executiva?”, publicados, respectivamente, na 7ª, 8ª e 9ª séries de seus *Temas de direito processual*.

32. A doutrina tradicional e a prática do foro referem-se a uma “ação de investigação de paternidade”.

33. Aqui, a doutrina tradicional e a prática enxergam uma “ação renovatória”.



providência para fins de registro da decisão jurisdicional respectiva, o que é exigido pelo direito material e que, neste sentido, não se confunde com a tutela *jurisdicional* considerada em si mesma nem com a decisão que a *veicula*.

A tutela jurisdicional *executiva* é assim chamada porque reclama atividade jurisdicional *complementar* para a *concretização* da tutela jurisdicional. Ela não basta por si só porque não outorga por si só o bem da vida que motivou o pedido de tutela jurisdicional. Sem prejuízo de ela também poder ostentar atividade cognitiva, seu traço marcante reside na necessidade da atividade satisfativa para a *concretização* da tutela jurisdicional. O *reconhecer* o direito não é suficiente, por si só, para a satisfação daquele que faz jus à tutela jurisdicional. Trata-se, nesse sentido, de uma tutela jurisdicional que não se basta no plano *ideal*, reclamando a tomada de providências no plano *material*.

Que providências são estas, como e quando serão tomadas para a *concretização* da tutela jurisdicional é questão que não interfere na classificação aqui proposta. Insistir nesta distinção seria dar um passo para trás, revivendo as diferenças (e suas enormes dificuldades) entre as ações/sentenças *condenatórias*, *executivas lato sensu* e *mandamentais*. Tais técnicas são relevantes em perspectiva diversa, levando em conta sua juridicidade e seus impactos procedimentais. É tema que ocupa o que o Código de Processo Civil rotula de “cumprimento de sentença” e de “processo de execução”. A ele se dedica o volume 3 deste *Curso*.

A afirmação do parágrafo anterior convida a enfatizar o entendimento de que a classificação aqui proposta permite superar dificuldade encontrada no emprego dos critérios tradicionais. A distinção entre as ações ou sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais, com efeito, referia-se exclusivamente ao chamado “processo de conhecimento”. Ficava pouco claro o que havia no “processo de execução” e no extinto “processo cautelar”<sup>34</sup>. Referir-se, como era comum, a uma *ação* de execução e a uma *ação* cautelar era, sem prejuízo do que a respeito expõe o n. 3.1 do Capítulo 4, mero truísmo.

Para este *Curso*, o que havia e, a despeito da nomenclatura imprópria, continua a haver no “processo de execução” é tutela jurisdicional *executiva* no preciso sentido evidenciado acima. É indiferente, para tanto, que a “certificação” do direito se dê por título executivo *judicial* ou por título executivo *extrajudicial*. Quanto àqueles, é irrelevante, outrossim, que se trate de título executivo formado no próprio processo em que tem lugar a etapa de

34. É o que se lia do n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do volume 1 deste *Curso* em suas edições anteriores ao CPC de 2015 e do n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do mesmo volume: “A classificação que a doutrina tradicional adota para a ‘ação’ mostra-se, assim, claramente insuficiente ou, pelo menos, restritiva porque descreve o fenômeno aqui tratado só no plano do que ela identifica como processo de conhecimento. É o que o n. 8.4, *supra*, destacou como uma identificação entre a ‘atividade jurisdicional’ e a ‘tutela jurisdicional’, embora rotuladas, uma e outra, com nomes diversos usualmente. Tanto assim que esta mesma doutrina, ao tratar do ‘processo de execução’ e do ‘processo cautelar’, volta ao tema da ação para explicar que naqueles ‘processos’ há outras ‘ações’, as ‘ações de execução’ e as ‘ações cautelares’. O que não fica claro, contudo, é saber se, para aquela mesma doutrina, aquelas ações, as ‘ações de execução’ e as ‘ações cautelares’, *declaram, constituem, condenam, executivam*’ (o neologismo é proposital) ou *mandam*.”.



cumprimento de sentença ou em outro, como ocorre nos casos do processo penal (art. 515, VI), do processo arbitral (art. 515, VII) ou, ainda, em processo que teve curso em algum país estrangeiro (art. 515, VIII).

A ênfase, em tais casos, não repousa – e, em rigor, nunca pôde repousar – na atividade cognitiva do magistrado, necessária, embora insuficiente, mas na atividade *executiva* a ser desenvolvida em prol da concretização da tutela jurisdicional. A *preponderância* da reflexão deve residir neste e não naquele ponto<sup>35</sup>. Até porque, cabe reiterar, a atividade cognitiva do magistrado para aquele fim, o de reconhecer quem faz jus à tutela jurisdicional, é desnecessária em todos os casos em que houver título executivo extrajudicial.

No que o Código de Processo Civil chama de “tutela *provisória*”, que é o que está no lugar do antigo “processo cautelar”, há indistintamente tutela jurisdicional *executiva* ou não *executiva*, a depender do interesse e do pedido do autor a ser manifestado em cada caso concreto. Pode ocorrer que a tutela jurisdicional coincida com a atividade intelectual do magistrado e pode ser que seja necessária a prática de atos para tanto, o que justifica, inclusive, o art. 297. Crítica que se poderia fazer a essa proposta é que ela não conseguiria responder a diversas questões clássicas que todo o livro de direito processual civil tem que enfrentar. Assim, por exemplo, a discussão sobre sentenças declaratórias terem efeitos retroativos e as constitutivas não, ou, ainda, sobre os regimes da prescrição e da decadência.

O que ocorre em tais casos, contudo, é que as respostas continuam a residir no seu devido lugar, no plano *material*. Também aqui a devida distinção entre os planos material e processual, tendo consciência dos limites de seu necessário diálogo, é indispensável. Trata-se de mais uma aplicação da necessária separação entre a “tutela *material* de direitos” e a “tutela *jurisdicional* de direitos”.

Assim, é incorreto generalizar o entendimento de que os efeitos das sentenças declaratórias retroagem e os das constitutivas não o fazem, porque isso, em rigor, é peculiaridade do direito material. Se o Estado-juiz se limita a reconhecer a falsidade de um documento, esta situação de fato, porque meramente declarada, tem efeitos retroativos. A falsidade é um fato, preexistente ao processo, apenas reconhecido pelo magistrado, por isso os efeitos serem retroativos. Se, diferentemente, a inércia da jurisdição é rompida para que o Estado-juiz crie nova situação jurídica, renovando um contrato de locação, portanto, os efeitos respectivos não podem retroagir porque não havia previamente aquela situação jurídica. Uma vez mais, destarte, tudo se passa no plano *material* e não no processual.

35. A preponderância da atividade satisfativa em detrimento da cognitiva é derivada da genial construção de Pontes de Miranda – e isto sempre foi sublinhado nas edições anteriores deste *Curso* – que se referia à *força* (como sinônimo de preponderância de eficácia) das cinco classes de *ações*, que ele, como ninguém, descreveu: *declaratórias*, *constitutivas*, *condenatórias*, *executivas* lato sensu e *mandamentais*. Para a construção original, ver *Tratado das ações*, t. I, esp. p. 117-142.



A proposta classificatória aqui proposta, de resto, serve para chamar a atenção para que a rica discussão existente na doutrina clássica sobre, por exemplo, uma “ação consignatória” ou uma “ação de usucapião” ser *declaratória* ou *constitutiva* não diz respeito ao plano do processo, mas, também aqui, ao plano material e aos contornos que o direito material dá a cada um daqueles institutos. E o mais importante: mais do que querer entender como retroativos ou não determinados efeitos a partir de uma estante catalogação de decisões jurisdicionais – decisões declaratórias retroagem; as constitutivas, não –, a classificação deste Curso permite que as partes e eventuais intervenientes em cada processo discutam, em amplo contraditório, também sobre aquela questão e construam a decisão mais adequada a seu respeito. Um singelo exemplo mostra o alcance da afirmação: o reconhecimento de que PTM é pai de NTOTF significa, automática e necessariamente, que verbas alimentares desde o nascimento de NTOTF são devidas? Não há como generalizar a resposta, que depende de um sem-número de condicionantes de direito material para ser enfrentada.

O encaminhamento quanto à prescrição e à decadência é idêntico: ambos são institutos de direito material e não processual. Não é por razão diversa, aliás, que cabe ao magistrado, ao reconhecer uma e outra, pronunciar decisão de mérito, no que é claro o art. 487, II, tanto quanto já o era o art. 269, IV, do CPC de 1973. Não cabe, destarte, se deixar impressionar pelas comuníssimas afirmações de que “ações declaratórias” são imprescritíveis, “ações constitutivas” estão sujeitas a decadência e a prescrição só diz respeito a “ações condenatórias”<sup>36</sup>.

O que prescreve, deixa de prescrever ou decai não é – quem o afirma são os próprios civilistas, escudados, no particular, no aprimoramento do texto do art. 189 do Código Civil – a *ação*, mas sim a *pretensão* (que reside no plano material) e o próprio *direito*, respectivamente<sup>37</sup>.

Nesse contexto, para o plano processual, destarte, basta verificar, desde a petição inicial, o que o autor pede e, com base nesse pedido, verificar se há, ou não, regra (invariavelmente de direito material) sobre prescrição ou sobre decadência. Se a pesquisa for positiva, a decisão é de mérito, nos moldes do já mencionado art. 487, II. Assim, por exemplo, PVCM quer cobrar dívida relativa a serviços que prestou a METC. Cinco anos se passaram desde então. Saber qual é o prazo prescricional incidente na espécie envolve discussão do plano material, inclusive sobre a que título os serviços foram prestados. Se foram serviços prestados por profissio-

36. Que vêm sendo adotadas desde a indispensável obra de Agnelo Amorim Filho, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, onde aquelas conclusões são alcançadas.

37. A lição de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery (*Instituições de direito civil*, v. I, t. II, p. 362) é pertinentíssima a esse respeito (não obstante a discordância deste Curso com a parte final), até em função do diálogo que estabelecem com o plano processual: “Este critério é de fato o mais adequado porque não é exclusivamente processual, tampouco parte de premissa processual, como a princípio se poderia supor. Trata-se, em verdade, de critério fundado na pretensão de direito material e de seu exercício, que, por isso, culmina por informar os critérios para a classificação das ações. Isto porque a classificação dos direitos informa a classificação das ações”.



nal liberal ou, dentre eles, por um advogado, ou a outro título, o prazo variará. Assim, a pesquisa em torno do prazo prescricional é uma das inúmeras questões de direito material que dizem respeito ao tema. A depender das respostas a serem dadas, o art. 206, § 5º, II, do Código Civil impõe a rejeição do pedido do autor com base na ocorrência da prescrição.

Não há como negar a existência de diversas e fundamentais questões sobre prescrição e decadência para o plano do processo. Assim, por exemplo, sobre *como* ela pode ser reconhecida e de que maneira a citação influencia sua interrupção. Elas são tratadas ao longo deste Curso. Nenhuma delas, contudo, se relaciona com a compreensão que pressuporia ou, mais que isso, exigiria preservar critério classificatório das “ações” ou das “decisões” rejeitado por este Curso.

## 5. COGNIÇÃO JUDICIAL

A proposta deste Curso de estudar a *cognição judicial* logo após as classificações que apresenta para a *tutela jurisdicional* justifica-se porque o exame sobre conceder ou não a tutela jurisdicional depende invariavelmente da atividade cognitiva do magistrado. E esta atividade, invariavelmente destinada à prestação da tutela jurisdicional, como apontam os diversos critérios classificatórios, pode se alterar conforme o caso<sup>38</sup>. Isso não significa, evidentemente, que a cognição judicial não se relacione intimamente com diversos outros temas e institutos, inclusive os *fundamentais*, do direito processual civil, o que é objeto de outras passagens deste Curso. Aqui importa o exame da cognição judicial na perspectiva de que seu exercício autoriza a prestação da tutela jurisdicional.

Por *cognição judicial* deve ser entendido o estudo sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar que o magistrado conheça, no sentido de apreciar, os conflitos de interesse para ele apresentados para solução.

Trata-se de saber, para bem implementar o modelo constitucional do direito processual civil, em que condições se pode otimizar a prestação jurisdicional, pensada a partir da *quantidade* e da *qualidade* de informações a serem levadas em conta pelo magistrado em cada caso concreto. *Quantidade*, no sentido de se entender que em determinados casos o magistrado não precisa considerar todas as informações disponíveis para decidir. *Qualidade*, no sentido de que em determinados casos o magistrado está autorizado a decidir mesmo sem ter certeza. Esses *cortes* justificam-se na perspectiva de ser necessário buscar modelos que tornem mais

38. Sem prejuízo do que escrito acima, esta relação de a atividade cognitiva ser compreendida como “atividade-meio” para atingimento da tutela jurisdicional é que justifica o abandono de exposição que, nas edições anteriores ao CPC de 2015 deste Curso, ocupava o n. 8.4 do Capítulo 1 da Parte III de seu volume 1: “Tutela jurisdicional classificada pela atividade do juiz: cognitiva e executiva”. Eventual coincidência entre a atividade cognitiva do juiz e a tutela jurisdicional rende ensejo à classificação que já era – e continua a ser – analisada como “tutela jurisdicional não executiva”, objeto do n. 4.5, *supra*.



eficiente a atuação do Estado-juiz e, conseqüentemente, mais eficiente a concretização da própria tutela jurisdicional.

É a proposta feita por Kazuo Watanabe, o mais célebre monografista da matéria<sup>39</sup>. Para o prestigiado processualista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o estudo da cognição merece ser pensado em dois planos distintos: o *horizontal*, relativo à quantidade ou extensão das matérias a serem enfrentadas pelo magistrado; e o *vertical*, relativo à qualidade ou profundidade de reflexão que o magistrado está autorizado a fazer sobre as questões que lhe são endereçadas para resolução.

No plano *horizontal*, a cognição pode ser *parcial* ou *plena*, consoante haja, ou não, limitação aos tipos de pretensão ou de defesa a serem levadas e/ou apreciadas pelo magistrado.

Quando o Código de Processo Civil ou a legislação processual civil extravagante disciplinam os chamados “procedimentos especiais” (Título III do Livro I da Parte Especial) para determinadas situações, limitando os pedidos de tutela jurisdicional a serem formulados perante o Estado-juiz, bem assim as defesas exercitáveis, a hipótese deve ser compreendida como “cognição *parcial*”<sup>40</sup>. Assim, apenas para ilustrar, nas ações de consignação em pagamento (art. 539 a 549), nos inventários (art. 610 a 614)<sup>41</sup> e na lei de desapropriações, em que a defesa do expropriado fica limitada à discussão da justiça da indenização (art. 20 do Decreto-lei n. 3.365/41), para ficar com três exemplos bem conhecidos.

Não há, nesses casos e em tantos outros similares, qualquer *restrição* aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A *restrição* dos tipos de pretensão e defesa arguíveis perante o Estado-juiz é legítima porque busca bem realizar os princípios do *devido processo constitucional*, da *efetividade* e da *eficiência* (art. 5º, LIV, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, respectivamente), *otimizando* a prestação jurisdicional. Haveria ofensa reprovável àqueles princípios e, conseqüentemente, ao modelo constitucional do direito processual civil, se não fosse possível, *mediante outra e diversa provocação* do Estado-juiz, formular outros pedidos ou defesas.

A “cognição *plena*” caracteriza-se pela falta de qualquer limitação aos tipos de pedido e/ou defesa passíveis de serem apreciados pelo magistrado<sup>42</sup>. Ela é a típica cognição exercitada no procedimento comum. Em tais casos, qualquer pedido e de maneira correlata qualquer defesa são passíveis de serem levados à apreciação e resolução pelo Estado-juiz.

39. A referência é feita ao seu indispensável *Da cognição no processo civil*, p. 111-113.

40. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, p. 76.

41. Assim, v.g.: STJ, 3ª Turma, REsp 1.480.810/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 20-3-2018, DJe 26-3-2018, de cuja ementa se lê: “[...] 5 – O fato de o art. 984 do CPC/73 determinar ao juiz que remeta as partes às vias ordinárias se verificar a existência de questão de alta indagação não significa dizer que a parte está proibida de ajuizar ação autônoma perante o juízo civil se constatar, desde logo, a necessidade de dilação probatória incompatível com o rito especial do inventário”. O art. 984 do CPC de 1973 corresponde ao art. 612 do CPC de 2015.

42. Alexandre Freitas Câmara, *O novo processo civil*, p. 185.



Quanto à *qualidade* ou *intensidade* ou *profundidade* no exercício da cognição, a chamada “cognição vertical”, Kazuo Watanabe a divide em três espécies, *superficial*, *sumária* e *exauriente*. A diferença que existe entre essas três espécies de cognição no plano vertical repousa na circunstância de que, em alguns casos, o magistrado está autorizado a decidir sem ter certeza dos elementos importantes de sua decisão, o que, por definição, permite o proferimento de decisões mais céleres e até mesmo (embora em caráter excepcionalíssimo) independentemente da oitiva da parte contrária. É decidir, em determinadas situações, mais com a *aparência* do que parece ser certo e necessário do que decidir com certeza. O que distingue uma de outra espécie é a *profundidade* de pesquisa que o magistrado está autorizado a proceder para se convencer do acerto das alegações do autor ou do réu.

A tradição do direito processual civil é atrelar a decisão do magistrado ao grau de certeza, permitindo que ele a exteriorize após a formação irretorquível de sua convicção, aprofundando, na medida em que ele entender necessário, seu conhecimento do caso. É a cognição que se relaciona ao desenvolvimento amplo do contraditório – tão enfatizado, aliás, e de diversas formas, pelo Código de Processo Civil – e à viabilidade de produção de provas, inclusive como decorrência de iniciativa do próprio magistrado (art. 370). São casos em que o fator *tempo* não é relevante para o proferimento da decisão. É esta, para empregar a expressão de Watanabe, a cognição *exauriente*<sup>43</sup>.

A noção de cognição exauriente pressupõe, por definição, a existência de “tempo” hábil para formação da convicção do juiz. Ela bem representa, porque se afina a ele, concretizando-o, os princípios do contraditório e da ampla defesa no sentido de “segurança jurídica”. É a cognição que, na visão do legislador, justifica a liberação dos efeitos da tutela jurisdicional. São as decisões proferidas com base na cognição exauriente as aptas a transitar em julgado, passando a ostentar a característica da *imutabilidade*.

Em outras situações, no entanto, o magistrado não dispõe de *tempo* para formação de sua convicção. Premido, por exemplo, pela urgência do pedido de prestação jurisdicional, ele tem de decidir porque é *obrigado* a tanto, independentemente de ter condições de formar convicção *definitiva* em seu ânimo sobre o que está a acontecer entre o autor e o réu. Haverá casos, até mesmo, em que sequer a oitiva do réu sobre os fatos e documentos trazidos pelo autor em sua petição inicial será possível: não há *tempo hábil* para tanto. Para esses casos é que Watanabe fala em cognição *sumária*<sup>44</sup>, típica de alguns procedimentos especiais, e em cognição *superficial*<sup>45</sup>, típica das decisões proferidas antes mesmo do estabelecimento do contraditório.

43. Da cognição no processo civil, p. 115.

44. Da cognição no processo civil, p. 125.

45. Da cognição no processo civil, p. 121.



O que diferencia uma classe de cognição da outra é o grau de *aprofundamento* a que o magistrado está autorizado ou, quando menos, que tem condições de exercer em cada caso com certo. Justamente pela necessidade de se decidir, ainda que independentemente da formação de certeza, é correto entender que poderá o magistrado, na medida em que tenha condições de aprofundar sua cognição, redecidir, o que caracteriza, em larga parte, o que o n. 4.3, *supra*, chama de tutela provisória.

Assim, é correto acentuar a distinção entre as cognições sumária e exauriente no sentido de que nesta o magistrado decide diante da formação de um juízo de certeza; naquela, de *probabilidade, plausibilidade, verossimilhança, aparência* ou nomes correlatos, que se opõem de alguma forma à noção de certeza<sup>46</sup>.

A cognição exauriente, como destacado, tende a se tornar *imutável* em virtude da coisa julgada *material*. A cognição sumária, por definição, é *instável*, salvo a hipótese específica do art. 304, analisada pelo n. 6.5 do Capítulo 5 da Parte II.

O proferimento de decisões fundadas em cognição sumária, premidas pelo tempo, acarreta *legítimas* inversões do contraditório e da ampla defesa, o que afasta qualquer crítica de sua concepção diante do modelo constitucional do direito processual civil. O que decorre daquele modelo é a autorização constitucional para que o legislador e o próprio magistrado criem condições *diferenciadas* para que lesões e ameaças a direito sejam efetiva e eficientemente apreciadas pelo Estado-juiz. Nesse sentido, a cognição sumária é legítima autorização para se decidir de maneira mais eficiente possível.

Se o pedido de tutela jurisdicional que chega ao magistrado reclama *urgência*, e se *urgência*, para o que interessa ao tema, é noção avessa à de “tempo”, por certo que o magistrado terá de decidir com os poucos elementos que lhe são apresentados pelo autor e, se for o caso, pelo réu. Quanto menos tempo, menos certeza o magistrado terá para decidir, mas, mesmo assim, *terá de decidir*. Os riscos derivados dessa situação são assumidos pelo legislador: em algumas situações, é preferível que a tutela jurisdicional seja apreciada sobre aparência do que não ser prestada<sup>47</sup>.

Para além da *urgência*, o legislador faz opções para permitir a prestação da tutela jurisdicional independentemente de juízos de certeza, isto é, sem exercício de prévia cognição *exauriente*. É o que está espelhado nos incisos II e III do parágrafo único do art. 9º, nas hipóteses do art. 311, e em outros diversos institutos do Código de Processo Civil que, a seu tempo, são analisados por este *Curso*, inclusive na perspectiva de sua compatibilidade, ou não, com o modelo constitucional do direito processual civil.

46. Expressão de largo uso para descrever o exercício da cognição sumária no sentido do texto é a latina *fumus boni iuris*, que em geral é traduzida por “fumaça do bom direito”.

47. É nesse contexto que merece lembrança a afirmação de Rui Barbosa de que “justiça tardia não é justiça”.



# Parte II

## Parte Geral do Código de Processo Civil