

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

GABRIELA DAMIÃO CAVALLI HAUS

**SINCRETISMO PROCESSUAL: ALTERNATIVA À CELERIDADE E À
EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COMO FATOR DE INCLUSÃO
SOCIAL DO CIDADÃO**

**CURITIBA
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GABRIELA DAMIÃO CAVALLI HAUS

**SINCRETISMO PROCESSUAL: ALTERNATIVA À CELERIDADE E À
EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COMO FATOR DE INCLUSÃO
SOCIAL DO CIDADÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Gisela Maria Bester

Co-orientador: Professor Doutor Luiz Antonio Câmara

**CURITIBA
2007**

GABRIELA DAMIÃO CAVALLI HAUS

**SINCRETISMO PROCESSUAL: ALTERNATIVA À CELERIDADE E À
EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COMO FATOR DE INCLUSÃO
SOCIAL DO CIDADÃO**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.**

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

PROFESSORA DOUTORA GISELA MARIA BESTER

NOME DO 1º MEMBRO DA BANCA

NOME DO 2º MEMBRO DA BANCA

Curitiba, de dezembro de 2007.

DEDICATÓRIA

Ao meu querido Júlio que, com imenso carinho e incentivo sem igual, conseguiu provar, de maneira irrefutável, que, afinal, a felicidade existe, e por ser o responsável pelo maior presente que eu poderia receber: nosso anjinho Henrique.

À memória do meu querido irmão Tuiti que, apesar de não mais me esperar na saída do meu Curso de Mestrado como sempre fazia, sei que, esteja onde estiver, continuará torcendo por mim.

Aos meus alunos de Direito, por sempre me instigarem a *aprender mais para ensinar melhor*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço minha estimada orientadora,
Professora Doutora Gisela Maria
Bester que, do meio do furacão e
contra todas as adversidades,
conseguiu, de forma heróica, me
resgatar!

Minha eterna gratidão ao meu co-
orientador Professor Doutor Luiz
Antonio Câmara por sua elegância e
gentileza em acompanhar o meu
trabalho, apontar e corrigir minhas
falhas.

Minha admiração e meu carinho à
Professora Doutora Marta Marília
Tonin, a qual, desde o início, acreditou
e incentivou todos os mestrandos do
Centro Universitário Curitiba.

Um agradecimento especial ao meu
pai, por sempre me acolher com
carinho e atender prontamente meus
constantes (e obsessivos!) pedidos de
aquisição bibliográfica.

A justiça atrasada não é justiça, senão
injustiça, qualificada e manifesta.

(Rui Barbosa)

SUMÁRIO

RESUMO	09
ABSTRACT 10	
INTRODUÇÃO	12
1 O ACESSO À JUSTIÇA E A ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM TEMPO RAZOÁVEL COMO DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL DO CIDADÃO	
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
1.2 DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO ACESSO À JUSTIÇA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	28
1.3 EFETIVIDADE E TÉCNICA PROCESSUAL.....	49
1.4 A CELERIDADE PROCESSUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO.....	67
1.4.1 Tempestividade da Prestação Jurisdicional e a Reforma do Poder Judiciário.....	78
1.4.2 Digressões Conceituais a Respeito da “Razoável Duração do Processo”..	86
2 SISTEMÁTICA PROCESSUAL E CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES	
2.1 A RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES.....	93
2.1.1 Ação de Conhecimento.....	99
2.1.2 Ação de Execução.....	102
2.1.3 Ação Cautelar.....	109
2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONHECIMENTO.....	117
2.2.1 Classificação Trinária.....	128
2.2.1.1 Ações e Sentenças Declaratórias.....	137
2.2.1.2 Ações e Sentenças Constitutivas.....	139
2.2.1.3 Ações e Sentenças Condenatórias.....	143
2.2.2 Classificação Quinária.....	152
2.2.2.1 Ações e Sentenças Executivas <i>lato sensu</i>	164
2.2.2.2 Ações e Sentenças Mandamentais.....	168
3 AS AÇÕES SINCRÉTICAS COMO INSTRUMENTO DA CELERIDADE PROCESSUAL	
3.1 CONCEITO DE SINCRETISMO PROCESSUAL.....	173
	175

3.2 SINCRETISMO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E A RUPTURA DA DICOTOMIA COGNIÇÃO-EXECUÇÃO.....	
3.3 O SINCRETISMO PROCESSUAL APÓS A LEI N.º 11.232/05.....	182
3.4 AÇÕES SINCRÉTICAS E DIREITO INTERTEMPORAL.....	203
CONCLUSÃO	206
REFERÊNCIAS	209

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de Curso de Mestrado é uma pesquisa de revisão bibliográfica, tendo por objetivo o estudo do sincretismo processual como forma de se atingir a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional e, assim, lograr essa especial forma de inclusão social do cidadão. O acesso à justiça engloba não só a idéia de ingresso em juízo, mas também o esgotamento da prestação jurisdicional de forma eficaz e adequada, obedecendo sempre os princípios constitucionais do direito processual civil. Nesse sentido, a razoável duração do processo se revela essencial para a realização da efetividade processual, vez que não se pode admitir dilações processuais indevidas, fato gerador de insegurança social e falta de credibilidade no Poder Judiciário. Por promover a satisfação fática, realizando-se o direito do credor no próprio processo de conhecimento em que foi proferida a sentença, o sincretismo processual abrevia a duração da prestação jurisdicional. Assim, primeiramente, aborda-se o direito fundamental do cidadão ao acesso à justiça, considerado aqui como uma atividade estatal efetiva e célere. Após, analisa-se a classificação das ações, para que se possa ter uma visão global da sistemática processual e da eficácia de suas sentenças, lembrando o sincretismo já existente nas ações executivas *lato sensu* e nas ações mandamentais. A seguir, aborda-se o conceito e a relevância das ações sincréticas como fator contributivo à celeridade processual e à efetividade da tutela jurisdicional, bem como os reflexos do sincretismo trazido pela Lei n.º 11.232/05. Essa dissertação pretende, portanto, enaltecer os benefícios das ações sincréticas como fator de inclusão social do cidadão com a conseqüente satisfação dos direitos.

Palavras-chave: acesso à justiça; efetividade da tutela jurisdicional; celeridade; sincretismo processual; inclusão social do cidadão.

ABSTRACT

This present master course conclusion work is a bibliographical review research, aiming the procedural syncretism study as a way to reach court order's celerity and effectiveness, through it succeed in getting this special form of citizen social inclusion. The access to justice contains not only the admission to court, but also the exhaustion of the judgment in an adequate and effective way, always obeying the civil procedural Law constitutional principles. To this end, the reasonable duration of the procedure reveals itself as essential for the achievement of procedural effectiveness, once it's not possible to admit procedural improper delays, which configures social insecurity and lack of credibility on the judiciary power. Promoting the phasic satisfaction, accomplishing the creditor's right in the same discovery process in which was pronounced the adjudication, the procedural syncretism reduces the duration of the judgment. This way, firstly, we broach the citizen's fundamental right to justice access, taken here as an effective and rapid state activity. Next, we broach the concept and relevance of the syncretic actions as contributive factors to the procedural celerity and the court order effectiveness, as well as the syncretism reflexes brought by the Law 11.232/05. This dissertation intends, therefore, to ennoble the benefits of the syncretic actions as a factor of social inclusion of the citizen with the consequence rights satisfaction.

Keywords: access to justice; court order effectiveness; celerity; procedural syncretism; citizen's social inclusion.

INTRODUÇÃO

Debatido incansavelmente pela doutrina, o tema referente ao acesso à Justiça não abarca simplesmente o direito do indivíduo de ingressar em juízo. Isto porque a inafastabilidade do controle jurisdicional¹ não se esgota na possibilidade de buscar proteção jurisdicional sempre que alguém se sentir lesado ou ameaçado. Mais do que isso, o acesso à Justiça abarca também a idéia de efetiva prestação jurisdicional e esgotamento de todas as atividades estatais para satisfazer² a pretensão daquele que provoca a Jurisdição.

A constitucionalização do direito de ação traz em si não só o simples acesso à justiça, mas a efetiva prestação jurisdicional, com todas as garantias e direitos a ela inerentes. Como efetiva prestação jurisdicional, deve-se compreender todos os meios disponibilizados pelo Estado para que o processo caminhe de forma segura, com participação igualitária das partes, com justiça e celeridade.

Cândido Rangel Dinamarco, ao referir-se à efetividade, pondera:

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do

¹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5.º, XXXV, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [<http://www.senado.gov.br/sf/legislação/const>]. Acesso em: 16 jun. 2007.

² Várias são as posições acerca da *satisfação do direito* por meio do processo. Dentre elas, duas merecem destaque: a primeira, encabeçada por Ovídio Batista da Silva, Galeno Lacerda e Luiz Guilherme Marinoni, vislumbra a satisfação do direito apenas com decisão interlocutória que antecipa ou adianta a prestação jurisdicional, ainda que tal provimento seja provisório. A segunda corrente, mais acertada para a maioria da doutrina a acatada neste trabalho, é liderada por Chiovenda e Barbosa Moreira. Para esta teoria, a satisfação ocorre com a declaração da existência ou inexistência do direito ou da pretensão deduzida, diferenciando, portanto, satisfação fática de satisfação jurídica. Victor Marins, adotando tal posição, explica: “A nosso ver, é mais acertado conceber a satisfação somente em relação a direito ou a pretensão autônoma, o que se dá, em grau mínimo, com a declaração de sua existência. Isto porque o interessado, mesmo sem pleitear a realização prática da posição de vantagem integral, que lhe é reconhecida pelo ordenamento jurídico, pode contentar-se, num determinado momento, com a simples declaração de que seu direito ou interesse legítimo existe. O interesse que justifica a ação declaratória, como sabido, pode residir em eliminar dúvida (insegurança, incerteza) ou afirmação acerca da existência ou inexistência de determinada relação jurídica. Tudo sem prejuízo de ulterior realização prática da pretensão, que se afigura necessariamente um *plus* em relação à declaração. Destarte, a sentença com eficácia preponderantemente condenatória ou constitutiva, por exemplo, antes da sua realização no plano prático, é satisfativa quanto à declaração da existência do direito, que necessariamente conterà”. (MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar – Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 65-68).

processo justo, ou processo équo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados³.

Nesse sentido, a efetividade do processo corresponde a inúmeras garantias de um processo que viabilize a real satisfação jurídica daquele que invoca a tutela jurisdicional. Entre essas garantias encontra-se a celeridade processual, ou, como prefere denominar a Magna Carta brasileira atual, a **razoável duração do processo**.

Sem dúvida nenhuma, um obstáculo que se opõe à efetiva prestação da tutela jurisdicional é a morosidade processual. A demora na prestação jurisdicional demonstra total desobediência à eficácia na realização da justiça social. O Estado, por meio do Poder Judiciário, não realiza sua função social quando não consegue dar uma pronta e efetiva resposta às demandas que lhe são apresentadas. Desta forma, cumpre ao ordenamento jurídico realizar, na sua totalidade, a pretensão daquele que exerce seu direito de ação.

Para isso, Horácio Wanderlei Rodrigues preconiza que

[...] é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja de assegurar ao jurisdicionado de forma efetiva o seu direito, dentro de um lapso temporal razoável. Além de efetiva, é imperioso que a decisão seja também tempestiva [...]. Inegável é o fato de que, quanto mais distante da ocasião propícia for proferida a sentença, mais fraca e ilusória será sua eficácia e, em corolário, também mais frágil e utópico será o direito reconhecido⁴.

A Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 08/12/2004, no intuito de amoldar-se à realidade processual, inseriu o inciso LXXVIII no art. 5.º da Constituição da República, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Gisele Santos Fernandes Góes ressalta que é de notar a importância da inovação, “porque foi erigida a princípio constitucional a duração razoável do processo e, como norma-princípio, constitui o núcleo do sistema

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: Acesso à Justiça e Prazo Razoável na Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 285.

constitucional e do ordenamento jurídico como um todo”⁵. Indubitavelmente, um prazo razoável do processo é manifestação do direito fundamental ao acesso à justiça.

Até mesmo antes da EC n. 45, Luiz Guilherme Marinoni aduziu que

o direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva⁶.

De fato, a celeridade está intrinsecamente ligada ao acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional.

Nas palavras de Alessandra Mendes Spalding,

não há dúvidas de que uma decisão prestada a destempo não pode ser considerada adequada. Basta verificar que uma decisão prestada em tempo razoável, mesmo que pautada em cognição sumária, gera ao jurisdicionado a sensação de segurança e confiança no Poder Judiciário. Não é à toa que dificilmente verifica-se hoje em dia uma petição inicial sem pedido de tutela de urgência. O *periculum in mora* necessário à sua concessão passou a ganhar relevância e análise mais acurada diante da longa demora na tramitação do processo enfrentada pela realidade judicial brasileira⁷.

A morosidade do Judiciário e a demora na prestação jurisdicional trazem danos irreversíveis, conforme atestam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito... a Justiça que não

⁵GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável Duração do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 261.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 18.

⁷SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5.º da CF Inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 31.

cumpra suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível⁸.

Inevitáveis, portanto, os danos que a demora na prestação jurisdicional traz aos litigantes e, via indireta, à toda sociedade. A justiça tardia macula a imagem da autoridade judiciária e traz insegurança social. Diante desse quadro, o ordenamento jurídico deve fazer a previsão de instrumentos que diminuam o tempo processual, favorecendo a “razoável duração do processo” estabelecida pela reforma constitucional trazida pela EC. N. 45/2004 e seu inciso LXXVIII do art. 5.º da CF.

Neste cenário surge como uma das **alternativas** para proporcionar a tão almejada celeridade o **sincretismo processual**, que busca romper a tradicional sistemática cognição-execução, proporcionando, então, a satisfação fática do litigante nos mesmos autos do processo de conhecimento, sem a necessidade de processo de execução autônomo. As chamadas ações sincréticas há muito tempo despertam interesse da doutrina processualista pátria como uma das formas de se obedecer aos princípios da economia processual e da celeridade. As inovações legislativas na área ocorridas nos últimos anos trouxeram uma onda de otimismo com a previsão da concessão da tutela antecipada e da tutela específica. Todavia, ainda que tais institutos sejam considerados um salto enorme para a realização da efetividade processual, muito ainda discutem os estudiosos a respeito de outros mecanismos capazes de atender a previsão de um processo sem dilações indevidas. Ao que parece, a reforma processual trazida pela Lei 11.232/95 sugere a consagração do sincretismo processual e elimina a autonomia do processo de execução, existente somente quando se tratar de execução de títulos extrajudiciais.

Esta sorte de questões será, pois, investigada nesta Dissertação de Mestrado em Direito e Cidadania.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20-21.

1. ACESSO À JUSTIÇA E ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM TEMPO RAZOÁVEL COMO DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL DO CIDADÃO

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal, definem direitos e deveres necessários a uma convivência social digna e pacífica, seja com relação ao Estado-cidadão ou com a relação cidadão-cidadão⁹.

Também definidos por alguns como “direitos humanos” ou “direitos da pessoa humana”, os direitos fundamentais indicam requisitos essenciais sem os quais nenhum cidadão pode ter uma vida digna.

Para José Afonso da Silva,

a expressão direitos fundamentais do homem ‘são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana’ [...]. São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição ou mesmo constam de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular [...]. A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem¹⁰.

E conclui, após apreciação das várias terminologias acerca do tema, que direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada, porque esta, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 181.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 182-184.

concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas¹¹.

É de Dalmo de Abreu Dallari uma das explicações mais precisas sobre o significado de direitos humanos:

A expressão 'direitos humanos' é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos¹².

Este autor, de forma didática, explica:

Para entendermos com facilidade o que significam direitos humanos, basta dizer que tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, por exemplo, a vida é direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então, a preservação da vida é uma necessidade de todas as pessoas humanas. Mas, observando como são e como vivem os seres humanos, vamos percebendo a existência de outras necessidades que são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, e tantas outras coisas¹³.

Os direitos fundamentais indicam situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não possuindo condições de conviver em sociedade. Todos, igualmente, não só devem ter tais direitos reconhecidos com também plenamente efetivados. Disso decorre que os direitos fundamentais são direitos universais, uma vez que “pertencem ao homem enquanto ser humano, e todos os seres humanos devem ter direito a esses direitos”¹⁴.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 185.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

¹³ Idem, ibidem, p. 7.

¹⁴ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional – Fundamentos Teóricos*. v. I. São Paulo: Manole, 2005, p. 259.

Todavia, urge a necessidade de se diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais. Em que pese a similitude entre as duas expressões, convém lembrar que elas não são sinônimas.

Preocupada com a confusão recorrente na doutrina entre as terminologias, Gisela Maria Bester traz à tona a discussão acerca do tema:

Direitos humanos e direitos fundamentais são expressões sinônimas? Designam os mesmos tipos de direitos? Embora o que mais se vê sejam confusões na doutrina constitucional, especialmente na nacional, a respeito destes termos, em que regra geral se toma um pelo outro, indistintamente (ao ponto de haver até mesmo disciplinas nos cursos de graduações que com o nome de Direitos Humanos veiculam conteúdo de Direitos Fundamentais e vice-versa), na verdade existe uma diferença entre eles¹⁵.

Antonio-Enrique Pérez Luño define direitos fundamentais como

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional¹⁶.

São do autor espanhol as mais precisas lições sobre as diferenças entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas. Quem novamente traz as palavras do respeitável doutrinador espanhol é Gisela Maria Bester:

Fincou-se o pé na propensão doutrinária e normativa para reservar o termo 'direitos fundamentais' para designar os direitos positivados em nível interno, enquanto que a fórmula 'direitos humanos' seria a mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo¹⁷.

Pérez Luño apresenta, faticamente, as conseqüências dessa diferenciação, relembando os crimes do nazismo alemão, o *apartheid* da África do Sul, o tolhimento das liberdades políticas no Chile de Pinochet e sindicais na Polônia de Yaruzelski, como forma de denunciar tais atividades violações aos direitos humanos. Ressalta, ainda, que “carece de sentido fazê-lo apelando aos direitos fundamentais,

¹⁵ BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 257.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979, p.43.

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales* apud BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 558.

já que nenhum desses sistemas políticos reconhecia ou reconhece tais direitos em seu ordenamento jurídico positivo”¹⁸.

Também é importante ressaltar a diferenciação que o referido autor faz entre direitos fundamentais e liberdades públicas, para quem tais conceitos jamais devem sejam confundidos, pois do mesmo modo que os direitos fundamentais, as liberdades públicas aludem a faculdades e situações subjetivas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, movendo-se ambas as categorias na esfera da positividade. No entanto, enquanto as liberdades públicas referem-se aos direitos tradicionais de signo individual e têm como finalidade prioritária garantir as esferas de autonomia subjetiva, os direitos fundamentais têm um significado mais amplo e compreendem, junto às liberdades tradicionais, os novos direitos de caráter econômico, social e cultural¹⁹.

Tais noções são as abarcadas por Gisela Maria Bester no que diz respeito à adoção de tais termos²⁰. A autora explica sua escolha:

Explicamos melhor as razões de nossa opção pela terminologia direitos fundamentais (e não direitos humanos fundamentais) para designar os direitos e garantias assegurados pelo complexo normativo constitucional interno. Partimos de uma leitura da realidade, de uma constatação da falta de coincidência havida entre uns e outros em nosso país. É que no Brasil há direitos humanos que não são ao mesmo tempo direitos fundamentais. Quer dizer: quando o Brasil firma pactos, acordos, convenções ou tratados internacionais que prevêm direitos humanos, isto não significa que todos estes direitos humanos passem a valer internamente na categoria ‘direitos fundamentais’, situados na Constituição Federal de 1988 e nela protegidos enquanto cláusulas pétreas. Isto ocorre porque a leitura que o STF fez da CF/88 faz esta ‘prescrever’ que a forma de internalização de direitos provindos de pactos internacionais segue um caminho que os internaliza de modo a passarem a valer em nosso ordenamento não como normas de

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los Derechos Fundamentales apud BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 558.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los Derechos Fundamentales apud BESTER, Gisela Maria. Idem, p. 550

²⁰ Gisela Maria Bester também faz atenta observação sobre algumas diferenciações relevantes: “O teórico italiano Luigi Ferrajoli (1940-) também considera necessária uma diferenciação entre a variedade de significados (‘humanos’, ‘públicos’, ‘constitucionais’, ‘personalíssimos’, ‘morais’, ou de ‘cidadania’) associados à expressão ‘direitos fundamentais’. Ferrajoli propõe uma definição que se aproxima muito da que é oferecida por Pérez Luño: ‘são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos [entendidos estes como qualquer expectativa de atos jurídicos, tratando-se de uma expectativa positiva de prestações ou de uma expectativa negativa de não lesões] que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas capazes de obrar’. O autor brasileiro Paulo Bonavides também constatou que as denominações direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais são usadas de modo ‘promíscuo’ na literatura jurídica, ‘ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães’”. (BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 559-560)

status constitucional, mas simplesmente como leis ordinárias (federais, mas de toda sorte ordinárias), significando que os direitos que tais normas vinculam não têm qualquer força para se impor à Constituição como podem ainda a qualquer momento ser revogados por outra lei ordinária²¹.

Estes direitos fundamentais trazem em si máxima carga axiológica, eis que demonstram os valores de determinada sociedade, em determinada época, no que diz respeito à vida, à liberdade, à dignidade, à igualdade ou a qualquer outro aspecto que influencie diretamente a vida da pessoa, seja individualmente ou em coletividade, para que exista paz social e, conseqüentemente, proteção estatal em caso de violação a tais valores.

Foram esses valores sociais que fizeram com que a Assembléia Constituinte se reunisse para trazer à tona nova Carta Constitucional, defasada após os absurdos e abusos do Regime Militar e que não mais atendia aos anseios da sociedade brasileira. Nascia, então, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada “Constituição-cidadã”.

Ulisses Guimarães, em seu discurso de abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, como seu Presidente, reafirmou a preocupação do legislador em proteger os interesses básicos do cidadão:

[...] Estamos aqui para dar a essa vontade indomável o sacramento da lei. A Constituição deve ser – e será – o instrumento jurídico para o exercício de liberdade e de plena realização do homem brasileiro. Do homem brasileiro como ser concreto, e não do homem abstrato, entre imaginário que habita as estatísticas e os compêndios acadêmicos. Do homem homem, acossado pela miséria, que cumpre extinguir, e com toda a sua potencialidade interior, que deve receber o estímulo da sociedade, para realizar-se na alegria de fazer e na recompensa do bem-estar. O homem, qualquer homem, é portador do universo inteiro, na inepetível e singular experiência de vida. Por isso, de todos deviam ser os bens da natureza e a oportunidade de deixar, na memória do mundo, a marca de sua passagem, com a obra das mãos e da inteligência. Toda a história política tem sido a da luta do homem para realizar, na terra, o grande ideal de igualdade e fraternidade [...]. Liberdade, Soberania, Justiça. Sobre estas idéias simples construíram-se as maiores nações da história. Elas serão o âmago da nossa razão comum no trabalho de dotar a Nação de uma nova e legítima Carta Política [...]. Fazer um país crescer é fazê-lo crescer dentro de si mesmo, é fazê-lo crescer em cada um de seus cidadãos [...]. Temos, em nossas mãos, a soberania do povo. Ele nos confiou a tarefa de construir, com a lei, o Estado Democrático, moderno, justo para todos os seus filhos. Um Estado que sirva ao homem e não um Estado que o submeta, em nome de projetos totalitários de grandeza [...]²².

²¹ BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 561-562.

²² GUIMARÃES, Ulisses. O Discurso do Presidente da Constituinte, Ulisses Guimarães (Sessão de Abertura dos Trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte). In: ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 2. ed. Lisboa: Universitária, 2004, p. 820-826.

Hoje, em qualquer Carta Constitucional moderna, há que se reservar lugar de destaque para a confirmação e proteção dos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio²³, discorrendo sobre declaração dos direitos humanos e história constitucional, reafirma tal relevância dos referidos direitos. Bobbio fez a classificação de tais direitos em civis, políticos e sociais. Os primeiros são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e de liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito dos outros. Os direitos civis obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial, implicam, por seu lado, um comportamento ativo por parte do Estado ao garantir aos cidadãos uma situação de certeza²⁴.

Afirma o mesmo autor, ainda, que a atualidade é demonstrada pelo fato de hoje se lutar, em todo o mundo, de uma forma diversa pelos direitos civis, pelos direitos políticos e pelos direitos sociais: factualmente, eles podem não coexistir, mas, em vias de princípio, são três espécies de direitos, que para serem verdadeiramente garantidos devem existir solidários. Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir também da sociedade de massa, com seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização. Tudo isso é relevante na medida em que a tendência do século atual e do século passado parecia dominada pela luta em prol dos direitos sociais, e

²³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. v. I, Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 353.

²⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Obra citada, p.353.

agora se assiste a uma inversão de tendências e se retoma a batalha pelos direitos civis²⁵.

Sobre o tema, Bobbio analisou algumas polêmicas, afirmando que a declaração dos direitos colocou diversos problemas, que são a um tempo políticos e conceituais. Assevera que, antes de tudo, a relação entre a declaração e a Constituição, entre a enunciação de grandes princípios de direito natural, evidentes à razão, e a concreta organização do poder por meio do direito positivo, que impõe aos órgãos do Estado ordens e proibições precisas: na verdade, ou estes direitos ficam como meros princípios abstratos (mas os direitos podem ser tutelados só no âmbito do ordenamento estatal para se tornarem direitos juridicamente exigíveis), ou são princípios ideológicos que servem para subverter o ordenamento constitucional. Lembrou que sobre este tema se chocaram nos fins do século XVIII, de um lado, o racionalismo jusnaturalista e, de outro, o utilitarismo e o historicismo, ambos hostis à temática dos direitos do homem. Era possível o conflito entre os abstratos direitos e os concretos direitos do cidadão e, portanto, um contraste sobre o valor das duas cartas. Assim, embora inicialmente, tanto na América quanto na França, a declaração estivesse contida em documento separado, a Constituição Federal dos Estados Unidos alterou esta tendência, na medida em que hoje os direitos dos cidadãos estão enumerados no texto constitucional. Ressaltou que um segundo problema deriva da natureza destes direitos: os que defendem que tais direitos são naturais, no que respeita ao homem enquanto homem, defendendo, também, que o Estado pode e os deve reconhecer, admitindo assim um limite preexistente à sua soberania. Para os que não seguem o jusnaturalismo, trata-se de direitos subjetivos concedidos pelo Estado ao indivíduo, com base na autônoma soberania do Estado, que desta forma não se autolimita. Destacou ainda o autor que uma via intermediária foi seguida por aqueles que aceitam o contratualismo, os quais fundam estes direitos sobre o contrato, expresso pela Constituição, entre as diversas forças políticas e sociais.

Indicou Bobbio, ainda, o terceiro problema, que se refere ao modo de tutelar estes direitos: enquanto a tradição francesa se cingia à separação dos poderes, e sobretudo à autonomia do poder judiciário, e à participação dos cidadãos através dos próprios representantes, na formação da lei, a tradição americana, desconfiada

²⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Obra citada, p. 353.

da classe governante, quis uma Constituição rígida, que não pudesse ser modificada a não ser por um poder constituinte e um controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelo legislativo. Isto garante aos direitos do cidadão frente ao despotismo legal da maioria. Os países que viveram a experiência do totalitarismo, como a Itália e a Alemanha, inspiraram-se mais na tradição americana do que na francesa para a sua Constituição”²⁶.

Portanto, o constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de Cidadania, um de seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder²⁷.

Os direitos fundamentais se caracterizam como o grande cerne da Constituição Federal. São eles os maiores ditames de uma sociedade, na medida em que especificam os direitos individuais e coletivos como forma de exercício da cidadania e como forma de protegê-la contra os abusos do Estado.

Explica José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos²⁸.

Isso significa que os direitos fundamentais indicam dupla função: a primeira – positiva – indica a possibilidade de se exercer os direitos elencados como fundamentais pela Constituição e a conseqüente reivindicação desses direitos quando os mesmos forem negados ou até mesmo violados; e a segunda – negativa – exige a proteção do Estado a esses direitos e a impossibilidade de o poder público tolher ou tentar impedir o seu respectivo exercício.

Acerca dessa “dupla função” dos direitos fundamentais, explica André Ramos Tavares:

A denominada ‘dupla natureza’ dos direitos fundamentais procura reconhecer tanto sua função de direitos subjetivos como também de

²⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Obra citada, p. 353.

²⁷ Idem, ibidem, p. 353.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

princípios objetivos da ordem constitucional. Podem-se assinalar como conseqüências decorrentes da concepção objetiva dos direitos fundamentais a sua 'eficácia irradiante' e a 'teoria dos deveres estatais de proteção. E eficácia irradiante obriga que todos o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais. A teoria dos deveres estatais de proteção pressupõe o Estado (Estado-legislador; Estado-Administrador e Estado-juiz) como parceiro na realização dos direitos fundamentais, e não como seu inimigo, incumbindo-lhe sua promoção diuturna²⁹.

O referido autor ressalva, porém, que a enumeração dos direitos fundamentais não pode ser interpretada restritivamente. Isso significa que o rol dos direitos fundamentais deve ser considerado como exemplificativo e não *numerus clausus*. Ainda que não “tipificados”, existem outros direitos, também fundamentais, que devem ser exercidos e protegidos. Como bem lembrou José Alfredo de Oliveira Baracho, “os direitos elencados na Constituição podem ampliar-se [...]. A jurisprudência constitucional propiciou a ampliação de conceitos básicos de direitos e liberdades fundamentais”³⁰.

Neste sentido é que Gisela Maria Bester menciona o fenômeno do “bloco de constitucionalidade”, no qual devem se incluir normas que, embora não inseridas formalmente no corpo constitucional, possuem as respectivas características materiais. Ela explica que tal “bloco de constitucionalidade” foi criado para espelhar o sentido de unidade que um ordenamento constitucional deve ter, notadamente para destacar tudo aquilo que efetivamente compõe o ordenamento de status constitucional, equivalendo, assim à idéia de Constituição Total. Neste sentido, a autora informa que a idéia de bloco evoca a de solidez e de unidade, de conjunto que não pode ser dividido e serve principalmente para designar o conjunto das normas não inscritas nos textos constitucionais. Apesar de a noção de bloco de constitucionalidade ter mais sentido na França, no caso brasileiro entende-se que compõem esse bloco formado em torno à Constituição Federal de 1988 o seu Preâmbulo e todo o seu articulado, podendo ser reforçado com o parágrafo único do art. 4º (apoio à reintegração regional), com os limites para a reforma (regras do seu art. 60) e principalmente com o § 2º do seu art. 5º (a regra de não negação, ou melhor, de inclusão, de todos aqueles direitos e garantias que não figuram expressamente no texto constitucional). Assim, esta noção de bloco de

²⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434.

³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Jurisdição Constitucional da Liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 11.

constitucionalidade, que forma uma unidade e não pode ser rompido ou dividido, é extremamente importante para afirmar normatividade ao Preâmbulo constitucional, que assim adquire uma força normativa própria pelo fato de pertencer a um conjunto normativo que deve ser lido, interpretado e aplicado como um todo unitário, como um bloco monolítico e harmônico³¹.

Coube ao artigo 5.º da Constituição Federal brasileira tratar dos direitos fundamentais e garantias individuais. São, conforme Flávia Piovesan, direitos humanos. Na moderna doutrina constitucionalista, estes “são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores de igualdade e liberdade se conjugam e se completam”³².

Conforme Alexandre de Moraes,

a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia. A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral [...]. O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo³³.

Não restam dúvidas acerca da relevância dos direitos fundamentais e dos riscos de sua violação. Como normas-princípio que são, constituem o núcleo do sistema constitucional e, conseqüentemente, de todo o ordenamento jurídico. Violar os princípios constitucionais é muito mais grave do que desrespeitar quaisquer outras regras jurídicas, uma vez que os princípios têm uma função normogênica e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.

Luiz Guilherme Marinoni, traçando as lições de Robert Alexy, ressalta a supremacia dos princípios constitucionais:

³¹ BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 78-79.

³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 41.

³³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 167.

Robert Alexy, ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais, adverte que a distinção qualitativa entre regras e princípios tem importante papel nesse setor. Afirmar que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por isso, os princípios, ao contrário das regras, são mandatos de otimização, que podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas. As regras contêm determinações em um âmbito fático e juridicamente possível. Enquanto isso, a realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas e fáticas. Essas possibilidades são condicionadas pelos princípios opostos, e assim exigem a consideração dos pesos dos princípios em colisão segundo as circunstâncias do caso concreto³⁴.

Diante de tal raciocínio, pondera que, no caso de conflitos de regras, o problema é de **validade**, enquanto na hipótese de colisão de princípios, a questão é de **peso**. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso significa que, aí, não há como declarar a invalidade do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outros casos concretos. Conforme sua posição, esse juízo, pertinente ao **peso dos princípios**, é um juízo de ponderação, que assim permite que os direitos fundamentais tenham efetividade diante de qualquer caso concreto, considerados os princípios que com eles possam colidir³⁵.

Clèmerson Merlin Clève destaca a vinculação dos direitos fundamentais a toda sociedade, bem como ao próprio Estado, lecionando que

[...] esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes. E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira³⁶.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 226

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 227.

³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. III, Curitiba, 2003, p. 292-293

Assim, os princípios constitucionais vinculam o legislador infraconstitucional, o qual deve sempre observar e respeitar a Constituição Federal e nela se pautar na elaboração das leis. Também os magistrados a ela ficam atrelados, pois o jurisdicionado está devidamente tutelado e protegido³⁷. Qualquer violação ao texto constitucional comporta um grau máximo de gravidade, pois se está violando o sistema jurídico como um todo.

Nas palavras de Nelson Nery Junior,

A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte. Entretanto, paulatinamente esse estado das coisas tem mudado. É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo interpretação e aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o Direito Constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar: o de base fundamental para o direito do País. O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema. Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve, por óbvio, ser aplicada³⁸.

Ao levar-se em consideração a supremacia dos direitos fundamentais, pode-se concluir que todo e qualquer indivíduo está devidamente amparado e tutelado, podendo buscar a proteção do Estado contra qualquer violação ou ameaça a tais direitos. Desta forma, surge para o jurisdicionado instrumentos que viabilizem a proteção de seus direitos garantidos pela legislação constitucional e infraconstitucional.

³⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Obra citada, p. 265.

³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 19-20.

1.2 DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO AO ACESSO À JUSTIÇA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Parafrazeando Araken de Assis (informação verbal)³⁹, tem-se que, com a violação do direito material (o qual regula as relações hígdas, sadias), surge, para o titular do direito violado, a **ação**; a linha tênue que separa a autotutela da ação é o que diferencia o direito material do direito processual, sendo este um instrumento para a satisfação daquele.

A posição do referido autor reforça a polêmica conhecida a respeito da ação. Nesta mesma linha de pensamento, Ovídio Baptista segue as lições de Pontes de Miranda:

Temos, então, que a ordem jurídica, o direito objetivo de um Estado, pode outorgar a condição de sujeito de direito a alguém, mas não lhe reconhecer, ainda, ou já não lhe reconhecer mais, o poder de exigir a satisfação de tal direito. Nesse caso, haverá o direito subjetivo e não haverá a pretensão de direito material. Certamente, na normalidade dos casos, há o direito subjetivo e a respectiva pretensão, que não há outro direito, mas o próprio direito subjetivo potencializado, dotado desse dinamismo capaz de torná-lo efetivo. Se nessa circunstância, o titular do direito subjetivo exige do obrigado o cumprimento, está a exercer pretensão de direito material; estará exigindo, forçando o titular do dever jurídico (obrigando, *lato sensu*) à observância da conduta que o dever lhe impõe. Ainda não estará agindo para a realização. Enquanto pretendo, não ajo (Pontes de Miranda, Tratado das Ações, I, § 6.º). A pretensão é meio para fim, mas este fim, na medida em que apenas exijo o cumprimento do dever jurídico, é obtido mediante conduta voluntária do obrigado. O exercício da pretensão supõe, então, ação do destinatário do dever jurídico, prestando, cumprindo, satisfazendo a obrigação. O exigir, que é o conteúdo da pretensão, não prescinde do agir voluntário do obrigado, ao passo que a ação de direito material é o agir do titular do direito para a realização, independentemente da vontade daquele. Se, todavia, o titular do direito subjetivo exige do obrigado a satisfação, e tal exigência foi infrutífera, porque o sujeito passivo viola o dever jurídico e o infringe, nasce ao titular do direito a ação de direito material, que é o agir – não mais o simples exigir – para a realização. A ação exerce-se principalmente através da ‘ação’, mas tal não sucede necessariamente. Em hipóteses excepcionais, pode haver exercício de ação de direito material sem que o agente a veicule através da jurisdição, como é o caso da legítima defesa da posse, prevista no art. 502 do C.C/1916⁴⁰.

³⁹ Conforme anotações de aulas proferidas em curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Curitiba, ministradas em setembro de 2000.

⁴⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional nas Perspectivas das Relações entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

Ele explica “ação de direito material”, ressaltando que ao direito subjetivo, como *status*, corresponde o dever do sujeito passivo. Para Ovídio Baptista, pode haver, e normalmente há, possibilidade para o respectivo titular do direito de exigir diretamente do devedor (*lato sensu*) o cumprimento da obrigação, que é já dever exigível. Assim, se o direito pode ser exigido pelo titular, diz-se que ele está munido de pretensão. O direito condicional ou a termo é direito ainda não dotado de pretensão. Verificada a condição ou ocorrido o termo, surge no titular o poder de exigir a satisfação e no sujeito passivo a obrigação (*lato sensu*) de prestá-la. Se o titular do direito exige que o obrigado o cumpra, haverá exercício de pretensão, normalmente levada a efeito extrajudicialmente. Ainda não há, até esse momento, contrariedade a direito. Ressalta que, se, porém, ante tal exigência, o obrigado, premido, resiste ao cumprimento da obrigação e não a satisfaz, ao titular da pretensão nasce-lhe a ação de direito material, que o agir para a realização do próprio direito. A distinção fundamental entre os dois conceitos está que a pretensão supõe, sempre, a simples exigência por parte do titular do direito subjetivo, ou do interesse, de tal modo que a realização ainda se dê como resultado da ação do próprio obrigado. Enquanto exige-se, em exercício de pretensão, espera-se cumprimento mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ocorra um agir para satisfação com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, premido pela exigência do credor, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce a ação. Já agora pode-se agir para a satisfação, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado. Explica que a ação de direito material é o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade do obrigado. A ação, ou seja, o novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão, corresponde à faculdade que a ordem jurídica confere ao titular do direito de agir para a realização do próprio direito. Ressalta, ainda, que certamente esse agir para a realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular sem que lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da ação, processual, sob invocação de tutela jurídica estatal⁴¹.

⁴¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Obra citada, p. 19-20.

Continua seu raciocínio, explicando a separação entre “ação material” e “ação processual” em decorrência da existência da Jurisdição, atividade que o Estado chamou para si com a finalidade de resolver os conflitos:

Isso decorre da circunstância do monopólio da jurisdição pelo Estado, fenômeno esse de que deriva o surgimento de uma nova pretensão ao titular do direito subjetivo, agora dirigida quanto ao próprio Estado, para este, verificando antes a existência do direito invocado, aja em lugar de seu titular, realizando-o. A doutrina processual costuma negar relevância científica, quando não a própria existência da ação de direito material, sob a alegação de que, proibida como está a autotutela privada, em virtude do monopólio da jurisdição pelo Estado, a ação do titular do direito para a sua realização foi transformada, ou substituída pela ação processual, ou seja, pelo poder que ao titular do direito se reconhece de invocar a tutela jurisdicional para a realização do mesmo, devendo-se entender que a ação, modernamente, tem sentido inverso ao que esse conceito teve nas formas primordiais do fenômeno jurídico, como sucedeu no direito romano primitivo. Ação, no sentido moderno, não corresponderia mais ao agere do titular do direito, senão ao contrário, ao fazer agir que lhe restou e por meio de cuja atividade o sujeito provoca o exercício da atividade jurisdicional. Esse gravíssimo equívoco é possível e tem ganho a dimensão impressionante que se verifica da aceitação, mais ou menos implícita, desse pressuposto pela doutrina contemporânea, em virtude de outro engano não menos grave, referente ao conceito de jurisdição. Frederico Marques, ao tratar das chamadas ‘ações de conhecimento’, dá-nos um bom exemplo dessa limitação conceitual, ao escrever que nas ações de conhecimento, constitui objeto da tutela jurisdicional o pronunciamento de sentença que componha o litígio⁴².

A ser verdadeira a doutrina dominante, segundo a qual a ação de direito material teria sido, nos sistemas jurídicos modernos, substituída pela ação processual, e compondo o conflito, questiona Ovídio Baptista se, havendo reconhecimento da procedência da demanda, não terá havido realização pelo Estado da ação do direito material que ele próprio vedou pela via privada, a partir do momento em que o órgão jurisdicional pratica aquela mesma atividade que o titular do direito, reconhecido pela sentença pratica se o monopólio estatal da jurisdição não o tivesse impedido? A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade do obrigado, é a mesma ação do direito material, ou seja, o agir inerte a todo direito, realizado pelos órgãos estatais da jurisdição. Portanto, afirma, longe de haver supressão, ou substituição, da ação de direito material, o que, em verdade, sucedeu foi a duplicação das ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado para que este, por meio do Juiz, pratique a ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o próprio Estado proibiu. O que é

⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. Obra citada, p. 20-21.

fundamental distinguir-se, ressalta, é a circunstância de exercer o Juiz duas ordens de atividade: a primeira de certificação do direito, através da qual ele investiga se as afirmações feitas por quem exerce a ação processual coincidem com a realidade e a situação de direito material afirmada por aquele que age, no plano processual são verdadeiras. Afirma o autor que esse momento é tão jurisdicional quanto o seguinte, que o Juiz há de realizar, no caso de ser verdadeira a situação afirmada (ação procedente), desenvolvendo, jurisdicionalmente, a ação de direito material que o titular da ação procedente não pôde realizar privadamente. Se a ação for declarada improcedente, isso significa que houve exercício de “ação” e, pois, de jurisdição, mas ficou constatado que ao autor, aquele que agiu no plano jurisdicional, não correspondia o direito que ele afirmara ter⁴³.

Já com relação à ação de direito processual, o referido autor alega que as coisas acontecem de igual modo. Também aqui há o direito público subjetivo a que o Estado preste a tutela que ele próprio vedou, ao proibir a autotutela pelo titular do direito. Não se pode, realmente, conceber, a existência do Estado sem esse mínimo de controle social, representado pelo monopólio da jurisdição. Como o direito é um instrumento de convivência social, não se poderia imaginar a existência de uma ordem jurídica a que o Estado – impedindo a atividade do titular do direito para realizá-lo – não assegure uma tutela correspondente, outorgando-lhe os meios de realização através de seus órgãos estruturados e predispostos para o cumprimento desse dever fundamental. Assim, a verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o pronunciamento da sentença que compõe o litígio, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da autorealização. Contudo, preconiza Ovídio Baptista que o Estado só poderá cumprir essa função se, antes, puder averiguar a procedência do pedido formulado pelo interessado de que resulta absoluta necessidade de que se dê ação, no plano processual, também ao que não tenha razão. No campo do direito processual ou pré-processual, não se pode, igualmente, confundir o direito subjetivo de acesso aos Tribunais com o exercício desse direito, que é a ação processual. O direito é *status*, a ação é seu exercício. Revela que é fundamental, portanto, que se conceba o direito de acesso aos Tribunais como um *prius* lógico e, conseqüentemente, distinto da categoria a que se dá o nome de “ação” processual,

⁴³ SILVA, Ovídio Baptista da. Obra citada, p. 21-22.

na medida em que esta será sempre o exercício daquele. Qualquer participante de uma dada comunidade jurídica, por isso que organizada sob forma de Estado, terá direito público subjetivo à proteção do próprio direito, cuja realização privada foi suprimida⁴⁴.

Por outro lado, Cândido Rangel Dinamarco ressalta que a classificação das ações, cara à doutrina clássica do processo civil, segundo a espécie de sentença que se pede do exercício de cada uma delas, tem o mérito de ser puramente processual, evitando os critérios herdados na tradição romana e impregnados de elementos inerentes ao direito subjetivo afirmado pelo autor (real, pessoal etc). Mostra-se, também, mais coerente com a moderna visão do processo civil classificar as demandas como concretas iniciativas de pedir a tutela jurisdicional. Ele explica:

Cabe ao direito material a atribuição de bens da vida a pessoas ou grupos e, de um modo geral, a definição do modo-de-ser de suas relações em sociedade. É por ele que deve pautar-se a conduta de pessoas ou grupos, ao cumprirem obrigações e ao exigirem condutas alheias ou bens a que aspiram. Embora o direito material não seja concebido nem destinado particularmente à solução de conflitos, quando o conflito surge é dele que vêm os critérios para a solução... Às variadas espécies de situações regidas pelo direito material corresponde simétrica variedade de meios processuais adequados a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação, sempre mediante imposição de regras jurídico-substanciais pertinentes. Como instrumento do direito material, o processo deve dar a quem tem razão precisamente aquilo que segundo este ele tem o direito de obter (bens da vida, materiais ou imateriais). A variedade dos meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito substancial⁴⁵.

A ação, na moderna exegese processualística, constitui-se no direito constitucional de se invocar a tutela jurisdicional sempre que alguém se sentir lesado ou ameaçado em seu direito.

Ora, se a Constituição Federal traz em seu bojo o suporte axiológico da nossa sociedade elencando direitos fundamentais em seu texto é, lógico concluir que também tende a trazer meios e instrumentos para protegê-los. De nada adiantaria todo o rol de direitos e garantias individuais se não houvesse também, dentro da própria Constituição, a previsão do direito de buscar a satisfação de tais direitos fundamentais e os métodos para fazê-lo.

⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Obra citada, p. 22-23.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 146-147.

Elevada ao *status* de direito fundamental do cidadão com a Constituição Federal de 1998, a inafastabilidade do controle jurisdicional⁴⁶ reclama atividade positiva do Estado⁴⁷, o qual jamais poderá deixar de analisar pretensão apresentada ao Poder Judiciário. Isso porque o Estado, por meio de seu poder jurisdicional, chamou para si a pacificação dos conflitos sociais, vedando, assim, a autotutela (ou autodefesa)⁴⁸.

⁴⁶ Alguns institutos processuais merecem diferenciação, conforme a doutrina processualista pátria: Jurisdição, Ação, Processo e Procedimento. A **Jurisdição** consiste, basicamente, no poder-dever do Estado, na atividade estatal destinada a solucionar os conflitos e resolver os litígios, aplicando a lei ao caso concreto; a **Ação** se revela como o direito subjetivo, autônomo e constitucional de invocar a tutela jurisdicional sempre que alguém se sentir lesado ou ameaçado em seu direito; o **Processo** é o instrumento por meio do qual se faz valer a Ação e se opera a Jurisdição, ou seja, sua noção é essencialmente teleológica, uma vez que indica a finalidade jurisdicional compositiva de litígios; já o **Procedimento** é a externalização do Processo, representando os meios pelos quais ele se instaura, se desenvolve e termina, indicando uma ordem lógica e temporal de atos na busca da satisfação jurídica daquele que questiona seu direito em juízo.

⁴⁷ Cumpre ressaltar que, para parcela da doutrina processualista, a atividade decorrente da chamada Administração Pública de Interesses Privados (Jurisdição Voluntária ou Jurisdição Graciosa) também é atividade estatal, sem, contudo, conotação jurisdicional, mas apenas judicial (por ser realizada pelo Poder Judiciário), uma vez que neste caso não existe solução de conflitos, mas apenas homologação, pelo Poder Judiciário, da vontade dos interessados. Quem explica é Antonio Carlos Marcato: “O processo é o próprio procedimento com contraditório, consistindo, este último, na participação ativa e necessária das partes na coleta e reconstrução dos pressupostos fáticos que motivarão e fundamentarão o provimento final, participação esta que se concretiza tanto na própria disposição do processo e na preparação das provas, quanto no constante contraditório entre elas estabelecido. Realmente, a administração pública de interesses privados pelo juiz é concretizada por meio da sucessão de atos interligados e coordenados a determinado objetivo, sem que se cogite necessariamente, entretanto, do exercício do poder jurisdicional e da aplicação do contraditório – caso em que, segundo a visão da doutrina tradicional existirá procedimento, mas não processo. Ademais, o Poder Público vale-se do procedimento para o exercício de sua atividade estritamente administrativa (v.g., procedimento administrativo disciplinar, inquérito policial) sem que ocorra, todavia, o exercício da função jurisdicional. Exemplificando: proposta ação de separação litigiosa, o Judiciário exercerá atividade jurisdicional, por meio do processo e obedecido o procedimento ordinário, visando a tutelar, sendo o caso, os direitos do cônjuge inocente; pretendendo os cônjuges a separação amigável, o órgão estatal exercerá atividade de caráter meramente administrativo (judicial, portanto, e não jurisdicional), simplesmente homologando a vontade dos interessados no sentido de extinguir a sociedade conjugal. No primeiro caso, existirá processo; no segundo, apenas um procedimento especial” (MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 10.ed. São Paulo: Atlas. 2004, p. 72). No mesmo sentido, Luiz Rodriguer Wambier: “Iguamente denominada de jurisdição graciosa ou de administração judicial de interesses privados, não é assimilável à natureza da atividade jurisdicional, porque nela não há decisão que diga o direito aplicável à lide, em substituição à vontade dos interessados. Também não se assemelha à atividade de jurisdição, porque não consiste em resolver conflitos, mas apenas em cancelar, por força de lei, aquilo que os interessados entre si já resolveram, mas cuja eficácia depende dessa chancela, isto é, da manifestação do Poder Judiciário, ainda que apenas com caráter homologatório da vontade dos interessados. Também não tem os mesmos efeitos da atividade jurisdicional típica, não produzindo, por exemplo, coisa julgada material. Se não se trata efetivamente de jurisdição, também não se trata de atividade voluntária dos interessados, pois estes recorrem ao Poder Judiciário para a obtenção dessa chancela aos interesses privados, porque assim a lei exige, sob pena de ineficácia, ou seja, o que se quer só pode ser obtido por essa via” (ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. v. I. São Paulo: RT, 2005, p. 45-46).

⁴⁸ Ainda que hodiernamente seja vedada a autotutela, inclusive a mesma sendo tipificada no Código Penal Brasileiro em seu art. 345 como crime (“exercício arbitrário das próprias razões”), ainda

Grandes propulsores do princípio do acesso à Justiça, Mauro Capeletti e Bryant Garth anotam que tal expressão serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Assim, ressaltam os autores, a premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo⁴⁹.

Como lembra André Ramos Tavares⁵⁰, o princípio do acesso à Justiça tem origem, na História constitucional brasileira, na Constituição de 1946, que foi a primeira a determinar que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A Constituição Federal de 1988 não apenas manteve tal previsão como também aprimorou sua redação ao incluir a **ameaça** como objeto de proteção do Estado. Victor Bomfim Marins comenta a inovação:

É de notar que o texto correspondente da Carta Magna anterior não se referia à ameaça, mas, tão-somente, à lesão. Expressivo, sem dúvida, o avanço da Constituição em vigor, porquanto estabelece, sem rebuços, além da tutela reparatória (para os casos de lesão), a tutela preventiva dos direitos (para os casos de ameaça). Isto significa que se submetem à apreciação do Poder Judiciário, sem sombra de dúvida, não só a lesão a direito mas igualmente a ameaça de lesão⁵¹.

A respeito do acesso à justiça, André Ramos Tavares ressalta que esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse

subsistem casos excepcionais em que tal forma de resolução de conflitos é autorizada por nosso ordenamento jurídico: “Consistem exemplos o direito de retenção, o ‘desforço imediato’, o penhor legal, o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio, a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade [...]. São duas as razões pelas quais se admite a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia nesses casos excepcionais: a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21-29)

⁴⁹ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Obra citada, p. 8.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 637.

⁵¹ MARINS, Victor Alberto Azi. *Tutela Cautelar – Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 55.

legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio princípio da legalidade requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente. Assim, afirma que dentro da idéia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças de lesões a direito. O princípio em questão significa que toda controvérsia sobre direito, incluindo a ameaça de lesão, não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Sob esse enfoque, o comando constitucional dirige-se diretamente ao legislador, que pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas chocar-se-ia frontalmente com o princípio maior da separação de poderes⁵².

Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece o acesso à justiça como direito fundamental do indivíduo, apontando-o como característica essencial e intrínseca de Estado Democrático de Direito. Lembra que, como o princípio de legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal e que, apesar de sua importância, salvo os autores norte-americanos, poucos estudiosos lhe têm dado maior atenção, colocando-o no rol das coisas óbvias. Em suas palavras, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais, defluindo inexoravelmente esse princípio da própria separação dos poderes, pois outra não é a justificativa da independência do Judiciário que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, reforça que a sua expressa enunciação, como no art. 5.º, XXXV, da Constituição – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – é sempre recomendável. Assevera o autor que o crivo imparcial do Judiciário contraria muita vez a prepotência dos governantes que, se podem, cuidam de impedir sua fiscalização. Traz à baila as palavras de Pontes de Miranda, para quem sua enunciação expressa “foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946”⁵³.

Desta forma, cumpre ao Estado receber e analisar todos os pedidos a ele endereçados por intermédio do Poder Jurisdicional. A Constituição Federal é a mola propulsora das diretrizes a serem seguidas pelo direito processual.

⁵² TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 637-638.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 283.

Para Nelson Nery Junior, isto quer dizer “que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”⁵⁴.

No que chama “direito à proteção dos direitos”, Dalmo de Abreu Dallari ensina que um direito só existe realmente quando pode ser usado. Há muitos casos de direitos que constam de lei, mas que, pelos mais diversos motivos, grande número de pessoas não conhece ou não consegue pôr em prática. Outras vezes, as pessoas percebem que um direito está sendo desrespeitado e, por falta de meios de defesa, perdem o direito sem a possibilidade de reagir. Em todas as situações, aquele que não soube ou não pôde usar o direito e que, por isso, o perdeu, sofre um prejuízo injusto. Muitas vezes, esse prejuízo atinge aspectos fundamentais da vida de uma pessoa. Salaria que tão importante quanto a informação é a formação da consciência de que os direitos precisam ser defendidos, para que não pereçam e também para que fique assegurado o respeito a todos os direitos, não bastando dar à pessoa consciência de seus direitos e da necessidade de defendê-los sem lhe dar meios para que os defenda. Estabelece que para se ter um sistema eficiente de proteção dos direitos é preciso contar com a colaboração do Legislativo, do Executivo e do Judiciário (este último com uma responsabilidade muito grande). Desta maneira, se alguém tiver um direito desrespeitado pode pedir proteção aos juízes e tribunais, seja quem for o culpado pelo desrespeito. Assim, também, quando existir dúvida sobre algum direito, ou a quem ele pertence, é o Poder Judiciário que deve desfazer a dúvida. Para cumprir bem sua tarefa, os juízes devem ter sempre a preocupação de agir com justiça, decidindo sem medo, com serenidade e independência⁵⁵.

Dallari assevera, ainda, ser indispensável que o Poder Judiciário esteja bem organizado e que não seja caro demais pedir sua prestação. Caso contrário, a demora nas decisões e a necessidade de muito dinheiro para o pagamento das despesas judiciais farão com que só um pequeno número de pessoas tenha a proteção judicial. Lembra que quando o Poder Judiciário pode agir com independência e é respeitado pelo povo e pelas autoridades é mais raro que ocorram ofensas aos direitos. E quando elas ocorrem será mais fácil conseguir a

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 100.

⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, p. 69-71.

proteção e a devolução dos direitos ofendidos ou a punição justa do ofensor. A proteção dos direitos é indispensável para que as pessoas, sentindo-se em segurança e respeitando-se reciprocamente, possam viver em paz⁵⁶.

Também no campo do direito processual civil muitos doutrinadores se debruçaram sobre o tema. Ao explicar direito de ação, Humberto Theodoro Júnior informa que a parte, frente ao Estado-juiz, dispõe de um poder jurídico, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado⁵⁷.

Cândido Rangel Dinamarco, definindo ação, enfatiza que ação é costumeiramente definida como direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional final ou, especificamente no processo de conhecimento, como o poder de exigir a sentença que julgue o mérito da causa ou ainda direito à sentença de mérito. Julgar o mérito é decidir a pretensão trazida pelo autor em busca de tutela jurisdicional – pela procedência ou improcedência. Conforme leciona, ter ação não significa, por si só, ter direito à sentença favorável, mas direito à sentença *tout court*. Tanto atende ao direito de ação a sentença que acolhe a pretensão do autor, dando-lhe a tutela jurisdicional, como a que rejeita, tutelando o réu. Nesse sentido, a ação é exercida mediante um ato de iniciativa do processo (demanda, petição inicial) e por uma série de atos de participação ao longo de todo o procedimento. Prescreve Dinamarco que a ação é conceituada como direito abstrato de agir, na afirmação de que sua existência e seu exercício prescindem, ou abstraem, da existência do direito subjetivo alegado pelo autor⁵⁸.

José Joaquim Calmon de Passos, com sua habitual crítica ao modelo processual vigente, ordena a invocação do Judiciário fazendo a seguinte anotação:

O processo de produção do Direito pelo poder político, democraticamente institucionalizado realiza-se mediante os seguintes procedimentos redutores de complexidade: a) A definição prévia de expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais, como a primeira redução de complexidade, com o que se viabiliza um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material). b) A subsequente disciplina do procedimento

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, p. 71.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 296-297.

a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual). c) Por fim, para lograr esses objetivos, a organização da função e definição das competências dos agentes que se farão responsáveis pela composição dos conflitos que vierem a se configurar nas relações sociais (normas de organização). Nesta perspectiva, distingue-se o processo legislativo de produção do Direito do processo jurisdicional de produção do Direito, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do jurídico, aos quais, na modernidade e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito Democrático, se acrescentou o processo administrativo de produção do Direito. Há, por conseguinte, no processo global de produção do Direito, uma primeira redução de complexidade, de natureza predominante, mas não exclusivamente política, para determinação de universo de dever ser formalizados em termos genéricos, a par de uma segunda redução de complexidade, de natureza predominante, mas não exclusivamente técnica, a partir daquela para a concreção do que foi definido genericamente, tendo em vista sua aplicação a casos concretos. O processo político-legislativo disciplina e conforma a primeira função; os processos político-administrativo e político-jurisdicional disciplinam e conformam a segunda função. Tudo isso com atendimento aos preceitos constitucionais⁵⁹.

Tem-se que a o acesso à justiça, também denominado direito de ação, é o direito subjetivo de se invocar a atividade jurisdicional. Isso significa que a jurisdição está condicionada ao evento que dá origem à ação. O poder jurisdicional será invocado sempre que alguém necessitar de solução para determinado conflito, daí a importância do direito processual como fonte de princípios e regras que instrumentarão a pretensão deduzida em juízo.

Ressalte-se a lição de Jônatas Moreira de Paula, para quem “o direito material é o *direito do povo*, pois o legislador positiva seus costumes e valores, e o direito processual é *para o povo*, por ser o instrumento de efetivação do direito material”⁶⁰.

Para o referido autor, mais do que qualquer outra coisa, a jurisdição é um mecanismo de **inclusão social**. E explica:

A inclusão social é o fim do Estado. A paz social também é, mas é consequência da inclusão social. A promoção social somente ocorrerá com a inclusão social. O engrandecimento do Estado advirá com o engrandecimento da sociedade. É um fenômeno cíclico e que, por isso, a inclusão gera benefícios sociais e políticos. Com a inclusão social, ter-se-á a presença de grupos na disputa pela produção e distribuição da riqueza nacional. Auferindo as benesses da riqueza nacional, os indivíduos tornar-

⁵⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo* – Julgando os que nos Julgam. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 87.

⁶⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma Visão Crítica da Jurisdição Civil*. Leme: LED, 1998, p. 26 (grifos originais).

se-ão cidadãos, numa transformação do real para o ideal [...]. O processo é um meio de transformação da realidade jurídica e/ou fática, e a jurisdição, junto com as demais atividades essenciais do Estado, é atividade consistente à realização da justiça social. Para alcançar a justiça social, é preciso que o processo estabeleça no curso da lide, a justiça e a igualdade, a fim de que a justiça social – a transformação da realidade desejada pelo artigo 3.º, da CF – possa ser realizada. Essa postura da jurisdição e do processo decorre de uma abordagem crítica do processo, que tem como um dos degraus de elevação a visão instrumental⁶¹.

De acordo com Ernane Fidélis dos Santos,

como fenômeno processual, a lide não se revela nos moldes com que se apresentou na vida social. Mister se faz que a pretensão seja deduzida sob forma de pedido específico de prestação jurisdicional. Não é possível ao juiz sair a busca de litígios para solucioná-los, sendo necessário que os interessados o façam, mas revelando-os no processo, através de pedido especificado. A jurisdição só atua provocada⁶².

Assim, conforme foi afirmado anteriormente, o Estado proíbe o particular de fazer justiça com as próprias mãos, assumindo a obrigação de fazê-la por ele. Tal obrigação consiste na atividade jurisdicional do Estado, a chamada jurisdição, que será provocada pelo interessado. Tal situação é regida pelo princípio dispositivo. Entretanto, para Jônatas Moreira de Paula, que caminha na esteira de Ovídio Batista da Silva, tal princípio é nocivo à atividade jurisdicional no âmbito do processo civil. Conforme o referido autor preceitua, pela doutrina de Ovídio Batista, o princípio do dispositivo limita o juiz a uma atuação de espectador, que o submete ao comportamento processual das partes para decidir a lide. E adiante, conclui que esse princípio apóia-se na ideologia liberal e culmina com o comportamento inerte do juiz, mantendo-o imparcial, estranho à solução da lide, transformando-o em espectador da lide e contrapondo-o ao juiz ditador, do processo inquisitivo. Em seu ponto de vista, este princípio obstaculariza o conhecimento real do direito debatido no processo, prejudicando, assim, a jurisdição. Com a revisão de seus postulados, em face de outros princípios, é possível reduzir sua influência no processo civil⁶³.

Cumprе ressaltar, todavia, que existem inúmeras divergências doutrinárias a respeito do real conteúdo do respectivo princípio.

⁶¹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social – Revitalizando as regras do Jogo Democrático*. São Paulo: Manole, 2002, p. 205-207.

⁶² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 45.

⁶³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma Visão Crítica da Jurisdição Civil*. Leme: LED. 1998. p. 110-111.

Sobre o tema trazido por Jônatas Moreira de Paula, Ovídio Batista da Silva diferencia o princípio dispositivo do princípio da demanda e suas respectivas conseqüências jurídicas, afirmando que de um modo geral, não se faz distinção entre princípio dispositivo e o chamado princípio da demanda. A distinção, porém, é relevante, porquanto o primeiro deles diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo. Portanto, a razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição. Esclarece que, enquanto o princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada, posta sob julgamento, o princípio da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. O primeiro corresponde à determinação dos limites dentro dos quais se há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo. Leciona Ovídio Baptista que, pelo denominado princípio da demanda, o juiz fica limitado aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que pelo princípio dispositivo o juiz fica contingenciado pela iniciativa das partes quanto ao modo de condução da causa e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a essa determinada lide. Seguindo seu raciocínio, o princípio da demanda responde à questão sobre “que lide demandar?”, enquanto o princípio dispositivo atende a estas duas questões bem distintas: escolhida a demanda sobre a qual as partes haverão de litigar, indaga-se: por que forma o farão e com que meios probatórios demonstrarão a existência dos fatos referentes a tal controvérsia? O primeiro princípio preserva a soberania das partes na determinação das ações sobre as quais pretendam litigar, ao passo que o outro – uma vez já determinadas as causas sobre que há de versar o litígio – define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação a essas causas efetivamente ajuizadas pelas partes, no que respeita à condução do processo e à coleta do material probatório⁶⁴.

⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. ed. v. I. São Paulo: RT, 2002, p. 64-65

A respeito da polêmica, José Roberto dos Santos Bedaque revela que o exame desse princípio passa, sobretudo, pela análise dos poderes processuais do juiz. Revela que se trata de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma empregá-lo com o objetivo de expressar coisas diversas. Conforme salienta, alguns autores recorrem ao chamado princípio dispositivo quando se referem, genericamente, à ausência de poderes processuais do juiz. Para Bedaque, deve-se visualizar o problema sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do processo etc. O autor relembra que com muita frequência a doutrina trata de ambos os fenômenos como manifestações do princípio dispositivo. Fala-se, por exemplo, que tal princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas⁶⁵.

No mesmo sentido caminha Barbosa Moreira, para quem tais denominações são bastante equívocas. Ele ressalta:

Ademais, a divisão do trabalho entre órgão judicial e as partes não suscita um único problema, senão, muito ao contrário, uma série de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas. Por exemplo; fala-se de 'princípio dispositivo' a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração. Daí proclamar a generalidade dos estudiosos que não existe processo 'puramente' inquisitivo, nem processo 'puramente' acusatório⁶⁶.

Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, Bedaque crê ser preferível que a denominação "princípio dispositivo" seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo, referindo-se tais reflexos apenas à própria relação jurídico-substancial. Afirma que, assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido), não podendo o juiz se opor à prática de tais atos,

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: RT. 2001, p. 87-88.

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. In: _____. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 53-54.

exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Explica que essa, sim, corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se, portanto, de um princípio relativo à relação material, não à processual. Conclui que constitui equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é conseqüência do caráter disponível da relação material, incorrendo nele, aliás, a maioria da doutrina⁶⁷.

Este estudo filia-se à doutrina de Bedaque e Barbosa Moreira, pela evidência da necessidade de parâmetros criteriosos no estabelecimento do conteúdo do princípio dispositivo

Tem-se, assim, que a ação nada mais é do que o direito do particular de solicitar a atividade jurisdicional. É, portanto, o próprio direito subjetivo, de natureza constitucional, de buscar, jurisdicionalmente, uma resposta referente à titularidade do alegado direito lesado ou ameaçado. A constitucionalização do direito processual demonstra a preocupação na distribuição social da justiça.

Discorrendo sobre o *status* constitucional das normas processuais, Paulo Bonavides faz a seguinte reflexão:

Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional⁶⁸.

E finaliza, verificando a amplitude das garantias constitucionais, bem como seu valor instrumental de meio defensivo, invariavelmente vinculado a uma prestação do Estado, ou seja, dos poderes públicos, quer pela via constituinte constituída (a reforma da Constituição pelo Legislativo), quer pelas vias regulares e ordinárias de exercício da função jurisdicional (Poder Judiciário). Mas não é possível fazê-las eficazes senão num ordenamento que concretize em toda a plenitude os postulados do Estado de Direito, sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção⁶⁹.

Luiz Guilherme Marinoni também analisa a interdisciplinaridade entre direito constitucional e direito processual:

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Obra citada, p. 90-91.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 533.

⁶⁹ Idem, *ibidem*, p.533.

As normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo. Trata-se de uma 'tutela constitucional do processo', que tem por fim assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais. A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição. Em suma, não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística. A temática do acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. É que o tema do acesso à justiça trabalha a teoria do processo a partir da idéia de Democracia Social. O acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta pela Democracia Social⁷⁰.

Cândido Rangel Dinamarco, no que denomina **constitucionalismo e a abertura para a perspectiva metajurídica do processo civil**, expõe com clareza sua posição:

O estudo puramente técnico do procedimento não vai além da descrição dos atos processuais, exigências formais que os condicionam, das interligações entre eles e conseqüências dos desvios eventualmente praticados. Mesmo o conhecimento das posições dos sujeitos no processo (poderes, deveres, faculdades etc.) continua pobre enquanto plantado em premissas infraconstitucionais. O direito processual constitucional põe o estudo do procedimento e da relação jurídica processual sob o enfoque das garantias do devido processo legal, do contraditório, da igualdade, da liberdade etc. – e com isso o estudioso conscientiza-se de que os preceitos e exigências do Código constituem projeção de normas de maior amplitude e mais alta posição hierárquica, sendo indispensável a interpretação sistemática. Daí para entender que o sistema processual é uma conjugação de meios técnicos para a efetividade do postulado democrático da participação em liberdade e com igualdade, o passo é pequeno e já se vai chegando à percepção das grandes balizas do que se chama justo processo⁷¹.

Sobre a constitucionalização do direito processual, mais uma vez aproveitamos as lições de Calmon de Passos:

Se quisermos identificar o que, na segunda metade do século XX, representou novidade no campo do Direito Processual, concluiremos por identificá-la na denominada constitucionalização do processo. Decorrência necessária, ao meu sentir, dos ganhos democráticos obtidos em termos de cidadania, que se traduziram em mais significativa participação nas decisões políticas de um maior número de instituições e pessoas. A noção do devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21-22.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 278-279.

dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional. Compreendido o Direito como algo não dado aos homens pela natureza, mas por eles produzido, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu de matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto foi estabelecido constitucionalmente para sua produção, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, para mencionar apenas uma das mais significativas conseqüências no âmbito do processo, erige-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objetivo passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o Direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, mas com obediência irrestrita ao que foi disposto como devido processo constitucional. Destarte, antes de desqualificar o saber anterior, a nova dogmática processual incorporou e buscou superá-lo, ajustando-o às novas realidades. Precisamente, essa ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar do Direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação⁷².

Relembrando a história do direito processual civil no Brasil, Jônatas Moreira de Paula⁷³ reforça a importância da previsão, na Constituição Federal, de mecanismos que venham fortalecer a jurisdição:

Embora a expressão 'Nova República' tenha surgido com a eleição de Tancredo Neves à Presidência da República, porque marcou a chefia do executivo por um civil, ao contrário dos anteriores governos militares e que representasse oposição ao autoritarismo, na verdade ela somente passou a ter significado real com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a primeira eleição direta para Presidente da República em 1989. Certamente o fato mais importante deve-se à promulgação da vigente Carta Constitucional, pelos preceitos liberais nela consignados, a ponto de ser popularmente definida como 'constituição-cidadã'[...]. No plano processual, objeto de análise deste trabalho, verifica-se uma gama de instrumentos novos capazes de efetivar direitos ineficazes [...]. A maior preocupação governamental é obter desenvolvimento social, por isso aglutina buscar alternativas ao combate da miséria e da concentração de rendas... Para tanto, une-se a ideologia social-democrata, de inspiração européia, como o liberalismo, como instrumentos ideológicos de influência e determinação da atividade estatal. O processo, porque a serviço da jurisdição, e esta se revela como serviço público, não pode ficar inerte a auxiliar o Estado brasileiro a alcançar os fins propostos, tendo sempre em mira os preceitos estabelecidos no mencionado artigo 3.º, da Constituição Federal⁷⁴.

⁷² PASSOS. José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo sobre o Tema. In: FIUZA, César Augusto de Castro et. alli (Coord.). *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey: 2001. pp. 14-15.

⁷³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro – Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. São Paulo: Manole. 2002. pp. 333-335.

⁷⁴ A Constituição Federal elenca, em seu artigo 3.º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A inserção de princípios processuais na Constituição Federal refletiu um novo paradigma no que diz respeito ao estudo e à interpretação do Processo Civil, trazendo, no mínimo, um sopro de otimismo para aqueles que dedicam sua atividade acadêmica a tal ramo do direito.

Nesta esteira de inovação, Fredie Didier Jr. faz a sua avaliação a respeito do tema, dispondo que a teoria dos direitos fundamentais é considerada por muitos constitucionalistas a principal contribuição do constitucionalismo do pós Segunda Guerra Mundial. A processualística, desde muito cedo, apercebeu-se da importância de estudar-se o processo à luz da Constituição. Mais recentemente, relembra o autor, os processualistas avançaram no estudo do tema, agora para encarar os institutos processuais não só à luz da Constituição, mas, sim, pela perspectiva de um determinado tipo de norma constitucional, que são aquelas que prescrevem os direitos fundamentais. Fala-se, então, do estudo do processo à luz dos direitos fundamentais. A Constituição Federal deu um grande impulso a essa tendência, pois inclui no rol dos direitos e garantias fundamentais uma série de dispositivos de natureza processual, em número sem precedente na nossa história constitucional. São tantos e tão diversos dispositivos que hoje não se pode negar a autonomia didática da disciplina “Tutela Constitucional do Processo”⁷⁵.

Barbosa Moreira, como não poderia deixar de ser, também sobre a constitucionalização do processo civil apresenta suas considerações⁷⁶:

Característica marcante do processo civil em nosso tempo é a sua progressiva constitucionalização. Não me refiro só à crescente atenção dada pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas aos vínculos entre o direito processual e a Constituição, e especialmente à necessidade de avaliar ou reavaliar à luz dela as soluções de problemas jurídicos relacionados com o processo. Aludo ao ordenamento positivo. Com efeito: a Carta da República de 1988 elevou ao patamar constitucional preceitos de ordem processual até então enunciados apenas em nível de legislação ordinária, ou quando muito, em Constituições anteriores, no tocante ao processo penal, para o qual elas se preocupavam em conferir à defesa certos direitos e garantias. Do processo civil cuidavam pouco, com ressalva de alguns instrumentos ordenados à proteção de direitos e interesses peculiares, como o mandado de segurança e a ação popular, ou à persecução de fins ligados à índole federativa da estrutura do Estado brasileiro, como o recurso extraordinário⁷⁷.

⁷⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. I. Salvador: Podivm, 2007, p. 25.

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional n.º 45 e o Processo. In: _____. *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

⁷⁷ Barbosa Moreira enumera as disposições constitucionais sobre processo civil: “Em 1988, enriqueceu-se notavelmente o repertório de disposições concernentes também ao processo civil.

O autor, todavia, ressalta a necessidade de se reconhecer que a realidade do foro nem sempre vem repercutindo o vasto panorama de proteções de ordem processual. Alega o jurista que a utilização prática de alguns institutos, como mandado de injunção e o *habeas data*, ficou muito aquém do que se poderia esperar à luz dos textos. Lembra, entretanto, que são mazelas pelas quais não seria razoável culpar o legislador constituinte, pois afirma que elas nada fazem senão “confirmar uma velha e triste noção, a da distância a que quase sempre ficam de realizar plenamente as expectativas suscitadas pelas mais belas promessas normativas”⁷⁸.

Cássio Scarpinella Bueno ressalta a importância da interpretação das regras processuais com base nos ditames constitucionais, sugerindo uma nova hermenêutica a partir da chamada “constitucionalização do direito processual civil”:

A constitucionalização do direito processual civil, por si só, convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – ‘a filtragem constitucional’ de que tanto falam alguns constitucionalistas –, tomando consciência de que a interpretação do direito é valorativa e que o ‘processo’, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: no e pelo processo. A dificuldade reside em identificar adequadamente estes valores e estabelecer parâmetros os mais objetivos possíveis para que a interpretação e aplicação do direito não se tornem aleatórias, arbitrárias ou subjetivas. A neutralidade científica de outrora não pode, a qualquer título, ser aceita nos dias atuais; não desde a perspectiva aqui proposta⁷⁹.

É de Lênio Streck a lição mais valiosa a respeito da hermenêutica jurídica. Em suas palavras, sendo um texto jurídico – cujo sentido, repita-se, estará sempre

Para começar, o acesso ao Poder Judiciário passou a ver-se assegurado não apenas em caso de alegada lesão, mas igualmente no de ameaça a direito (art. 5.º, XXXV). Recebida a ação popular (art. 5.º, LXXIII), colocaram-se-lhe ao lado de novos instrumentos de tutela de direitos e interesses difusos e coletivos: a ação civil pública, que antes se situava no plano puramente legal (Lei n.º 7.347, de 24-7-1985), revestiu-se de dignidade constitucional, mercê da referência expressa contida no art. 129, n.º III; e criou-se modalidade coletiva do mandado de segurança (art. 5.º, LXX). Forjaram-se outros instrumentos processuais específicos, quais o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) e o *habeas data* (art. 5.º, LXXII). E, em matéria de princípios, muito se ampliou o rol dos constitucionalmente consagrados: o do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), o do ‘contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5.º, LV), o da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI), o da publicidade dos atos processuais (art. 5.º, LX, e 93, IX), o da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), e – à guisa de cláusula de encerramento – o do ‘devido processo legal’ (art. 5.º, LIV), expressão pela primeira vez incorporada à terminologia de nosso direito positivo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 21-22)

⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 22.

⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 71.

contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido – válido tão somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença entre faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. O intérprete já traz consigo o sentido de Constituição com que a norma que ex-surge do texto (infra-constitucional) já vem filtrada hermeneuticamente (de forma adequada ou inadequada, dependendo dos pré-juízos do intérprete). Dito de outro modo: o intérprete não vislumbra textos infraconstitucionais nus (carentes de sentido), para depois acoplar-lhes “capas de sentido originárias da Constituição”. É enfático ao declarar que pensar assim é resvalar em direção aos dualismos próprios da metafísica (essência e aparência, teoria e prática, palavra e coisa, questão de fato e questão de direito etc.), e que pensar assim é retomar à hermenêutica clássica. Explica que o ato interpretativo é um ato aplicativo, que não ocorre por subsunção e tampouco por dedução, mas, sim, em uma síntese hermenêutica, no interior do círculo hermenêutico. Isto significa dizer que uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, problemática que não é difícil constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito. Por isso, em sua visão, pré juízos inautênticos acarretam sérios prejuízos ao jurista⁸⁰.

Mais adiante, Streck estabelece novas considerações, ao ditar que o novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. A Jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um Balanço Crítico. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. III, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 376-377.

Nesse sentido, assegura, é preciso ter claro que não há texto infraconstitucional imune à filtragem constitucional; não há textos “blindados”, vale dizer, no Estado Democrático de Direito não há liberdade de conformação do legislador; há uma diferença (ontológica) entre vigência (que é secundária) e validade (que é primária, porque depende da materialidade da Constituição), e entre texto e norma. Conforme leciona, o texto não contém a norma. Esta é sempre o produto de um processo de atribuição de sentido, o que reforça a responsabilidade (ética) do intérprete. Por isso, conclui, torna-se relevante a discussão das condições de possibilidade que têm os juristas para a construção de um discurso (crítico) que aponte para a superação da crise paradigmática e a implementação dos valores constitucionais⁸¹.

Por esse motivo, Scarpinella Bueno reforça que é impossível interpretar, atualmente, o Código de Processo Civil tal como ele foi concebido em 1973. Assim, o “comportamento intelectual, cognitivo e prático daquele que pretende estudar ou aplicar o ‘Código de Processo Civil da atualidade deve ser, portanto, completamente diverso daquele que moveu em direção à sua fórmula original”⁸².

Em razão da “constitucionalização do direito processual civil”, Fredie Didier Jr. ressalta a repercussão e as conseqüências de tal fenômeno:

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes conseqüências: a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais⁸³.

O acesso à justiça, hoje inserido no rol constitucional de proteção ao direito processual, deve ser analisado em sua forma mais ampla possível. É, por essa razão, que não se pode conceber a simples possibilidade de solicitar a proteção do Estado, devendo-se ir mais além: o acesso à justiça deve ser efetivo e adequado, capaz de cumprir com os ditames de inclusão social do cidadão.

A ação, portanto, é um dos principais direitos do nosso ordenamento jurídico. Elevado ao *status* de princípio constitucional, ele indica não só o direito, mas o poder

⁸¹STRECK, Lênio Luiz. Obra citada, p. 400-401.

⁸²BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 71.

⁸³DIDIER JR, Fredie. Obra citada, p. 26.

de buscar a satisfação, por intermédio da demanda, de um alegado direito lesado ou ameaçado. O acesso à justiça é direito basilar em qualquer sistema constitucional, pois se alicerça nos fundamentos democráticos de um Estado de Direito. Como já foi afirmado anteriormente, nada adianta um rol gigantesco de direitos e garantias a determinada sociedade, se esta não puder buscar a satisfação ou a prevenção dos mesmos. O direito processual civil não pode se esgotar na legislação infraconstitucional. É o texto maior que traça as diretrizes para que o acesso à justiça seja real e efetivo.

1.3 EFETIVIDADE E TÉCNICA PROCESSUAL

No que diz respeito ao acesso à justiça, doutrina e jurisprudência afirmam, em uníssono, não ser suficiente o simples direito de se invocar a tutela jurisdicional. Esta deve se mostrar eficaz, efetiva e justa. Ainda que o conceito de justiça, para alguns, seja subjetivo (uma vez que, conforme alegam, aquele que sai vencido sempre se considera injustiçado!) a efetividade deve ser analisada de forma objetiva.

A efetividade traz a idéia de um processo que seja célere e que obedeça todos os princípios constitucionais processuais.

Sobre a efetividade processual, Kazuo Watanabe é um dos doutrinadores que se preocupa com o tema. Para o autor, uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos. Argumenta que, do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Explica que não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à

realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. Estabelece, então, que a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal⁸⁴.

Isso significa, portanto, que o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas um instrumento para a satisfação de um alegado direito lesado ou ameaçado. Logo, o simples acesso à justiça não basta para que o direito seja satisfeito. A resposta jurisdicional deve ser efetiva, no sentido de responder o demandante com o máximo de respeito ao enunciado constitucional e sem delongas, pois a demora do Judiciário fere os ditames da justiça, na medida em que se despendem recursos em demasia não só financeiros, mas também emocionais e psicológicos. Não há como negar que a demora na prestação jurisdicional abala o íntimo dos envolvidos, além de que, se entregue a destempo, a resposta do Judiciário já não mais terá a utilidade que teria se prestada rapidamente, além de gerar insegurança jurídico-social e fazer surgir total falta de credibilidade no Estado-juiz. A efetividade do processo se faz necessária e imperiosa quando inserida no contexto social e econômico de nossa sociedade.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni já se pronunciou em inúmeras oportunidades, insistindo que o acesso à justiça não significa apenas o direito de ir a juízo, “mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”⁸⁵. Ao discorrer a respeito da efetividade, o autor é enfático ao prescrever que o operador jurídico tem o dever de imbuir-se da mentalidade instrumentalista, já que falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, como diz Dinamarco, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes, mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Segundo Marinoni, melhor é falar-se, então, em acesso à ordem jurídica justa; acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso

⁸⁴ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 21-22.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT. 1997, p. 20.

à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos⁸⁶.

E continua, refletindo que o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Afirma que a participação na gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável; responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Proclama, ainda, que nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado, sendo necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que têm vários fins⁸⁷.

O mencionado autor enfatiza a relevância da efetividade processual e seu *status* constitucional de direito fundamental e como princípio a ser elevado ao topo da hierarquia jurídica. Ele ressalta que os direitos fundamentais têm natureza de princípio. Assim, se os princípios constituem mandatos de otimização, dependentes das possibilidades, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (por exemplo) – que então pode ser chamado de princípio à tutela jurisdicional efetiva – também constitui um mandato de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo somente de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam se chocar⁸⁸.

Eduardo Cambi, analisando o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional como deseja o texto constitucional, alega que, para que isto ocorra, necessária a participação ativa e efetiva dos sujeitos envolvidos no processo. Ele explica que, sob o enfoque constitucional, o direito de ação não é apenas um poder genérico de provocar a atuação jurisdicional, mas implica a concessão de poderes específicos de agir em juízo, compreendendo um conjunto de iniciativas e de faculdades que vão além do mero ato de introdução da demanda no processo, abrangendo outro complexo de atividades das partes, consideradas indispensáveis à obtenção da tutela efetiva do direito material ou do interesse lesado. Desta forma, a

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 27-28.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Obra citada*. p. 28.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT. 2004, p. 228.

garantia constitucional da ação não assegura o mero direito ao processo, mas o direito ao processo justo, dentro do qual está compreendido o direito à prova, com o reconhecimento da possibilidade de fazer admitir e experimentar todos os meios probatórios permitidos (ou não vedados) pelo sistema, desde que relevantes para a demonstração dos fatos que servem de fundamento para a pretensão⁸⁹.

Acerca da efetividade, também cuida Cândido Rangel Dinamarco:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais⁹⁰.

Cassio Scarpinella Bueno traça um perfil dos “escopos” do processo propostos por Dinamarco. Ele explica que os **escopos sociais** relacionam-se intimamente com a idéia de justiça, de paz social, de apaziguação, de permitir aos cidadãos e à sociedade como um todo as fruições garantidas desde o plano do direito material. É como se fosse dito que o próprio Estado (aqui, a parcela jurisdicional dele, o Estado-juiz) precisa, ele próprio, do “processo” e, mas amplamente, das normas processuais civis, para realizar os seus próprios valores, os seus próprios objetivos, as suas próprias finalidades e necessidades. É no atingimento destas finalidades – que justificam a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito – que repousam, em última análise, os escopos sociais do processo. Com relação aos **escopos políticos**, afirma que, de seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação, ter condições de afirmar a sua autoridade, o seu poder perante a sociedade, poder este, contudo, que no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio Estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, em nome do Estado. Por isto que na compreensão do escopo político do processo não há como deixar de lado as preocupações tão clássicas e tradicionais como indispensáveis da liberdade dos indivíduos (“direitos subjetivos públicos”, assim entendidos os direitos dos cidadãos exigíveis do próprio Estado) e, mais amplamente, a ampla

⁸⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil – Temas Atuais de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: RT. 2001, p. 118.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 330.

possibilidade (e necessidade) de participação dos destinatários da atuação do Estado nesta própria atuação. Avaliando de forma bem direta, os escopos políticos podem ser entendidos como a necessidade de o Estado-juiz afirmar-se como 'autoridade pública' no devido contexto que esta locução deve assumir em um modelo de Estado Democrático e de Direito.

No que tange aos **escopos jurídicos**, estabelece por fim Scarpinella Bueno que estes representam a compreensão dos institutos processuais e seu desenvolvimento com vistas à consecução dos objetivos mais amplos, porque exteriores ao processo, que são os escopos social e político. Conforme discorre, a perfeita compreensão do escopo jurídico do processo pressupõe, destarte, a necessária releitura dos institutos processuais com vistas à sua compreensão em seu adequado contexto e missão teleológica. Ressalta, ainda, que de nada adianta fixar como metas a realização dos escopos social e político se os meios de atingimento daquelas finalidades ficam aquém das possibilidades e das necessidades concretas⁹¹.

É de Giuseppe Chiovenda uma das definições mais conhecidas sobre efetividade processual, na qual se exprime 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"⁹². Apesar de tal definição ser extremamente individualista, ela deve ser considerada sob a ótica de sua época. Trazida à realidade dos dias atuais, ela ainda permanece atual, na medida em que denota a instrumentalidade do processo e o conteúdo teleológico que possui. E, discorrendo sobre a já referida noção de efetividade processual para este autor, alinhado ao seu pensamento, Dinamarco explica:

Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa nas palavras muito autorizadas de antigo doutrinador: 'na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter'. No contexto em que foi formulada, essa sábia advertência era portadora das acanhadas limitações inerentes às atitudes introspectivas do sistema, sem aberturas para as determinantes evidenciadas pela clara visão teleológica que hoje se tem. Ela está inserida num conceito muito individualista e de marcado positivismo jurídico, em que se via somente o escopo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político;

⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 54-55.

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. v. I. Campinas: Bookseller. 2000, p. 67.

mas, relida fora do contexto, por certo conduzirá a termos idênticos àqueles propostos⁹³.

Em seguida conclui que a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade⁹⁴.

As lições de Chiovenda inspiraram o ideal de efetividade processual. É nesse sentido que Fredie Didier Jr. também o denomina de “princípio da máxima coincidência possível”, em razão da congruência que deve existir entre o exato bem da vida a que tem direito o jurisdicionado e aquilo que o processo deve oferecer. O mencionado autor preconiza que se trata da velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material⁹⁵.

A idéia de instrumentalidade do processo é tema recorrente na doutrina pátria. Como já foi aduzido anteriormente, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. Isso porque se faz necessário que tal acesso seja efetivo e, para que isso ocorra, mister sejam colocados à disposição mecanismos aptos a fazer com que o processo seja célere, ditado pela razoabilidade e dotado de total respeito aos princípios constitucionais processuais. Novamente o socorro vem das lições de Dinamarco:

O acesso à Justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter. Seja porque a lei veda a satisfação voluntária de dadas pretensões (v.g., anulação de casamento), seja porque a pessoa de quem se poderia esperar a satisfação não satisfaz (inadimplemento), quem não vier a juízo ou não puder fazê-lo renunciará àquilo que aspira. Em outras palavras, não terá acesso à 'ordem jurídica justa' nos casos em que, por fás ou por nefas, sem o processo não possa sequer chegar até o processo. Nessa visão instrumentalista, que relativiza o binômio direito-processo e procura ver o instrumento pela ótica da tarefa que lhe compete, sente-se o grande dano

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 331.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Idem, ibidem, p. 331.

⁹⁵ DIDIER JR, Fredie. Obra citada, p. 38.

substancial ocasionado às pessoas que, necessitando dela, acabem no entanto ficando privadas da tutela jurisdicional⁹⁶.

Em clássica obra processual, Dinamarco, juntamente com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover explicam que, para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos); e de outro, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do seu produto final⁹⁷.

A partir das lições de Dinamarco, Cassio Scarpinella Bueno afirma que nesta perspectiva de análise, a tendência é a de um abandono necessário de uma visão única, predominante ou exclusivamente técnica do direito processual civil e a assunção de que este busca necessariamente valores, fins, objetivos e escopos fora dele, estranhos a ele, que não se confundem com ele; valores, fins, objetivos e escopos a ele exteriores mas que devem ser por eles alcançados e realizados⁹⁸.

Também se preocupa com a efetividade Moniz de Aragão, ao afirmar que “o processo não pode nem deve ser considerado como um fim em si mesmo; é necessário encará-lo sob o prisma de sua instrumentalidade, isto é, de sua aptidão para permitir ao Estado impor a tutela jurisdicional para a situação litigiosa”⁹⁹.

O acesso à justiça, portanto, é muito mais amplo do que a simples invocação da tutela jurisdicional. É o acesso à justiça que garante a satisfação de todos os demais direitos, sejam eles de natureza constitucional sejam infraconstitucionais e, por isso mesmo, necessita procedimentos preordenados aptos a entregarem ao jurisdicionado uma tutela, conforme as palavras já citadas de Marinoni, adequada, tempestiva e efetiva. O referido autor relembra que, ao mencionar tutela adequada, subentende-se que ela deva ser tempestiva e adequada. Todavia, em sua obra com Sérgio Cruz Arenhart¹⁰⁰, há uma maior explicitação de tais terminologias. Assim, informam os autores que há tutela adequada quando, para determinado caso

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 347.

⁹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p. 34.

⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 53.

⁹⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 10.

¹⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 72-75.

concreto, há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material. Além disso, segundo alegam, é inegável que o cidadão tem direito a uma tutela tempestiva, sendo necessário que ao tempo do processo seja conferido seu devido valor, uma vez que, no escopo básico de tutela dos direitos, o processo terá maior capacidade para atender aos anseios do cidadão, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. Relembrem que quando é reivindicado um bem da vida, o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem. Assim, enfatizam, se o processo retira da vida seu próprio impulso, ele não pode – apenas porque se destina a descobrir a “verdade” – deixar de considerar as necessidades do cidadão, a menos que deseje celebrar, através de procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida como também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado.

Os autores registram também que, além disso, ou seja, além de a tutela jurisdicional ter que ser “tempestiva”, ela deve ser “efetiva” e, quando se fala em tutela “efetiva”, deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso) ou condenar o demandado (na verdade exortar o réu a adimplir a sentença, que, em caso de não-observância espontânea, apenas se sujeita à ação de execução)¹⁰¹.

Refletindo sobre a amplitude do direito constitucional ao acesso à justiça, Alexandre Câmara também invoca a efetividade da tutela jurisdicional, aduzindo, para tanto, que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional tem como corolário o direito, por ele assegurado, à tutela jurisdicional adequada, devendo ser considerada inconstitucional qualquer norma que impeça o Judiciário de tutelar de

¹⁰¹ Quando mencionam a efetividade do processo, os autores fazem uma crítica à tradicional classificação trinária das ações e embora não utilizem a expressão “sincretismo processual”, propõem a satisfação fática do credor no próprio processo de natureza cognitiva. Eles expõem que a necessidade de uma adequada tutela preventiva – que é, sem dúvida, a mais importante de todas as tutelas – exige a estruturação de um procedimento de conhecimento autônomo, dotado de tutela antecipatória, e que desemboca em sentença que possa impor um não fazer ou um fazer sob pena de multa. Um procedimento desse tipo – que permite a concessão da tutela inibitória – é absolutamente fundamental em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não-patrimoniais, os quais não podem ser efetivamente tutelados através das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, ou seja, através das sentenças da classificação trinária. (ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 75).

forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados em busca de proteção¹⁰².

A efetividade está absolutamente atrelada ao acesso à justiça. Ainda que soe repetitivo, se deve reafirmar a amplitude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Além do acesso à justiça para fazer valer o seu direito, seja para repará-lo ou para preveni-lo, o jurisdicionado deve ter garantido todos os meios necessários para que a prestação jurisdicional seja adequada. E, para isso, não basta, como até bem pouco tempo se propagava, a solução do mérito. A adequação que se exige é composta de procedimentos adequados à pretensão deduzida, de celeridade na prestação jurisdicional e de aplicação da razoabilidade por parte do magistrado. Por tudo isso e por concretizar todos os demais direitos é que a efetividade da tutela jurisdicional deve também ser considerada como direito fundamental.

Marinoni, em mais uma de suas lições acerca do tema, explica que a concepção de direito de ação como direito à sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito. Mas ressalta que não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva, importando a efetividade, ainda, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Para o autor paranaense, o direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz¹⁰³.

Mais adiante, sentencia que o direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser considerado um direito a uma prestação fática, mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar por meio do procedimento adequado ou iii) o direito à resposta do juiz.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT. 2004, p. 179-183.

Aduz que, na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p. ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional¹⁰⁴.

Com o discurso crítico que lhe é peculiar, e contrariando a maioria doutrinária, Calmon de Passos faz uma análise interessante a respeito da “instrumentalidade do processo”

Não há um Direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer que o Direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar, pois, e, instrumentalidade do processo é incorrer, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível o ser do Direito do dizer sobre o Direito, o ser do Direito do processo de sua produção, o Direito material do Direito Processual. Uma e outra coisa fazem um. Parodiando Gadamer, ao afirmar que o ‘ser’ que pode ser compreendido é linguagem, também assevero que o processo (comunicação, palavra) nada mais é que a linguagem que dá concreção ao (pensamento) Direito... Falar de ‘instrumentalidade’ em dogmática é utilizar palavra de todo inadequada. Instrumento pode ser entendido, no sentido mais amplo, como todo meio empregado para se alcançar determinado fim ou resultado. Mas essa significação ampla é de nenhuma serventia. Suficiente para compreender o que foi afirmado ser recordarmos que nossas mãos são um instrumento, o primeiro e mais notável utilizado pelo homem. Finalmente, as máquinas, das mais simples, como a máquina a vapor, até os equipamentos sofisticados e poderosos que a eletrônica nos vêm proporcionando. Enquanto utensílios e ferramentas dependem da excelência do operador, as máquinas já prescindem dele e, postas em condições de operar, bastam-se a si mesmas. Bem pouco de comum existe entre todos esses instrumentos, salvo serem sempre meios para que sejam alcançados determinados fins, e meios engendrados pelo homem¹⁰⁵.

E vai além, expondo que tudo isso evidencia a necessidade de se descartar a categoria “instrumento” como profícua para o labor científico. Salieta que, no âmbito da comunicação humana, o termo instrumento significa algo radicalmente diverso do que expressa quando se refere a utensílios e máquinas, pelo que, o utilizando, incide-se sempre nos risco de estar-se “instrumentalizando” o homem ou, em suas palavras, melhor dizendo, amesquinhando, a condição humana de muitos, na ilusão de se estar fortalecendo o poder de poucos, quando, na verdade, assim procedendo, está-se desumanizando a todos¹⁰⁶.

Em que pese provir de tão renomado jurista, o posicionamento de Calmon de Passos corre em sentido contrário ao da doutrina dominante. Não há como negar a

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 185.

¹⁰⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Obra citada, p. 22-23.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 23.

grande repercussão da idéia do processo como instrumento e todas as técnicas necessárias para fazer valer, de forma efetiva, a tutela jurisdicional.

Por outro lado, Ricardo Rodrigues Gama, dispõe a respeito da efetividade aliada à técnica processual. Explica que por técnica processual deve-se entender o conhecimento e a aplicação dos meios oferecidos pela lei para o desenvolvimento da relação processual. É o manejo perfeito das normas processuais, ou seja, a utilização correta dos institutos do direito processual. Alerta o respectivo autor sobre os prejuízos a serem galgados com o abandono da técnica processual em nome da efetividade, pois ao contrário, a aplicação da técnica processual contribui para a efetividade do processo. Reforça que, mais do que ninguém, o magistrado deveria ter um conhecimento vasto do processo civil e, caso não tivesse tal intimidade, deveria ser um dos estudiosos mais interessado nesse ramo do direito. Isso porque, em suas palavras, a falta de conhecimento ou o equívoco do juiz podem aumentar o prazo de duração do feito de forma considerável, uma vez que, por exemplo, o juiz que não extingue o processo de início por não conseguir identificar a ausência de um dos pressupostos processuais ou das condições da ação comete erro grosseiro e promove o desperdício de tempo e dinheiro. Da mesma forma, o juiz que não admite que o autor emende a inicial nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil contribui para a dilatação temporal do processo e a prática de injustiças. Conclui que a utilização da técnica só contribui para a efetividade do processo, não podendo ser desprezada em detrimento da própria efetividade do processo¹⁰⁷.

Luiz Guilherme Marinoni há muito se preocupa com a efetividade do processo e com a técnica processual. Em sua obra “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”, ele faz duras críticas aos operadores do direito, que, em nome da observância formalista do processo, estrangulam a efetividade e impedem uma atividade jurisdicional adequada e compatível com a realidade das partes. Afirma ser assombroso como os operadores do direito, na maioria das vezes por desconhecimento das razões da lei, acabam realizando interpretações que privilegiam os conceitos doutrinários em detrimento das transformações que se operam na sociedade e no Estado. A ausência de ligação crítica da lei com a sociedade, aliada à tendência – natural ao ser humano – de ver o velho no novo,

¹⁰⁷ GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Bookseller. 2002, p. 24-25.

além de reduzir o benefício que “o novo processo civil” pode gerar para a sociedade, limita a significação social da doutrina e dos aplicadores do direito¹⁰⁸.

José Carlos Barbosa Moreira, em uma de suas várias palestras sobre Processo Civil, discorre sobre efetividade processual. O ilustre jurista expõe que efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos, e querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo, e uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Leciona que qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo, vale dizer, será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material¹⁰⁹.

Em texto de conferência pronunciada em 12 de dezembro de 1994, na sessão inaugural do Congresso Nacional de Direito Processual e Reforma Constitucional, realizada no Rio de Janeiro, Barbosa Moreira enumera cinco atividades que conduzem à efetividade do processo:

Efetividade, noção abrangente, comporta dose inevitável de fluidez. Em trabalho que já conta mais de dez anos, mas em cuja substância, no particular, não nos pareceria necessário introduzir hoje alterações de monta, procuramos sintetizar em cinco itens algo que, sem excessiva pretensão de rigor, se poderia considerar como uma espécie de ‘programa básico’ da campanha em prol da efetividade. Escrevíamos então: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultam de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias. Esse ideário, que aliás nada tinha de original, encontrou consenso na doutrina posterior, seja por adesão explícita, seja pelo empenho com que

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual*, obra citada, p. 99.

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um Processo Socialmente Efetivo. In: _____. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

obras mais recentes se dispuseram a aprofundar o exame de um ou de outro dentre os assuntos que apontáramos à atenção dos estudiosos. Deve-se reconhecer, porém, que há quem duvide da eficácia prática de quaisquer esforços para modificar o panorama real com base em elaborações doutrinárias, as quais constituiriam, na melhor hipótese, manifestação de ingenuidade e, na pior, tentativa de mistificação¹¹⁰.

A efetividade processual é buscada em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. A idéia de justiça corresponde a um processo apto a satisfazer o direito material invocado. Não pode prevalecer, assim, o cunho formal em detrimento do material. Como já advertido, o processo não é um fim em si mesmo¹¹¹, mas um instrumento para satisfazer o direito material. Todavia, há um grande perigo quando a idéia de efetividade é levada ao extremo. Nesse sentido, também, para ilustrar essa idéia de “efetividade a qualquer preço”, a tão desejada celeridade processual, que nem sempre é benéfica para as partes. No intuito de resolver rapidamente a lide, não raro as partes se vêem forçadas a realizar acordos que não beneficiam ambas ou alguma delas. O que se observa na prática forense em muitos casos, é uma autocomposição que não gera a satisfação desejada caso ocorresse a espera

¹¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade e Técnica Processual. In: _____. *Temas de Direito Processual – Sexta Série*. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 17-19.

¹¹¹ A respeito, Barbosa Moreira: “Cabe agora uma palavra de advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo. Consiste o primeiro na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro [...]. O segundo grande risco tem certa analogia com o primeiro, do qual se diferencia, no entanto, por manifestar-se no interior da problemática mesma da efetividade. Desdobra-se esta, como assinalado, em diversos tópicos; e aqui também se corre o perigo de romper o equilíbrio do sistema, hipertrofiando uma peça em detrimento das restantes. É o que acontece, por exemplo, quando se estende além da medida razoável a duração do feito, pelo afã obsessivo de esgotar todas as possibilidades, mínimas que sejam, de apuração dos fatos [...]. O terceiro risco é talvez o mais insidioso; e, para bem compreendê-lo, há que ter em mente a tendência, tão comum, a desvalorizar o passado, em especial o passado próximo: ela afeta a literatura, as artes e também, ainda que em menor proporção, a ciência, inclusive a ciência jurídica. Na evolução histórica do direito processual brasileiro, as gerações que imediatamente nos antecederam distinguiram-se pelo empenho na construção de uma dogmática sólida; em sua reflexão prevaleceram as especulações técnicas, que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenômeno processual [...]. Deficiências técnicas na formulação da norma acarretam dúvidas e controvérsias hermenêuticas de que costumam alimentar-se incidentes processuais, como o da uniformização de jurisprudência e o da declaração de inconstitucionalidade, e concorrem para multiplicar os recursos destinados à revisão *in iure*, como o especial e o extraordinário. Não é preciso sublinhar a gravidade dos prejuízos que daí decorrem para a causa da efetividade. Deficiências técnicas na aplicação da norma são fontes de numerosas desgraças. Para começar, dão ensejo à inútil sobrevivência de boa quantidade de processos que decerto não contribuiriam como contribuem para obstruir os canais judiciais se os juízes deles incumbidos manejassem com maior destreza os instrumentos que lhes oferecem os dispositivos do Código de Processo Civil concernentes ao indeferimento da petição inicial e à extinção do feito qual modalidade do julgamento conforme o estado do processo [...]. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 21-23).

pela resolução do mérito. Infelizmente, muitos jurisdicionados preferem receber, por exemplo, metade do desejado na inicial “agora”, do que esperar para receber aquilo que acredita justo “depois”. A instrumentalidade do processo e, pois, a efetividade, deve ser analisada e buscada levando-se em consideração a real satisfação do direito material. Como bem observa Barbosa Moreira, “nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele”¹¹².

Bem apontadas, aliás, pelo mencionado doutrinador¹¹³, algumas divagações da doutrina processualista na busca da efetividade processual, as quais ele chama, de maneira informal e descontraída, de “mitos”, referindo-os como “alguns pensamentos relativos àquilo que devemos afastar de nossas cogitações” e enumerando-os em quatro: “a) primeiro mito: a rapidez acima de tudo (ou: quanto mais depressa melhor); b) segundo mito: a ‘fórmula mágica’ (ou ‘abracadabra’); c) terceiro mito: supervalorização de modelos estrangeiros (ou ‘a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha’); d) quarto mito: a onipotência da norma (ou: ‘vale o escrito’)”¹¹⁴.

Com relação ao primeiro “mito”, o autor, embora reconheça que a demora na prestação da tutela jurisdicional seja uma das principais responsáveis pela crise da Justiça, ressalta que nem sempre a celeridade processual é adequada ao caso concreto. E subdivide este “mito” em quatro “submitos”, vistos a seguir:

O submito n.º 1 é a crença, bastante difundida, de que se cuida de fenômeno exclusivamente brasileiro, ou quando nada de que a posição de nosso país, na escala planetária, é aí tão escandalosamente ruim como a que lhe cabe em tema de distribuição de renda. Sem de longe insinuar que isso nos sirva de consolo, ou nos permita dormir o sono da boa consciência, ousou assinalar que o problema é praticamente universal e alarma não poucos países do chamado primeiro mundo. Há décadas freqüente congressos internacionais de direito processual, e a nenhum assisti em que não ouvisse ao propósito gemidos e lamentações [...] O submito n.º 2 é a idéia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível [...]

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 22.

¹¹³ Texto de conferência pronunciada em 5 de abril de 2000, no Rio de Janeiro, no seminário *O Direito no Século XXI – Novos Desafios*, comemorativo do 20.º aniversário do CEPAD.

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In: _____. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 1-13.

O autor identifica o submito n.º 3 na crença de que cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos pleitos. O chavão, repetido a cada momento – sobretudo em editoriais da imprensa, redigidos, ao que parece, por pessoas que nunca sequer passaram pela porta do Fórum –, acompanha-se de recomendações veemente de que se reduzam prazos e recursos, se cancelem oportunidades para as manifestações das partes, e outras do gênero [...] No entanto, a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, entre os quais não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo. Recorde-se, antes de mais nada, a escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, com a agravante de que os quadros existentes registram uma vacância de mais de 20%, que na primeira instância nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher. Para Barbosa Moreira, ter-se-ia de incluir no catálogo das mazelas o insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio [...]. Afirma, ainda, que não convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, “diga-se de passagem quando se trata de pessoas simpáticas à opinião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com aquela ingenuamente somos levados a confundir)”. Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Como ressalta o autor, “dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular”. Prossegue, alegando que é pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhante prática hoje em dia parece inconcebível, por maior freqüência que se observe ainda em tentativas, às vezes bem sucedidas, de empregá-la – senão no sentido físico, seguramente no moral – para com certos réus que incorrem, por isto ou por aquilo, nas iras especiais da imprensa e de outros meios de comunicação social.

Já o submito n.º 4 é talvez, para ele, o mais perigoso: consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes a todos os demais problemas da Justiça. Par muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor da excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade

processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheçam como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se é para torná-la melhor, é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço¹¹⁵.

A “fórmula mágica”, seu segundo mito, refere-se àqueles que procuram um remédio para curar todas as mazelas que prejudicam a efetividade processual. Barbosa Moreira ressalta que não existe um “milagre” para resolver os problemas processuais. Para isso, aduz que não poucos críticos da situação atual deixam entusiasmar-se por um determinado remédio que lhes parece capaz de debelar todos os males. Só têm olhos para a suposta panacéia. Desdobram-se, a propósito de tudo e até sem propósito algum, em exortações ao uso da receita. Ressalta o autor que há casos de autêntica obsessão e, na realidade, basta ver como são diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em função da variedade do contexto institucional, econômico, social, cultural em que ela é chamada a trabalhar, para perceber quão ilusória é a esperança de quem aposta todas as fichas num só número. Afirma Barbosa Moreira que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Sugere, assim, a combinação de estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados. Preconiza, assim, que o “simplismo das palavras de ordem, já indesejável na política, revela-se aqui funesto”¹¹⁶.

Em seu terceiro mito, faz uma crítica àqueles que somente enxergam no direito comparado a solução para os problemas do nosso ordenamento jurídico processual. Seu posicionamento é no sentido de afirmar que a ninguém é lícito duvidar, nos dias que correm, da importância dos estudos comparativos, indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais. Mas reflete que uma coisa, porém, é a atenção crescente ao direito comparado, movimento a que o autor dificilmente poderia ser tachado de alheio.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 2-5.

¹¹⁶ Idem, ibidem, p. 6-7.

Outra, bem distinta, é o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros. Lembra que a legislação processual brasileira exhibe traços de muitas influências, importando produtos de origens bem diversificadas. O Código de Processo Civil, por exemplo, tem impressas no texto marcas portuguesas, italianas, alemãs e até, recorda, uma lei menos conhecida, mas bem vista nos círculos especializados por seu apuro técnico: o *códice di procedura civile* do Estado do Vaticano, editado pelo Papa Pio XII em 1946 – manancial em que o legislador de 1973 se abeberrou com freqüência que a muitos não deixará de surpreender. Alega, ainda, que de algum tempo a esta parte, os olhos dos reformadores, assim no terreno civil como no penal, têm-se voltado de preferência para o direito anglo-saxônico, a cuja inspiração deve-se, entre outras coisas, a criação dos Juizados Especiais e a adoção, embora com forma peculiar, do tratamento coletivo para pleitos atinentes a interesses difusos, coletivos propriamente ditos e mesmo individuais, sob determinadas condições e dentro de certos limites. Para Barbosa Moreira, tudo isso, em si, merece louvores pelos bons resultados que se vêm colhendo, não obstante algumas distorções. Mas faz uma advertência: “é hora, todavia, de acender um sinal de alarma, senão vermelho, pelo menos amarelo, apara advertir contra os perigos do excesso”¹¹⁷.

No quarto mito, referente à “onipotência da norma”, assim se posiciona:

Tenho criticado mais de uma vez o erro dos que desdenham por questão de princípio reformas legislativas, entendendo de que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motiva de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim; tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente. Estou convencido de que a ânsia de modificar incessantemente a lei – tão sensível, nos últimos anos, no campo processual – cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos [...]. Antes de reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente, e por quê. Se o nosso intuito, v. g., é o de acelerar a máquina da Justiça, necessitamos saber quais as peças que estão rendendo menos, e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma [...]. Depois de reformar a lei, impende acompanhar de perto, com lentes adequadas, a repercussão da reforma no dia-a-dia forense. Não há

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 7-8.

maneira de descobrir o que realmente mudou, em que sentido e com que alcance. Nem se concebe, sem esse elementar cuidado, uma avaliação minimamente objetiva, à luz da qual possamos decidir se vale a pena continuar no mesmo rumo ou se é mais aconselhável dar marcha a ré [...]. Cumpre renunciar à ilusão de que a vida da norma termina no momento em que começa a vigor, e daí por diante já não precisamos interessar-nos pelo respectivo destino. Muito ao contrário: nesse preciso momento é que se inicia sua verdadeira vida – e é a partir daí que ela demanda nossa maior atenção. Aí nem sempre ‘vale o escrito’, como no jogo inventado pelo Barão de Drummond e habitualmente praticado por senhoras de moral acima de qualquer suspeita, embora incluído na lista das contravenções penais¹¹⁸.

Veja-se que, como bem salienta Barbosa Moreira, a efetividade não pode ser atingida “a qualquer preço”. Todos os obstáculos que impedem uma efetiva realização da tutela jurisdicional devem ser apontados e analisados, para que possam, de forma eficaz, ser solucionados. Em que pese a visão coerente de Barbosa Moreira quando se refere ao “mito da celeridade” (e aqui também se admite que muitas vezes a celeridade, por si só, não é benéfica) não há que se duvidar de que se trata de um dos maiores empecilhos na busca pela efetividade processual. Embora nem sempre a rapidez da prestação jurisdicional seja a grande “salvação” para o resultado satisfatório da lide, não há como negar que a demora na prestação da tutela jurisdicional, na maioria das vezes, frustra a realização do direito material pretendido. Por isso mesmo é que o ordenamento jurídico vem se preocupando nos últimos anos com a “razoável duração” do processo. Na legislação processual brasileira houve grande avanço nesta área, principalmente no que diz respeito à inserção da antecipação da tutela e da tutela específica em nosso Código de Processo Civil. Muito antes de ganhar *status* constitucional, a preocupação com a celeridade já se fazia presente em todas as esferas jurídicas. Todavia, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/04, o assunto passou a ser refletido de forma mais aprofundada e sua conseqüência mais profunda se fez sentir com as recentes reformas processuais, principalmente no que diz respeito ao cumprimento da sentença, que demonstra caminhar para o abandono da dicotomia processo de conhecimento-processo de execução. A convivência entre os dois institutos não mais se coaduna com a realidade processual e com os anseios jurisdicionais da sociedade. A celeridade processual, como direito fundamental, se faz imperiosa por proporcionar ao jurisdicionado uma efetiva resposta do Estado, por intermédio do Judiciário, a respeito da titularidade do direito lesado ou ameaçado.

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 10-12.

1.4 A CELERIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO LITIGANTE

Assim dispõe o art. 8, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o *Pacto de San José da Costa Rica*:

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Pois bem. A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto, que adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional editou o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovando o seu texto. O Governo Federal depositou, em 25 de setembro do mesmo ano, a Carta de Adesão ao mencionado pacto. Com a ulterior publicação do Decreto 678 (09.11.1992), o Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁹.

Com relação à vinculação de referido dispositivo, enuncia Flávia Piovesan:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais¹²⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, portanto, existe, há algum tempo, a previsão do direito a um processo sem dilações indevidas. Antes mesmo da adesão brasileira ao referido pacto, a celeridade processual já se fazia presente, de forma implícita, nos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Aliás, a tempestividade na prestação da tutela jurisdicional não é exclusiva do nosso tempo e nem de nosso ordenamento jurídico. Jorge de Oliveira Vargas assinala que a preocupação de evitar a demora na prestação jurisdicional não é de agora; o direito a ter uma resposta do Judiciário em prazo razoável já foi consagrado

¹¹⁹ DIDIER JR. Fredie. Obra citada, p. 39.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 78.

na Magna Carta de 1215, denominada também de “A Grande Carta do Rei John”, em que consta, no § 40 que lhe foi agregado: “a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”¹²¹.

A partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004 a “razoável duração do processo” passou a ter *status* de direito fundamental autônomo, assegurada por norma de aplicação imediata.

Muito embora ainda exista discussão a respeito da aplicabilidade imediata do direito à tutela jurisdicional tempestiva, deve-se que ressaltar que o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal é claro ao estabelecer para a dúvida uma resposta positiva, pois prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona a respeito que:

[...] se, portanto, todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao 5.º, § 1.º, da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição¹²².

Nesta linha de pensamento também se enquadra a doutrina de André Ramos Tavares ao preconizar que o art. 5.º, § 1.º, da Constituição do Brasil prevê a eficácia plena dos dispositivos de direitos fundamentais: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais’ têm aplicação imediata”. A primeira leitura leva à conclusão de que esses direitos são, em sua totalidade, aplicáveis de imediato pelo aplicador do Direito, mas o dispositivo encontra-se sujeito a certa crítica e até a uma interpretação restritiva por parte da doutrina. Isso ocorre especialmente sobre o significado de “normas definidoras”, pois é condição necessária para a referida e desejada “aplicação imediata”. A redação impõe a aplicação imediata apenas para as normas definidoras de direitos¹²³.

¹²¹ VARGAS, Jorge de Oliveira. A Garantia Fundamental Contra a Demora no Julgamento dos Processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT. 2005. p. 343.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 34.

¹²³ TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 455-456.

Gisela Maria Bester, apresenta interessante apontamento a respeito:

Quanto à eficácia a aplicabilidade nas normas que contêm os direitos fundamentais, dependem elas muito do seu próprio enunciado. Nossa Constituição de 1988 é expressa sobre o assunto, quando estatui que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata' (art. 5.º, § 1.º). Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque, por outro lado, a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadradas dentre os direitos fundamentais. Isto porque os direitos fundamentais não se espartilham todos no art. 5.º, mas se espriam por alguns outros artigos da Constituição. E tais regras, ao mencionarem uma lei integradora, são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, necessitando serem aperfeiçoadas¹²⁴.

Por esse motivo, a referida autora, lembrando as lições de Gilmar Ferreira Mendes, ressalta a importância da atividade jurisdicional e a necessidade de adequada hermenêutica, por parte do magistrado, em cada caso concreto.

Como bem apontado por Gisela Maria Bester, importante ressaltar a relevância da atividade hermenêutica. A importância da interpretação do direito pelo magistrado é crucial para que, no caso específico da celeridade processual, utilize-se os meios mais adequados para proporcionar uma prestação jurisdicional tempestiva.

Cassio Scarpinella Bueno destaca, de forma precisa, essa imperiosa atividade:

Mais do que nunca, mesmo nos países de tradição 'romana-germânica', prega-se a imprescindibilidade da interpretação do direito para seu conhecimento derradeiro. É afirmação que, a cada dia, ganha mais adeptos, a de que a norma jurídica é o texto da lei interpretado e aplicado à luz dos fatos concretos. Não há, nestas condições, direito sem interpretação e sem aplicação. Interpretação e aplicação são, na realidade, uma só operação, analisada em dois momentos diversos. O que se põe a olhos vistos, portanto, é a necessidade de compatibilizar estas amplas e abertas formas de interpretação do direito com o que se espera de uma decisão jurisdicional. Como a qualidade das normas jurídicas – a 'matéria-prima' do direito – alterou-se bastante daquilo que, tradicionalmente, era reconhecido como objeto de norma jurídica ou, quando menos, passível de uma regulação jurídica, não há como evitar, claramente, que se pergunte em que condições concretas a tradicional formação de um magistrado tem condições de lhe oferecer, com os resultados que se fazem necessários, condições concretas e subjetivas de ele, magistrado, interpretar e, conseqüentemente, aplicar o direito levando em conta dados, elementos, dificuldades que, com certeza, não são de seu conhecimento técnico.¹²⁵

¹²⁴ BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 605.

¹²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 65-66. Também neste sentido, STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro:

Nesta linha de pensamento, tem-se que a previsão do direito a uma atividade jurisdicional tempestiva, por já ser ele intrínseco aos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana e pelos motivos já enunciados, efetivamente possuem aplicabilidade imediata.

Por isso, Fredie Didier Jr ressalta que lembrar os referidos dispositivos é de pouca utilidade, uma vez que “a discussão sobre a existência ou não deste direito fundamental acabou, tendo atualmente utilidade meramente histórica”¹²⁶.

A relação tempo-processo sempre preocupou os operadores do direito, conforme lembra Horácio Wanderlei Rodrigues:

No contexto do direito de acesso à justiça, uma questão assume hoje lugar de destaque: o tempo de duração do processo. O Estado contemporâneo se caracteriza, em especial, pela sua função social – o seu objetivo é assegurar o bem comum, realizar a justiça social. E no exercício de sua atividade jurisdicional, esse escopo também se mantém. A demora na prestação jurisdicional é descumprimento absoluto da sua função social. Não há justiça social quando o Estado, por meio do Poder Judiciário, não consegue dar uma pronta e efetiva resposta às demandas que lhe são apresentadas. Assim, cumpre ao ordenamento atender, da forma mais completa e eficiente, o pedido daquele que exercer o seu direito à prestação jurisdicional(...) O processo não apenas deve se preocupar em garantir a satisfação jurídica das partes, mas principalmente, para que essa resposta aos jurisdicionados seja justa, é imprescindível que se faça em um espaço de tempo compatível com a natureza do objeto litigado. Do contrário, torna-se utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito¹²⁷.

O autor vai além e ressalta que a morosidade da justiça, além de configurar ofensa a direito fundamental do ser humano ao acesso à justiça, entendido como o direito à prestação da justiça de maneira efetiva – justa, completa e eficiente, pronta e objetiva –, é causa de inúmeros outros ônus sociais, como os encargos contratuais, as dificuldades de financiamentos e investimentos e as lesões aos direitos do consumidor¹²⁸.

Para se obter a tão almejada efetividade processual, mister um aprofundamento no estudo dos obstáculos que impedem sua realização, buscando meios eficientes para eliminá-los. A partir dessa visão, tem-se que a celeridade processual está diretamente ligada à efetividade.

Forense. 2003; STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹²⁶ DIDIER JR, Fredie. Obra citada, p. 40.

¹²⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Obra citada, p. 284-285.

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 285.

Não se pode mais admitir o tradicional conceito de direito de ação como o simples acesso à justiça, pois somente este, por si só, não é capaz de proporcionar a satisfação daquele que bate à porta do Judiciário. É necessário que o Estado, além possibilitar o acesso à tutela jurisdicional, também coloque à disposição do jurisdicionado instrumentos capazes de fazer com que esse direito constitucional seja pleno, útil e eficaz.

Como salienta José Rogério Cruz e Tucci, para a real efetividade processual, imperiosa se faz a “garantia do processo sem dilações indevidas”¹²⁹. Suas palavras são oportunas:

Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça [...]. É, pois, preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado fonte perene de decepções. Assim, incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa [...]. Para isso, é de suma relevância que o processo civil disponha de mecanismos aptos a realizar a função institucional que lhe toca, qual seja, a de assegurar ao jurisdicionado que tenha razão praticamente aquilo e exatamente aquilo que, por ventura, tenha direito de receber. Na verdade, as legislações processuais modernas devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo. Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva¹³⁰.

O referido autor estabelece ser fora de questão que a oportunidade de provimento – a *tempestività* a que se referem os italianos, como resultado do equilíbrio entre os tempos de progresso e tempos de espera – (*tempi di sviluppo* e *tempi di attesta*) – constitui um dos primordiais elementos para determinar o grau de eficiência dos tribunais. Em suma, o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que esta resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Não se pode olvidar, nesse

¹²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT. 1999, p. 234.

¹³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, p. 234-235.

particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (tempo fisiológico), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (tempo patológico). Garante Cruz e Tucci que, obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional¹³¹.

A celeridade há muito tempo vem sendo considerada uma das premissas processuais e um dos principais objetivos a ser alcançado durante o desenvolvimento procedimental. Antes mesmo de ser elevada a direito fundamental com a Emenda Constitucional n.º 45/04, a “razoável duração do processo” já vinha sendo exigida como direito básico do direito processual e pressuposto lógico do princípio da efetividade. A morosidade do Judiciário constitui problema muito mais amplo: ela ultrapassa o interesse das partes envolvidas e se constitui como ferida social, na medida em que o Estado não resolve a atividade a que se propõe de forma adequada e eficiente. O resultado é uma insegurança generalizada e uma descrença no Poder Judiciário, que, sozinho, todavia, não é responsável pela demora na prestação da atividade jurisdicional. Por isso, sempre se fez imperiosa a idéia de celeridade como fator determinante para a consecução plena do acesso à Justiça. Antes da referida emenda constitucional, como já foi salientado, a rapidez nos julgamentos já era erigida a direito fundamental do cidadão. Isso, como explica Gisela Maria Bester¹³², em razão do já citado fenômeno do “bloco de constitucionalidade”. Tal fenômeno designa normas que não estão inseridas no corpo constitucional, mas que, por sua relevância e indivisibilidade dos demais direitos inseridos na Constituição Federal (daí porque ser denominado “bloco”), adquirem *status* constitucional, devendo ser interpretados, aplicados e respeitados como tais. Assim, a celeridade, ainda que não prevista expressamente na Constituição, sempre esteve implícita em vários princípios constitucionais do Processo Civil.

O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, ou Princípio do Acesso à Justiça, traz em si a idéia de celeridade, pois como foi visto anteriormente,

¹³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, p. 236-237.

¹³² BESTER, Gisela Maria. Obra citada, p. 78.

o simples acesso não é suficiente para satisfazer o direito daquele que pede a proteção do Judiciário. A celeridade também está intimamente ligada ao Princípio do Devido Processo Legal, que é considerado o grande princípio constitucional processual, do qual derivam todos os demais¹³³. Desta forma, apesar de não fazer parte do rol constitucional antes da referida emenda, doutrina e jurisprudência sempre caminharam de mãos dadas no sentido de considerar a celeridade processual como direito fundamental do cidadão.

A relevância da previsão em sede infraconstitucional também demonstra a preocupação com o tempo do processo. O próprio Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 125, II, o dever do juiz “velar pela rápida solução do litígio”. Também enaltece a celeridade processual o seu art. 133, II, ao indicar a responsabilidade civil do juiz, quando este “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Patrícia Elache Gonçalves dos Reis, em seu trabalho referente à razoável duração do processo, explana a posição do STF acerca do “bloco de constitucionalidade”:

[...] projeta-se para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionados a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, deste modo, e em função das perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global¹³⁴.

E, na seqüência, posiciona-se a respeito, afirmando que uma vez que o STF considerou a possibilidade de normas infraconstitucionais fazerem parte do bloco de

¹³³ Nelson Nery Junior explica: “O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente ‘que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5.º, n. LIV). Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of Law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do ‘devido processo legal’ o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular” (NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 32-33).

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 595, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2002 apud REIS, Patrícia Elache Gonçalves dos. *A Razoável Duração do Processo como Novo Direito Fundamental Segundo a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito, [Orientadora: Profa. Dra. Gisela Maria Bester]. Faculdade de Direito de Curitiba. 2006, p. 52.

constitucionalidade, desde que aptas a desenvolver preceitos contidos na Constituição Federal, pode-se afirmar, por fim, com o apoio desse tribunal supremo, que a celeridade processual, por estar prevista de maneira expressa, como, por exemplo, no art. 125, II, do Código de Processo Civil e no art. 2.º da Lei 9.099/95, ou implícita, como nos princípios da economia processual e do devido processo legal, já tinha caráter materialmente constitucional antes mesmo de a Emenda Constitucional n.º 45 intitulá-la como direito fundamental das pessoas¹³⁵.

Sem sombra de dúvidas, a prestação da atividade jurisdicional em “tempo razoável” é um direito fundamental do cidadão e sempre o foi, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional n.º 45. A celeridade, como já foi analisado, é conseqüência lógica do acesso à justiça e do devido processo legal.

Em outra passagem do seu texto intitulado “Garantia do Processo sem Dilações Indevidas”, Cruz e Tucci também pondera a nítida ligação entre a celeridade e o devido processo legal, reconhecendo que não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado, sintetizando que, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em leis previstas. Explana o autor que se desdobram estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável. Conclui que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º, CF)¹³⁶.

¹³⁵ REIS, Patrícia Elache Gonçalves dos. Obra citada, p. 52.

¹³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, p. 259-260.

Tem-se, portanto, que o direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas sempre foi objeto de estudo e alvo de obtenção para aqueles que buscam a efetividade processual.

Mesmo anteriormente a sua alçada a princípio constitucional, a celeridade do processo já se fazia presente, implicitamente, em outros direitos fundamentais constitucionais, entre eles a inafastabilidade do controle jurisdicional, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Acrescente-se, ainda, como já analisado, a previsão da “razoável duração do processo” no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, além de previsões expressas no Código de Processo Civil no que diz respeito aos deveres do juiz e às conseqüências de suas atividades contrárias à obtenção da celeridade processual.

É necessária uma atividade positiva do Estado no sentido de proporcionar aos jurisdicionados mecanismos aptos a promover a celeridade processual sem prejudicar, entretanto, demais direitos fundamentais do processo civil, como o direito ao contraditório e à ampla defesa e aos recursos (em que pese aquela parcela da doutrina que não considera o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional). Estes fenômenos, como se sabe, por certo são obstáculos à consecução plena da tempestividade processual. Todavia, a celeridade não pode ser jamais um fim em si mesmo, mas como bem aponta Barbosa Moreira¹³⁷, ela deve ser buscada na medida em que seja realmente útil e não prejudique direitos fundamentais essenciais à prestação jurisdicional indevida.

Também o magistrado deve respeitar e primar pela prestação jurisdicional sem dilações indevidas. O princípio dispositivo deve ser mitigado para que o juiz possa ter atitude ativa perante a atividade processual¹³⁸, principalmente no que diz

¹³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 1-13.

¹³⁸ Importante lição pode ser retirada das considerações de José Roberto dos Santos Bedaque: “Estabelecida a premissa de que o sistema processual brasileiro confere poderes de iniciativa probatória ao julgador, necessário saber qual a natureza dessa situação processual. Afasta-se, de plano, a idéia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a realização da prova [...]. Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz desses regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Nesses casos, verificando haver subsunção da situação descrita pela parte a qualquer das hipóteses legais, não restará outra alternativa ao julgador, senão aplicara regra invocada [...]. Não tem o juiz, portanto, o poder de optar por uma entre várias soluções possíveis. Caso se verifiquem os pressupostos legais, a única alternativa é aquela prevista pela norma. É claro que quanto maior a imprecisão dos conceitos contidos na lei, tanto maior será a liberdade no exame desses requisitos. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial. Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função. Compete a ele interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, conferindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno. Afinal de contas, principalmente nas hipóteses de medidas de urgência, em apenas um

respeito à atividade probatória¹³⁹. Por ser o “condutor” do processo, em razão do princípio do impulso oficial, incumbe a ele a função de primar pelo desenrolar mais rápido da atividade jurisdicional.

Além disso, o acúmulo de processos não pode servir de desculpas para a inércia e omissão do julgador. Ninguém duvida da falta de aparelhamento do Poder Judiciário e das dificuldades encontradas pelos juízes no que diz respeito à atividade administrativa que também desenvolve às duras penas diante da inoperância da

ato, muitas vezes antes mesmo que o contraditório se efetive, poderá definir-se provisoriamente o resultado do processo. De qualquer modo, esse poder mais amplo do juiz, essa maior liberdade na determinação do sentido da norma, não significa discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais, existem requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial. Em última análise, deve-se distinguir poder discricionário de interpretação da lei, que consiste na busca da solução desejada pelo legislador, ou seja, daquela mais adequada à situação descrita no processo. Na verdade, há apenas uma solução correta, muito embora várias tecnicamente possíveis. Entre todas, cabe ao juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto [...]. Discricionariedade implica reconhecimento, pelo sistema jurídico, da possibilidade de adoção de duas ou mais soluções, cabendo ao ente público a opção por qualquer delas, pois todas são aceitas como legítimas, adequadas e corretas pelo Direito. Dentro desse limite estabelecido pela lei, está ele imune de controle. Ao interpretar a norma, o Poder Judiciário não age dessa forma, visto que, representando a visão de determinado integrante da função jurisdicional a respeito do fenômeno em exame, a decisão será sempre passível de impugnação, pois a solução adotada pode não ser a melhor, segundo entendimento de quem dela discorda. Esse ataque, manifestado pela via recursal, propiciará nova análise da situação, podendo levar a resultado diverso” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, pp. 147-152.)

¹³⁹ Mauro Cappelletti faz uma análise dos poderes instrutórios do juiz no direito comparado: “Um campo no qual os poderes do juiz civil, em alguns sistemas europeus ocidentais, assumem uma amplitude que aos juristas de *commom law* possa parecer talvez também excessiva é o da assunção das provas. Na Itália, juiz não pode assumir, *ex officio*, a prova testemunhal nem a documental, mas pode dispor de ofício uma inspeção de lugares e pode ordenar uma perícia; na Áustria, inclusive a prova testemunhal pode ser disposta pelo juiz sem requerimento da parte e assim também na França, depois da reforma de 22 de dezembro d 1958, e o mesmo deve-se dizer quanto ao processo civil suíço com base no código federal de 4 de dezembro de 1947 (art. 37). Isto produz assombros a muitos juízes anglo-americanos, mesmo quando autores como Wigmore e McCormick confirmam também nos Estados Unidos um poder de chamar testemunhas sem requerimento da parte: esta tese foi sempre, na verdade, escassamente seguida pela jurisprudência norte-americana em matéria civil, e foi desmentida pela *Court of Appeal* inglesa. Contudo, observe-se, mais uma vez, que tanto o juiz austríaco quanto o suíço e de outros países da Europa Ocidental, mesmo quando possam dispor de ofício de um meio de prova, não o podem fazer, sem embargo, mais do que com o objetivo de indagar se os fatos, espontaneamente, livremente alegados pelas partes, são verdadeiros. Não podem, pelo contrário – diferentemente dos juízes dos países socialistas –, dispor, *ex officio*, de meios de prova com o objetivo de descobrir fatos jurídicos diversos dos alegados pelas partes: não podem, por exemplo, levar a termo de ofício investigações com o objetivo de descobrir se um direito do autor já prescreveu, a menos que a prescrição tenha sido espontaneamente feita valer pelo demandado. Como já se explicou, é, pois, a consequência daquele princípio da exceção de parte que é, por sua vez, expressão do princípio dispositivo. Por isso, parece-nos que, propriamente falando, não é exato referir-se a um *inquisitory system os litigation* (sistema inquisitório de litigância, dado que o princípio inquisitório é exatamente, técnica e apropriadamente, o contrário, ou seja, a negação do princípio dispositivo, que continua, pelo contrário, válido no procedimento civil da Europa Ocidental. Acrescente-se, por fim, que, na prática, é bem mais pouco freqüente assumir provas de ofício, dado que é raro e anormal que a parte que alega um fato favorável a ela não peça também a assunção dos meios de prova dirigidos para demonstrar a sua verdade” (CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 60-62).

máquina estatal. Todavia, o magistrado engajado e preocupado com a realidade social, facilmente encontra meios criativos para driblar a ausência de contraprestação do Estado.

Não se pode esquecer também, e aqui reside uma importante observação no que diz respeito à efetividade processual, o preparo técnico e intelectual que deve possuir o magistrado. Sem conhecimento das técnicas e dos mecanismos processuais, dificilmente ele achará a solução rapidamente. Se, por exemplo, soubesse manejar com maestria os pressupostos processuais e as condições da ação, poderia de imediato (quando fosse o caso, é claro), extinguir o processo sem resolução do mérito, baseado no art. 267 do Código de Processo Civil. Mais ainda: o problema da interpretação por parte daquele que irá aplicar o direito. Como já analisado, interpretação e aplicação do direito estão intimamente ligados e, aquele que desconhece os métodos da hermenêutica jurídica (em especial a constitucional e a processual) conseqüentemente aplicará mal o direito em questão. Por óbvio não se pode fazer uma observação generalizada, mas a realidade fática e a prática demonstram a total falta de preparo e conhecimento de muitos juízes, que não raro cometem absurdos jurídicos passíveis de afetarem negativamente a realidade de todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição.

A celeridade processual traz a necessidade de se repensar os institutos processuais e as formas de sua interpretação e aplicação. O processo deve servir para a satisfação do indivíduo, devendo proporcionar aos litigantes a maior gama de garantias e proteções para que ele efetivamente obtenha tal satisfação. Neste sentido, a sociedade como um todo sente maior confiança no Poder Judiciário, sentindo-se seguro diante da certeza de que terá seu direito concretizado de forma efetiva, real e tempestiva.

1.4.1 TEMPESTIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A reforma constitucional promovida com a Emenda n.º 45/2004, a qual acrescenta o inciso LXXVIII ao seu art. 5.º, estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Neste sentido, a celeridade indica dupla perspectiva: a) a criação de um novo (em sentido formal, diga-se de passagem) direito fundamental e b) diretrizes a serem cumpridas pelo Judiciário¹⁴⁰.

Como direito fundamental, indica a previsão de uma razoável duração dos processos judiciais e administrativos, além de vislumbrar a necessidade de meios que garantam a celeridade de tramitação desses respectivos processos.

Cumprir ressaltar que tal inovação constitucional encontra-se apenas no plano formal, uma vez que, materialmente, a previsão da celeridade processual já se fazia registrada, ainda que de forma implícita, em outros dispositivos constitucionais, entre eles os direitos fundamentais do acesso à justiça, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Não é por outro motivo que André Ramos Tavares considera a inserção do referido inciso como inútil e desnecessária, pois “se todos têm direito a um devido processo legal, está nele inerente a necessidade de um processo com duração razoável, pela abertura conceitual daquela garantia plasmada constitucionalmente”¹⁴¹.

Infelizmente, a cultura constitucional brasileira exige a explicitação dos direitos e deveres, sendo que a sociedade, ao que parece, somente cumpre aquilo e exatamente aquilo que esteja previsto em lei. Tal realidade é resultado e problemas sociais, culturais e educacionais, levando-se em consideração a desinformação da população no que diz respeito aos seus direitos e obrigações. E mais: tal falta de conhecimento atinge também os operadores do direito. A desinformação e a falta de aprofundamento na hermenêutica jurídica e as técnicas constitucionais (e também processuais) atingem advogados, promotores e juízes. É um problema endêmico, longe de ser solucionado mediante a simples palavra da lei. Neste sentido, não haveria necessidade de tal inovação, simplesmente porque a previsão de uma tutela

¹⁴⁰ TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 649.

¹⁴¹ Idem, ibidem, p. 650.

tempestiva sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, bastando, para percebê-la, uma atividade adequada de interpretação.

De qualquer forma, o relevante é que a alteração constitucional significa que não existe possibilidade de se pensar o processo civil brasileiro sem levar em consideração o princípio da razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação, seja qual for o resultado prático produzido por este processo, o qual deve ser discutido à luz do princípio da “efetividade processual”¹⁴². Trata-se, portanto, de um princípio constitucional do direito processual civil e, desta forma, inderrogável por norma infraconstitucional e que, como tal independe de lei para ser implementado em todos os sentidos.

Todavia, vale, neste sentido, acrescentar que a preocupação constitucional se deu no sentido de se buscar a “razoável duração do processo”, mas não necessariamente, a celeridade processual. Isso porque, apesar de ser um conceito legal indeterminado, a “razoável duração do processo” indica um tempo mínimo para a realização dos atos processuais, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da qualidade na prestação jurisdicional¹⁴³. Em que pese tal afirmação, é inegável a importância da celeridade quando se fala em razoável duração.

Assim, pode-se concluir que a tempestividade defende, fundamentalmente, na análise de cada caso concreto, levando em conta as suas próprias características, peculiaridades e dificuldades. Ao processualista é dado “idealizar, em abstrato, as técnicas, as mais variadas e nos variados planos, para buscar um julgamento mais célere”¹⁴⁴.

Com efeito, como foi referido anteriormente, a previsão constitucional traça metas e diretrizes do Poder Judiciário, no sentido de proporcionar mecanismos para que a celeridade realmente seja operacionada. Tratam-se de elementos estruturais instrumentais, capazes, de certa forma, de viabilizar o direito fundamental da prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Várias são as propostas apresentadas pela doutrina. As alternativas são inúmeras e não se esgotam neste rol: (a) redução do número de processos pela redução do número de recursos; (b) aplicação da súmula vinculante; (c) adoção do rito sumário como rito padrão no

¹⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 142.

¹⁴³ TAVARES, André Ramos, Obra citada, p. 650.

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 143.

processo de conhecimento; (d) penhora *on line* e a penhora de faturamento de empresas; (e) realização de atos processuais por meios eletrônicos; (f) a destinação das custas e dos emolumentos judiciais ao custeio dos servidores afetos às atividades da própria justiça; (g) possibilidade de descentralização dos Tribunais de Justiça dos Estados com “câmaras regionais”, a exemplo do que já ocorre com os Tribunais Regionais do trabalho; (h) criação de novos cargos e maior aparelhamento do Poder Judiciário; (i) atuação do Conselho Nacional de Justiça; (j) atividade jurisdicional ininterrupta, com o fim das férias coletivas; (l) distribuição imediata de processo em todos os graus de jurisdição; (m) aplicação da Justiça itinerante; (n) maior utilização da litigiosidade contida; (o) possibilidade de despachos ordinatórios do processo pelos serventuários da Justiça; (p) aplicação do sincretismo processual, cujo núcleo constitui objeto da presente monografia; entre outras sugestões.

Todas as alternativas para a promoção da celeridade devem ser consideradas, avaliando-se a viabilidade de cada proposta, sem que nenhuma prejudique demais direitos fundamentais processuais, dentre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Conforme anteriormente analisado, a celeridade não basta em si mesma. Um processo rápido não equivale a um processo justo, efetivo e adequado. A celeridade somente terá valia se, fática e juridicamente, preservar todos os direitos materiais e processuais invocados pelo jurisdicionado. Cassio Scarpinella Bueno destaca que o dispositivo em estudo não deve ser entendido como se a busca por um julgamento mais célere, mais ágil, reconhecendo-se os meios necessários para a obtenção desta finalidade, pudesse, de forma generalizada, colocar em risco o ideal de segurança jurídica que o princípio do devido processo legal e do contraditório impõem.¹⁴⁵ O autor ressalta que também aqui a idéia de necessária preponderância entre os diversos princípios constitucionais do processo civil deve ser levada em conta adequadamente em cada caso concreto, sempre impondo ao magistrado e, mais amplamente, ao intérprete e ao estudioso do direito processual civil, a necessária fundamentação das suas escolhas e das razões que conduziram a ela¹⁴⁶.

Todavia, grande parcela da doutrina se mostra desconfiada acerca aplicabilidade de tal dispositivo constitucional.

¹⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 146.

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*, p.146.

Mencionou-se anteriormente que o direito à razoável duração do processo, como direito fundamental do cidadão, possui aplicabilidade imediata. Todavia, tal afirmativa se mostra positiva no plano jurídico. Já no plano fático há maior preocupação a respeito da aplicação prática e real do referido dispositivo. Neste sentido é que se preocupam estudiosos sobre o tema, dentre eles Flávio Luiz Yarshell, se a norma não passa de uma promessa vã, e que, diante de uma realidade de anos e anos de espera pela distribuição de um recurso, por exemplo, “soa como um escárnio em relação ao jurisdicionado, de quem se subtraiu o poder de fazer justiça pelas próprias mãos e de quem são cobrados tributos, inclusive taxa judiciária”¹⁴⁷.

Barbosa Moreira, referindo-se à expressa previsão constitucional da celeridade processual e sua aplicabilidade¹⁴⁸, explana:

Não se trata de novidade absoluta no ordenamento brasileiro: o art. 8.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de San José da Costa Rica, de que é signatário o nosso país, estabelece, na parte inicial, que ‘toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente’. Importa verificar que significa a elevação da norma ao nível constitucional. Para não relegá-la ao plano das simples ‘normas programáticas’, sem impacto direto na realidade, deve-se cogitar, ao meu ver, de pelo menos duas conseqüências primaciais: 1.ª) será incompatível com a Carta da República, e portanto inválida, qualquer lei de cuja aplicação haja de decorrer claro detrimento à garantia instituída no texto; 2.ª) a violação da norma, por parte do Poder Público, acarretará a responsabilidade deste pelos danos patrimoniais e morais ocorridos. Só haverá o risco de que, multiplicando-se os pleitos desse, fiquem ainda mais congestionadas as vias judiciais e, com isso, mais se entorpeça o andamento dos processos [...] ¹⁴⁹

¹⁴⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. A Reforma do Judiciário e a Promessa de “Duração Razoável do Processo” apud TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 651.

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional n.º 45 e o Processo. In: _____. *Temas de Direito Processual* – Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹⁴⁹ Pegando carona no raciocínio de Barbosa Moreira, vale destacar, ainda que não seja objeto do presente estudo, a questão referente à responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Nesse sentido, valiosas são as lições de Jorge de Oliveira Vargas: “O serviço judiciário consiste, incontestavelmente, em um serviço público, imposto aos cidadãos pelo Estado, que deve zelar por um certo grau de perfeição tanto na sua organização quanto no seu funcionamento, bem como responder pelos danos acaso daí provenientes. Por isso, pode-se dizer que a responsabilidade do Estado por atos judiciais, nestes catalogados também os jurisdicionais, é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público. O magistrado, como operador deste serviço estatal, é um agente público, age em nome do Estado – este tirando proveito da atividade daquele. Os atos do juiz são, pois, diretamente imputáveis ao Estado, que tem o dever de responder por suas conseqüências”. O autor, ainda antes da reforma constitucional que incluiu a aplicação do art. 8.º do Pacto de San José da Costa Rica: “Esta disposição passou a fazer parte de nossa organização jurídica, por força do mencionado § 2.º (‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’) e é auto-aplicável a teor do § 1.º do art. 5.º. Veio complementar o princípio do acesso à justiça. Não se pode mais alegar que

Assim, também entende pela aplicabilidade imediata José de Oliveira Vargas, para quem, pelo teor do art. 5.º, LXXVIII, chega-se facilmente a conclusão de que se trata de norma de eficácia plena e, como toda garantia fundamental, de aplicação imediata. Desta forma, o autor conclui que sendo uma garantia constitucional fundamental de eficácia plena, que deve ser lida em conjunto com os princípios de acesso aos tribunais e o da eficiência, o direito do jurisdicionado a uma tutela jurisdicional tempestiva não pode ser considerado letra morta, sem qualquer consequência. Sugere, então, em caso de seu desrespeito, a imposição de uma sanção¹⁵⁰.

Por seu turno, André Ramos Tavares se mostra descrente com relação ao respeito e obediência à norma em tela:

Uma vez que as condições estruturais do sistema judiciário não podem ser alteradas por um passe de mágica, pois o legislador ‘todo-poderoso’ não passa de uma ilusão abstratamente concebida pelas revoluções burguesas do final do século XVIII, reforça-se a desconfiança na efetividade desse novo direito. Assim, esses direitos, ainda que de natureza especial, desacompanhados de outras medidas (até fáticas) que lhes confirmem sustentação e realizabilidade, acabarão ecoando no vazio, como um conjunto de palavras estéreis, com a agravante de fragilizarem ainda mais a imagem do Poder Judiciário (e, eventualmente, da Constituição, aprofundando a crise de constitucionalidade) ante a população, especialmente no caso de este não apresentar as respostas que estão pressupostas (pelo senso comum) no direito fundamental ‘a razoável duração do processo’. Some-se a isso a banalização que se promove ao inserir uma especificação de algo que já se deveria considerar inerente à cláusula constitucional do devido processo legal, e que nada mais é do que parte daquela crise de constitucionalidade já referida¹⁵¹.

Na verdade, o problema de se atingir a propalada “razoável duração do processo” é muito mais complexo do aparenta ser. Como lembrado anteriormente, não será num “pisar de olhos” que todos os obstáculos terão desaparecido.

inexiste legislação específica a respeito da obrigatoriedade da prestação de uma tutela tempestiva... O que significa dizer que o Estado que adere ao Pacto se compromete a adaptar sua legislação interna para que o exercício dos direitos ali consagrados se torne efetivo. Se não houvesse dispositivo legal aplicável para garantir a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável, o Estado não poderia alegar esta omissão para excluir sua responsabilidade, pois é princípio de direito secularmente consagrado que a ninguém é dado alegar seu favor a sua própria torpeza. Mas, como já ficou demonstrado, nós temos dispositivos constitucionais e auto-aplicáveis que garantem o exercício do direito a uma jurisdição tempestiva” (VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 73-84).

¹⁵⁰ VARGAS, Jorge de Oliveira. A Garantia Fundamental Contra a Demora no Julgamento dos Processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005. p. 345.

¹⁵¹ TAVARES, André Ramos. Obra citada, p. 651.

Tal situação deve ser analisada de forma extremamente aprofundada, com o máximo de engajamento, seja do Estado, de toda a sociedade, dos operadores do direito e inclusive dos litigantes. Para que algo se materialize, necessário o comprometimento de todos e a segurança de que realmente o dispositivo constitucional será cumprido.

Interessante, assim, a posição de Jônatas Moreira de Paula, para quem a celeridade processual deve ser encarada sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo¹⁵². Para entender tal proposta, necessária a compreensão das três dimensões por ele traçadas¹⁵³. A primeira dimensão é a **procedimental**, ou seja, a “endoface” do processo, entendida como o conjunto de atos, sucessivos e organizados entre si, que regulamentam as atividades das partes, do terceiro interveniente, de seus respectivos advogados, do juiz, do Ministério Público e dos auxiliares da justiça, na busca do julgamento apto a produzir a coisa julgada. Nesta dimensão se encaixam temas como o acesso à justiça, técnicas processuais de sumarização da lide, inovações procedimentais na relação processual e nos recursos, ampliação dos efeitos da sentença/acórdão e dos limites subjetivos da coisa julgada e todos aqueles que dizem respeito à utilização pura das normas processuais. A segunda dimensão é a **instrumental**, referente à “periface” do processo, com nítida característica teleológica. Em outras palavras, tal dimensão tem como foco os resultados que advirão de sua formação e desenvolvimento. Neste sentido, tem-se que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de pacificação social e de satisfação do direito material alegado e questionado em juízo. Por isso, enquadram-se nessa dimensão os temas referentes à efetividade do processo e a satisfação de direitos materiais (e, por isto mesmo, ocorre neste campo a interdisciplinaridade do direito processual civil com outros ramos do direito). A terceira dimensão, **política** muito embora não desenvolvida plenamente, encontrando-se ainda em fase embrionária, analisa o processo como instrumento de jurisdição e esta como resultado lógico da soberania estatal. Busca tal dimensão os escopos indicados pelo art. 3.º da Constituição Federal. Neste sentido, a ela estão intrínsecos temas ligados à filosofia do direito, ciência política e sociologia. Se o

¹⁵² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e Celeridade Processual sob a Perspectiva da Tridimensionalidade do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT. 2005. p. 331.

¹⁵³ Neste sentido, ver também PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social – Revitalizando as Regras do Jogo Democrático*. São Paulo: Manole. 2002, p. 46-50.

Estado decorre de um consenso político, a jurisdição e, conseqüentemente, o processo são instrumentos de realização deste consenso político, compreendido, portanto, como a pacificação social¹⁵⁴.

Conforme explica o autor, para se obter a conceituação de processo, ainda que existam variações conceituais no plano ontológico e teleológico entre as três dimensões processuais, pode-se verificar que todas possuem em comum a pacificação social, mediante a realização de direitos e sua respectiva efetivação. Portanto, alude Moreira de Paula ser absolutamente possível e plausível utilizar esses conceitos e examiná-los à luz da Reforma do Poder Judiciário e da celeridade processual¹⁵⁵.

Com relação à celeridade processual, também se pode analisá-la sob o enfoque das três dimensões processuais mencionadas, ainda que, à primeira vista, a Emenda Constitucional n.º 45/2005 nos direcione para o plano da dimensão política do Estado, uma vez que trata a Jurisdição como instituição. Todavia, não existem maiores dificuldades em reconhecer as dimensões procedimental e instrumental no tema referente à celeridade. Procedimental porque a celeridade compõe a estrutura dos procedimentos, determinando a dinâmica processual. E instrumental porque influenciará diretamente no tempo de formação, desenvolvimento e realização do direito¹⁵⁶.

Outro assunto delineado por Moreira de Paula refere-se ao exame da celeridade processual como categoria e como ideologia do processo. Para ele, ambos qualificativos devem ser dados à celeridade do processo. Isto porque a celeridade surge como categoria do processo quando é invocado como fundamento ou como norma a ser seguida em determinada estrutura procedimental, como, por exemplo, na situação em que se normatiza um procedimento sumário, ou se invoca a celeridade processual como princípio a ser observado, a celeridade surge como categoria deste conhecimento jurídico, uma vez que determina condições e limites, além de estabelecer as suas possibilidades de realização dentro do direito processual. Ao surgir como ideologia, em seu aspecto positivo, a celeridade é invocada para justificar um conhecimento jurídico. Neste sentido, a ideologia se

¹⁵⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do Poder Judiciário e Celeridade Processual sob a Perspectiva da Tridimensionalidade do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). Obra citada, p. 331-332.

¹⁵⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Obra citada, p. 332.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p.332.

manifesta sob seu aspecto positivo¹⁵⁷, como nos exemplos da instituição dos Juizados Especiais, da introdução da tutela antecipada e da ação monitória.

A celeridade processual, a partir da Reforma do Judiciário, tornou-se direito fundamental do litigante, sendo tratada como categoria e como ideologia positiva. Conforme frisado anteriormente, o tempo do processo deverá ser informado por uma razoável duração, mas sempre buscando meios que conferem a celeridade processual.

Para Jônatas Moreira de Paula, em razão da inexistência de previsão de qualquer sanção processual em razão da morosidade processual, a regra prevista no art. 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal possui muito mais características de norma programática, ou seja, como norma que estabelece a diretiva celeridade processual que deverá ser seguida por todos os agentes do Poder Judiciário, especialmente o magistrado.

Nesta linha de pensamento, o autor apresenta seu posicionamento:

Com essa assertiva, procura-se retirar da práxis forense a concepção de que o tempo é fator gerador da justiça, em virtude da nefasta idéia de que somente o tempo trará a justiça. A produção da justiça se faz mediante manifestação da jurisdição no processo e não por decurso de tempo. Por isso, a celeridade processual, como norma programática, atua nas três dimensões do processo. Na dimensão procedimental, porque a celeridade processual impõe respeito à dinâmica processual e aos prazos processuais; na dimensão instrumental, porque a celeridade processual estabelece como direito fundamental do litigante um razoável tempo para formação e efetivação dos direitos; na dimensão política, porque a celeridade processual se apresenta também como objetivo institucional da jurisdição. Mais do que nunca, a categoria realça a celeridade processual como norma programática¹⁵⁸.

Em que pese a discussão acerca da eficácia e da aplicabilidade da norma que garante a “razoável duração do processo”, importante a reavaliação de toda sistemática processual no sentido de se promover, por meio da celeridade, a efetividade processual. Em todos os seus aspectos, a garantia de um processo sem dilações indevidas deve ser respeitada ao extremo. Necessário o empenho de todos

¹⁵⁷ Jônatas Moreira de Paula explica a ideologia em seu aspecto negativo, a qual acaba por ocultar uma situação presente em benefício de quem detém o poder ou de restritos grupos entorno do poder, mas em detrimento de interesses maiores ou valores socialmente relevantes. Por isso, a morosidade do processo não só provoca uma crise da função jurisdicional, como também acaba por beneficiar certos grupos de litigantes (leia-se, sobremaneira, os órgãos públicos). Assim, a celeridade processual foi invocada para combater a morosidade processual, e exemplos claros podem ser constatados com o efeito vinculante de decisão em matéria constitucional do STF (CF, art. 102, § 2.º) e na adoção da súmula vinculante (CF, art. 103-A) (Idem, ibidem, p. 333).

¹⁵⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Obra citada, p. 333-334.

os setores envolvidos na promoção da justiça, para que não ocorram frustrações sociais, econômicas e, inclusive, emocionais e psíquicas. A demora na prestação jurisdicional leva as pessoas, muitas vezes, a desistir de buscar seu direito em juízo, optando pela litigiosidade contida ou “fazendo justiça” com as próprias mãos, com conseqüências imprevisíveis e muitas vezes desastrosas, em ambos os casos, diante dos excessos cometidos. Daí se dizer que a garantia constitucional da prestação jurisdicional em prazo razoável está intimamente atrelada a do acesso à justiça e a da efetividade processual, uma vez que demonstra a necessidade de este serviço público ser real e adequado. Portanto, como serviço público que é, a prestação jurisdicional não admite dilações indevidas, decorrentes da desorganização judiciária.

1.4.2 DIGRESSÕES CONCEITUAIS A RESPEITO DA “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO”

A terminologia empregada pelo legislador na Reforma do Judiciário abre espaço para possíveis e diferentes interpretações.

A Constituição Federal, ao estabelecer, em seu art. 5.º, LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, dá ensejo à seguinte indagação: o que significa, efetivamente, “razoável duração do processo”? E possibilita não só essa, mas várias questões referentes ao tema. A “razoável duração” diz respeito ao **tempo** do processo ou à **forma** com que este é disposto no exercício da atividade jurisdicional? Seria a previsão de um processo rápido, ainda que algumas fases procedimentais necessárias sejam subtraídas? Quem deve promover a tal duração razoável: somente o juiz ou também as partes? São questionamentos pertinentes, que, na prática forense, intrigam a maioria dos operadores do direito.

A “razoável do processo” é termo vago e impreciso. Assim, remonta-se à idéia de ser tal terminologia um conceito legal indeterminado.

Conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, conceitos legais indeterminados são palavras e expressões indicadas na lei, de conteúdo e

extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Explicam os autores que os conceitos legais indeterminados sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa, cabendo ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Uma vez preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Assim, a lei enuncia o conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas¹⁵⁹. Entre alguns exemplos, pode-se citar “ordem pública e bons costumes”, para caracterizar a ilicitude da condição que os ofenda (art. 122 do Código Civil); “atividade de risco”, para caracterizar responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do Código Civil); “caso de urgência” (art. 251, parágrafo único, do Código Civil); “perigo iminente”, como excludente de ilicitude ao ato (art. 188, II, do Código Civil) etc. Diante de tais circunstâncias, o preenchimento de sua indeterminação será feito pelo juiz por meio de valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, o que transforma o conceito legal indeterminado em conceito determinado pela função¹⁶⁰. Portanto, os conceitos legais indeterminados são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. O magistrado, ao preencher o seu conteúdo valorativo, decidirá de acordo com a conseqüência previamente estabelecida pela lei.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, os dispositivos legais estão repletos de termos abertos, vagos ou indeterminados¹⁶¹. São expressões de “contornos semânticos flexíveis”¹⁶², conferindo ao juiz maior poder na concretização

¹⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT. 2003, p. 141.

¹⁶⁰ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam a transformação dos conceitos legais indeterminados em conceitos legais determinados pela função: “Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos legais determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem para propiciar e garantir a aplicação correta, eqüitativa do preceito ao caso concreto. Nos conteúdos das idéias de boa-fé (CC 422), bons costumes (CC 187), ilicitude (CC 186), abuso de direito (CC 187) etc., está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deverá dar concreção aos referidos conceitos, atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso de direito no caso concreto. Vale dizer, o juiz torna concretos, vivos, determinando-os pela função, os denominados conceitos legais indeterminados. São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Obra citada, p. 142.

¹⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Obra citada, p. 147.

¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. As Reformas do Código de Processo Civil: Condições de uma Avaliação Objetiva. In: _____. *Temas de Direito Processual – Sexta Série*. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 8.

da regra. Sempre que esse fenômeno ocorre, cresce o papel do intérprete, a quem cabe adequar a letra da lei à realidade. Bedaque aduz que, quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador, que não deve, todavia, ser confundida com poder discricionário atribuído ao juiz¹⁶³.

Tem-se, a partir da elucidação do significado de conceito legal indeterminado, que a denominada “razoável duração do processo” deve ser qualificada como tal, precisando da apreciação e valoração, no caso concreto, do magistrado.

Para Alessandra Mendes Spalding, a indagação a respeito do que se pode considerar “razoável duração do processo” não é muito fácil de ser respondida, pois há tempos que os operadores do direito, bem como os demais integrantes da sociedade, vêm se manifestando no sentido de que a duração em média de um processo no Brasil extrapola o limite do razoável e gera aos jurisdicionados flagrante sensação de injustiça e descrença. Ressalta, como a maioria da doutrina processualista, que o termo **razoável** inegavelmente pode ser considerado um conceito indeterminado e aberto¹⁶⁴.

A autora, aliada a nomes consagrados na doutrina pátria¹⁶⁵, relembra que a preocupação com a demora na prestação jurisdicional não é exclusividade de nosso país. Portanto, outros sistemas jurídicos estrangeiros também vêm mostrando preocupados com esse problema, introduzindo em seus ordenamentos jurídicos normas para tentar garantir que um processo tramite durante um *razoável* tempo¹⁶⁶.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci, em sua obra “Garantias Constitucionais do Processo Civil”, já havia analisado a celeridade no direito comparado, destacando o estudo realizado pela *American Bar Association* nos Estados Unidos. Conforme alega, a *American Bar Association* publicou uma tabela constando o tempo tolerável de duração dos processos na Justiça norte-americana. De acordo com tal tabela, 90% dos casos cíveis deveriam ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses, e os outros 10% restantes, devido a situações

¹⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Obra citada, p. 148.

¹⁶⁴ SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5.º da CF Inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT. 2005, pp. 36-37.

¹⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In: _____. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva. 2004, pp. 1-13.

¹⁶⁶ SPALDING, Alessandra Mendes, Obra citada, p. 37.

excepcionais, poderiam levar até 24 meses; os casos cíveis sumários processados perante os juizados de pequenas causas deveriam levar no máximo 30 dias; e 90% das relações domésticas também no prazo de 30 dias. Ressalta, ainda, que o direito norte-americano prevê a prestação da tutela jurisdicional tempestiva em sua 6ª Emenda à Constituição, denominada pela doutrina americana de *speedy trial clause*, ou seja, “cláusula do julgamento rápido”¹⁶⁷.

Cruz e Tucci destaca também a preocupação do ordenamento legal do Canadá com a prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Ele cita a Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982, que em seu art. 11, b, preconiza que “toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um ‘prazo razoável’”. Alega que, para a doutrina daquela nação, o direito à rápida prestação jurisdicional deve ser aferido a partir da análise: a) da identificação do interesse que esse direito visa a proteger; b) da determinação dos beneficiários do direito e da relevância da demora; c) dos vários fatores que devem ser considerados para se verificar se a demora é injustificada; e d) dos remédios apropriados para combater a violação a tal direito¹⁶⁸.

Para Cruz e Tucci, efetivou-se, ao longo do tempo, a necessária exegese da abrangência do dispositivo em apreço, tendo-se, unanimemente, como *dilações indevidas*, os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários¹⁶⁹. Por isso mesmo, “impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações à garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”¹⁷⁰.

Ele aponta posicionamento jurisprudencial da Corte Européia dos Direitos do Homem, a qual define três critérios que, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo. Conseqüentemente, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual, analisando-se: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus

¹⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, p. 249.

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p, 251.

¹⁶⁹ Idem, ibidem, p, 238.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p, 239.

procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e c) a atuação do órgão jurisdicional¹⁷¹.

E, reconhecendo o termo “dilações indevidas” como conceito legal indeterminado, de conteúdo vago e impreciso, admite a possibilidade de considerá-lo como o simples desprezo dos prazos processuais pré-fixados. Portanto, será o caso concreto o responsável pela avaliação do real significado de “razoável duração do processo”. Mas Cruz e Tucci faz uma ressalva, alegando que não poderão ser taxadas de “indevidas” as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, produz incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes. Reforça, ainda, que é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. O acúmulo de processos e o excesso de trabalho não podem ser considerados justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional¹⁷².

Desta forma, uma das maneiras mais corretas de se chegar a uma razoável duração, necessário exigir, tanto do Poder Judiciário como dos demais Poderes ao julgar pedidos em procedimentos administrativos, que os mesmos cumpram os prazos estabelecidos no próprio ordenamento jurídico. E relembra que, mesmo sendo considerados pela doutrina como prazos impróprios, insuscetíveis de preclusão, é o mínimo que se exige para que a tutela seja considerada tempestiva e sem dilações indevidas¹⁷³.

Para se chegar ao prazo razoável estabelecido para a duração do processo, pode-se tomar como exemplo a soma dos prazos de cada fase do procedimento ordinário, desde o seu ajuizamento até a prolação da sentença que encerra a fase cognitiva do processo em primeiro grau de jurisdição. A referida autora faz um cálculo baseado neste rito¹⁷⁴, cujo resultado reproduz-se no presente trabalho com a seguinte tabela:

¹⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Obra citada, p. 239.

¹⁷² Idem, ibidem, p, 240.

¹⁷³ SPALDING, Alessandra Mendes. Obra citada, p. 37.

¹⁷⁴ Idem, ibidem, p. 38.

Ato Processual	Dispositivo do CPC	Prazo
Petição Inicial	art. 282	-
Conclusão	art. 190	24h
Despacho do Juiz *	art. 189, I	02 dias
Cumprimento do Despacho	art. 190	48h
Resposta do Réu	art. 297	15 dias
Conclusão	art. 190	24h
Despacho do Juiz**	art. 189, I	02 dias
Cumprimento do Despacho	art. 190	48h
Impugnação à Contestação	art. 327	10 dias
Conclusão	art. 190	24h
Despacho do Juiz***	art. 189, I	02 dias
Audiência Preliminar	art. 331	30 dias
Cumprimento do Despacho	art. 190	48h
Audiência de Instrução e Julgamento****	art. 331	30 dias
Alegações Finais	art. 454 §3º	20 dias
Conclusão	art. 190	24h
Sentença	art. 456	10 dias
Total		<u>131 dias</u>

(*) “Cite-se o Réu

(**) “Diga o autor sobre a contestação”

(***) “Designo Audiência Preliminar”

(****) “Apresentem Alegações Finais por Memoriais, em 10 dias sucessivos para cada parte”

Vale lembrar, todavia, que tal cálculo é baseado em situação de “normalidade”. Por óbvio, diante de cada caso concreto, inúmeras variáveis externas podem fazer com que tal prazo seja estendido, como a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de prova pericial, oitiva de diversas testemunhas domiciliadas em comarcas distintas daquela onde tramita o feito, a argüição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos pólos da ação da Fazenda Pública etc¹⁷⁵.

Em que pese a eventual ocorrência de tais situações excepcionais, todas capazes de prolongar a duração do processo até a prestação da tutela jurisdicional em primeiro grau de jurisdição, lembra Alessandra Mendes Spalding que, numa situação normal e ordinária o processo deveria ser julgado monocraticamente em menos de um semestre para que fosse, efetivamente, considerado tempestivo e, portanto, constitucional¹⁷⁶.

¹⁷⁵ SPALDING, Alessandra Mendes. Obra citada, p. 38.

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 38.

Assim, pode-se afirmar que a “razoável duração do processo”, por ser um conceito legal e indeterminado é, por isso mesmo, totalmente dependente da análise de cada caso concreto, levando-se em consideração não só o tempo, considerado em si mesmo, mas também a conduta de todos aqueles envolvidos na relação jurídica processual, bem como a atuação administrativa do Poder Judiciário e, claro, como poderia deixar de ser, a atuação ativa, técnica e eficaz do próprio magistrado.

2 SISTEMÁTICA PROCESSUAL E CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

2.1 A RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

Como analisado anteriormente, ação é o direito de se invocar a tutela jurisdicional sempre que alguém se sentir lesado ou ameaçado em seu direito. Disso decorre a importância da classificação das ações, pois é a aspiração a determinado provimento, o qual constitui o pedido, que define a espécie e natureza da tutela jurisdicional que se pretende¹⁷⁷.

Assim, conforme o ordenamento jurídico pátrio, temos três espécies¹⁷⁸ de funções da Jurisdição:

- a) função jurisdicional (de conhecimento – “conhecer para dizer o direito”);
- b) função juriexecutiva (de execução – “realizar e efetivar o direito”);
- c) função juriassicuratória (de urgência – “assegurar um direito ameaçado”).

Parcela da doutrina prefere utilizar a expressão “processo” em vez de “ação”. Isto porque afirmam ser o processo o instrumento da jurisdição, motivo pelo qual a invocação da tutela jurisdicional só pode ser feita mediante um processo. Todavia, lembrando a Jurisdição Voluntária, tem-se que não há atividade jurisdicional por não haver conflito, lide, e, por consequência, seu instrumento não é “processo”, mas sim mero “procedimento”. Neste caso, a atividade será judicial, e não aquela atividade precípua do Poder Judiciário, que é a de pacificação social, mediante a solução de litígios. Partindo desta premissa, portanto, muito embora acatando parcela considerável da doutrina, prefere este trabalho usar a nomenclatura ‘ação’, pois seja voluntária ou contenciosa, haverá sempre o direito de se invocar o Poder Judiciário, ou seja, a inafastabilidade do controle jurisdicional. Há, ainda, aqueles que preferem fazer a classificação analisando-se o conteúdo das sentenças proferidas.

Alguns autores, entre eles Fredie Didier Jr., analisam de maneira diferenciada a “tipologia das ações”. Em sua primeira classificação, o respectivo autor a faz

¹⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 59.

¹⁷⁸ Conforme anotações de aulas proferidas por Araken de Assis em curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Curitiba, ministradas em setembro de 2000.

segundo a natureza da relação jurídica discutida, afirmando que a demanda pode ser classificada de acordo com a natureza da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Se relação jurídica real, demanda real; se pessoal, demanda pessoal. A dificuldade do tema está no direito material. A importância da distinção verifica-se no estudo da competência (arts. 94-95 do CPC) e da capacidade processual das pessoas casadas (art. 10 do CPC). As ações possessórias nem são reais nem são pessoais; possuem regramento jurídico próprio, bastante semelhante, mas não idêntico, ao das ações reais¹⁷⁹.

Quanto ao objeto do pedido mediato, ele explica que as demandas classificam-se, também, de acordo com o objeto do pedido mediato. São, assim, mobiliárias ou imobiliárias, conforme o objeto seja bem móvel ou imóvel. Conforme salienta, a classificação é muito útil para resolver problemas de competência e de capacidade processual das pessoas casadas. Não se pode achar que toda ação imobiliária é real (a ação de despejo é pessoal, pois se funda em direito pessoal, e é imobiliária), nem que toda ação mobiliária é pessoal, pois nada impede que se proponha uma reivindicatória de um carro¹⁸⁰.

Didier Jr afirma que, de acordo com o tipo de tutela jurisdicional, as ações podem ser de conhecimento, cautelar e executiva. Desta forma, as demandas podem ser classificadas de acordo com a função jurisdicional que se busca: conhecimento, execução e cautelar. Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que implemente mais de uma função, satisfazendo/assegurando, certificando/efetivando, certificando/assegurando/efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre as funções, que são diversas; perde-se a importância de distinguir as demandas conforme essas funções¹⁸¹.

Acata-se a posição de Araken de Assis, para quem “tais classificações não levam nada a lugar nenhum” (informação verbal)¹⁸². É dele uma das mais acertadas observações sobre o tema. O autor reflete que as ações comportam classificação segundo inúmeros e discrepantes critérios, pois, entre os velhos representantes da

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. Obra citada, p. 179.

¹⁸⁰ Idem, ibidem, p. 179.

¹⁸¹ Idem, ibidem, p. 179.

¹⁸² Conforme anotações de aulas proferidas por Araken de Assis em curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Curitiba, ministradas em setembro de 2000.

processualística de boa cepa luso-brasileira, conquanto já advertindo a utilidade de conhecê-las não menos pelos nomes que pelos efeitos, reunidas em base objetiva, subjetiva ou formal, as ações se dividiam em reais, pessoais, mistas, penais, reipersecutórias, (in)transmissíveis, (im)prescritíveis, sumárias e ordinárias. Evolução natural das idéias, provocada pelos estudos revolucionários no terreno da ciência processual na primeira metade do século passado, paulatinamente divulgados e aceitos, consagrou, não sem resistências serôdias e dignas de registro, taxionomia fundada na eficácia do ato jurisdicional, que Liebman, exageradamente, reputa “a única classificação legítima e importante”¹⁸³.

Prossegue, alegando que, do primitivo agrupamento das ações em declaratórias e condenatórias, evoluiu-se, graças à identificação dos direitos formativos, à classe das constitutivas; posteriormente, ocorreu a descoberta da ação mandamental, à qual se juntou a executiva. Nada obstante semelhante repartição, inspirada na ‘espécie e natureza’ da tutela prestada pelo órgão jurisdicional, os demais critérios classificatórios, baseados em particularidades outras do objeto litigioso, permaneceram incólumes e valiosos. O art. 94, caput, do CPC emprega, p. ex., para ele, o vetor real ou pessoal da ação, a fim de fixar a competência no território, e o faz de olho na conveniência das partes. Relembrando Clovis do Couto da Silva, a teoria das ações, contudo, elevada a tema central do processo civil, realmente ensejou a radical ‘mudança de tratamento dado ao processo’, derrotando o método gasto dos antigos procedimentalistas. E alerta que também não se deve olvidar que o festejado sistema enaltece, e a todos põe de sobreaviso quanto a desvios e incorreções de rumo, a correspondência imprescindível do binômio direito material e processo, que governa a efetividade do controle judiciário e da realização do direito objetivo. No uso corrente dos operadores, outrossim, mostra-se indiferente agrupar ações ou sentenças segundo a eficácia. Na medida em que o conteúdo da demanda corresponderá, inexoravelmente, ao da sentença de procedência, ele explica que, em virtude da regra da congruência (art. 128, princípio, e art. 460 do CPC), há simples troca de ângulo: cuidando das espécies de ação, sopesa-se aquele conteúdo no início do processo; ao perquirir a carga das sentenças, aquilata-se tal núcleo no momento da sua extinção. A mudança de perspectiva possui conseqüências de relevo, uma vez que, no primeiro caso, leva-se em conta a ação

¹⁸³ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT. 2007, p. 75.

afirmada pelo demandante; no segundo, a ação julgada existente. Daí que, em sua doutrina, a classificação abrange todas as ações propostas e ajuizáveis; mas, examinando o fim do processo, ela serve apenas às sentenças de procedência, porquanto, desestimada a demanda, nenhum direito e respectiva ação material tocava, na realidade, ao autor. A sentença de improcedência é somente declaratória¹⁸⁴.

De acordo com Arruda Alvim, ainda existem algumas classificações feitas à base de critérios que pertencem propriamente ao direito substancial, como as que se referem às ações reais e pessoais, por exemplo. Sustenta que processualmente, todavia, as ações classificam-se pelos efeitos objetivados. Assim, afirma que existem as ações de conhecimento, ou declaratórias *lato sensu*, que habilitam o juiz a conhecer e declarar, em sentido lato, o direito, afora outras conseqüências específicas do tipo de ação proposta pelo autor; as executivas, que objetivam a satisfação do direito declarado no processo de conhecimento, onde foi obtida sentença condenatória, ou, então, que se baseiam em títulos extrajudiciais; e as cautelares, que têm por finalidade proteger uma pretensão com aparência de direito (*fumus boni iuris*), e em relação à qual ocorra o perigo da demora da solução processual (*periculum in mora*), com vistas a assegurar praticamente futura execução (ou a própria, eventual e futura proteção de eficácia da sentença, declaratória ou constitutiva), uma vez que a proteção da eficácia declaratória ou constitutiva, ou a eficácia da sentença condenatória, poderá ser elidida ou procrastinada pela demora da formação do título executivo judicial; ou, ainda, proteger cautelarmente a própria execução por título executivo extrajudicial. Nessa conjuntura, justificando a medida cautelar, comparece a atividade ilícita, do devedor, preordenada a frustrar ou dificultar a satisfação do credor, quando provocar o *periculum in mora*. Ressalta esse autor que há um crescimento da aceitação da categoria das ações mandamentais, embora entenda que a chamada ação/sentença mandamental convive com a ação/sentença condenatória, e significa uma ordem dirigida a um sujeito, acompanhada de uma sanção¹⁸⁵.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart se manifestam sobre a classificação das ações (ou dos processos, conforme explicam), aduzindo que a

¹⁸⁴ ASSIS, Araken de. Obra citada, p.76.

¹⁸⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. v. I. São Paulo: RT. 2003, p. 105.

demonstração das diferenças, ainda que básicas, entre processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar é bastante difícil, principalmente porque o delineamento desses processos foi feito pensando-se na tutela de direitos de épocas passadas, e por isso mesmo tais processos mostraram-se inadequados para dar efetiva tutela aos novos direitos¹⁸⁶.

Para Misael Montenegro Filho, a classificação mais significativa das ações deve levar em conta a natureza da prestação jurisdicional nela perseguida, a resposta que pretende o autor lhe seja transmitida em termos processuais. A natureza da prestação jurisdicional – da resposta judicial – é que sistematiza a classificação das ações, podendo ser de conhecimento, cautelar ou de execução¹⁸⁷.

Analisando a classificação das ações, Vicente Greco Filho observa que em época anterior à formulação dos princípios científicos do direito processual, por influência do direito romano e seus intérpretes nos primeiros séculos da era moderna, as ações eram classificadas segundo a natureza do direito material invocado ou pelo tipo de bem jurídico pretendido pela parte. Tradicionais, portanto, eram as classificações das ações em pessoais (fundadas em direito pessoal) e reais (fundadas em direito real), petitorias, possessórias etc. Em sua ótica, sob o aspecto processual, porém, somente podem ser aceitas as classificações que levem em consideração o tipo de provimento jurisdicional invocado ou o procedimento adotado¹⁸⁸.

Segundo este autor, as ações devem ser classificadas ou quanto ao tipo de provimento jurisdicional solicitado ou quanto ao tipo de procedimento utilizado. Com relação à primeira classificação (tipo de tutela jurisdicional invocada), as ações podem ser de conhecimento, de execução ou cautelares. Quanto ao procedimento, as ações são ordinárias, sumárias ou especiais. Nesta seara, ele explica que, a rigor, a classificação é do procedimento e não da ação, como também, a rigor, a classificação pelo provimento jurisdicional invocado é da sentença e não da ação, mas, tradicionalmente, se costuma agregar à denominação da ação o tipo de procedimento¹⁸⁹.

¹⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 81.

¹⁸⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Gral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. I. São Paulo: Atlas. 2005, p. 179.

¹⁸⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19. ed. v. I. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 95.

¹⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. Obra citada, p. 96.

Para Kazuo Watanabe, mais importante do que as demais classificações, o que importa é a carga cognitiva presente na atividade jurisdicional. Independentemente do tipo de ação, o que realmente define o perfil desta é a cognição do juiz no decorrer da demanda. Sem dúvida nenhuma, as lições de Kazuo Watanabe são extremamente relevantes para a moderna processualística, pois estende a atividade cognitiva para além do processo de conhecimento. Em obra clássica, leciona:

O tema a ser considerado é a cognição como uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada. Não se desconhece a advertência de Pontes de Miranda de que a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações e de que o valor da dicotomia procedimento de cognição, procedimento de execução, no plano teórico e no plano prático, é quase nenhum, podendo-se tratar, a fundo o processo civil sem qualquer alusão a ela. Não se pode negar, todavia, a utilização da cognição como uma técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimento, com vistas à instrumentalidade do processo, tanto que o legislador processual pátrio a levou em consideração em inúmeras oportunidades, consoante é ressaltado pelo próprio saudoso jurista em várias passagens de sua obra jurídica¹⁹⁰.

Tratando da classificação das ações e cognição, Kazuo Watanabe descreve a teoria tradicional, acrescentando-lhe sua posição¹⁹¹, no sentido de que a doutrina tradicional, ao classificar as ações em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares, leva em conta, também, a cognição e não apenas a natureza do provimento ou da tutela reclamada. A chamada ação de conhecimento é basicamente caracterizada, na sistematização mais ampla, e no confronto com as demais ações, pela atividade que o juiz desenvolve, de cognição (= conhecimento) e, em subclassificação, em ações declaratórias, ações condenatórias e ações constitutivas, é que aparece o critério da natureza do provimento, mais especificamente, a sua função (declarar, condenar ou constituir). Informa que o provimento é o resultado da atividade cognitiva do juiz, de sorte que a alusão a 'conhecimento' não indica a natureza do provimento. Em sua explanação, sob o critério da cognição, mais coerente seria a classificação, numa primeira e mais ampla sistematização, em ação de cognição plena, ação de cognição sumária e ação de cognição rarefeita ou quase incorrente. Inexiste ação em que o juiz não

¹⁹⁰ WATANABE, Kazuo. Obra citada, p. 40.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 40 e 41.

exerça qualquer espécie de cognição; até mesmo na ação de execução por título judicial, lembrando as lições de Dinamarco, o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor¹⁹².

Assim, ainda que a doutrina utilize critérios diversos para classificar as ações, o certo é que a maioria reconhece as ações de conhecimento, de execução e as cautelares como pilares do processo civil. E é a partir dessas três classificações que se pontua o presente trabalho.

2.1.1 AÇÃO DE CONHECIMENTO

A ação de conhecimento (ou ação cognitiva) é aquela destinada a responder ao jurisdicionado uma dúvida que lhe impõe sobre a titularidade de determinado direito.

Kazuo Watanabe discorre a respeito, refletindo sobre a utilização do vocábulo “cognição”. Explica que também hoje o termo “cognição” é empregado para designar o próprio processo e não apenas a atividade do juiz. Nesse sentido é que usa a expressão “processo de conhecimento” ou “processo de cognição”. Mas o termo é utilizado também para indicar a natureza do órgão judiciário e é nessa acepção que será analisado ao longo desse trabalho. Critica Pontes de Miranda a sinonímia entre “cognição” e “conhecimento”, advertindo que isso equivaleria a não distinguir “descobrimto” de “descoberta”. Ressalta que, a verdade, porém, é que a equiparação é de uso corrente e pouco alcance prática haveria em se estabelecer a diferenciação. Mesmo examinando-se o resultado, que seria a descoberta, haveria

¹⁹² Dinamarco assim se manifesta: “[...]os juízos de valor não são excluídos do processo de execução, em cujo curso o juiz enuncia preceitos concretos mediante verdadeiras decisões interlocutórias[...]. Isso permite ver que não coincidem em extensão os conceitos de execução e processo executivo. Não só atos executivos o juiz realiza no processo executivo, assim como processo de conhecimento contém atividades não cognitivas. O juiz da execução é também juiz de todos os incidentes desse processo, nos quais ouve partes, examina provas e profere juízos de valor mediante decisões interlocutórias” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p.114-115). Em outra passagem da presente obra, ressalta: “É preciso lembrar também que, embora o mérito não se julgue no processo executivo, deixar absolutamente de julgar o juiz da execução não deixa. Nem só de mérito existem sentenças; nem só sentenças proferem o juiz (cfr. CPC, art. 162). Pois seria inconcebível um juiz *robot*, sem participação inteligente e sem poder decisório algum. O juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução, seja acerca dos pressupostos processuais, condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar a efeito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Obra citada*, p. 173).

sempre a necessidade de se examinar o *iter* que o antecede, que é o descobrimento, e vice-versa, e no estudo da “cognição” interessam ambas as perspectivas. Destaca relevância maior na distinção entre cognição como *iter* ou mecanismo e como resultado, e o ato conseqüente que é o *judicium* (juízo) ou *decisium*, isto é, o julgamento¹⁹³.

E explica, também, o significado de “cognição”, avaliando-o sob o prisma lógico:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo¹⁹⁴.

Nas palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, o processo de conhecimento (ou declaratório em sentido amplo) provoca o juízo, em seu sentido mais restrito e próprio: através de sua instauração, o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem razão. Objeto do processo de conhecimento é a pretensão ao provimento declaratório denominado sentença de mérito. Essa sentença, coroando o processo de conhecimento, formula positiva ou negativamente a regra jurídica especial do caso concreto: concluirá pela procedência, quando acolher a pretensão do autor, pela improcedência, quando a rejeitar¹⁹⁵.

A ação de cognição, que provoca a instauração de um processo de cognição, conforme preceitua Humberto Theodoro Júnior, busca o pronunciamento de uma sentença que declare entre os contendores quem tem razão e que não a tem, o que se realiza mediante determinação da regra concreta que disciplina o caso que formou o objeto do processo¹⁹⁶.

Em famosa obra que lhe serviu de tese para doutoramento em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, o referido autor se aprofunda no tema, ampliando o significado de ação de conhecimento:

¹⁹³ WATANABE, Kazuo. Obra citada, p. 66-67.

¹⁹⁴ Idem, ibidem, p. 67.

¹⁹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p. 302.

¹⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 19.

Se o litígio é apenas de controvérsia a respeito da jurisdição ou não de um interesse questionado, a tutela jurisdicional consistirá em proclamar, por um ato soberano do Estado (a sentença) se tal interesse está ou não ao amparo da ordem jurídica. Essa atuação jurisdicional observa o método denominado processo de conhecimento ou de cognição, em cujo desenvolvimento se apura o fato questionado entre os litigantes, para subsumi-lo às regras jurídicas e definir seus exatos efeitos perante as normas jurídicas de direito material. As providências de cognição, dessa maneira, produzem o efeito de individualizar o mandamento e torná-lo indiscutível perante a situação concreta estabelecida entre as partes. Delas resultam, sempre, uma declaração de certeza, que corresponde aos fatos já ocorridos e aos quais se aplica o direito. E, às vezes, resulta, também, uma eficácia futura quando, por exemplo, além da certeza do fato passado, ordena-se uma prestação à parte vencida a ser cumprida após a sentença. Mas, em nosso sistema processual, o processo de cognição termina com a só definição do direito e da sanção, não indo até sua realização, mesmo quando o vencido não cumpre a prestação a que lhe foi atribuída. O processo de conhecimento, assim encarado, representa uma relação jurídica de direito público, estabelecida entre os litigantes e o Estado, por meio da qual se alcança a composição do litígio de interesses controvertidos, apenas no plano da certeza. A solução que se encontra é ideal: uma definição¹⁹⁷.

O processo de conhecimento, conforme apontam Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flavio Renato Correia de Almeida, é aquele em que a parte realiza afirmação de direito, demonstrando sua pretensão de vê-lo reconhecido pelo Poder Judiciário, mediante a formulação de um pedido, cuja solução será ou no sentido positivo ou no sentido negativo, conforme esse pleito da parte seja resolvido por sentença de procedência ou improcedência. No processo de conhecimento, as partes têm oportunidade de realizar ampla produção de provas, voltadas a demonstrar a existência do direito (regra geral, pelo autor) ou a existência de fato que o impeça, modifique ou extinga (regra geral, pelo réu). Diz-se processo de conhecimento porque, nessa modalidade de processo, o juiz realiza ampla cognição, analisando todos os fatos alegados pelas partes, aos quais deverá conhecer e ponderar para formar sua convicção e sobre eles aplicar o direito (dizer o direito = *jurisdictio*) decidindo, através de sentença de mérito, pela procedência ou pela improcedência do pedido formulado pelo autor¹⁹⁸.

Nesta mesma linha de raciocínio, Teori Zavascki, citando Liebman, dispõe que na cognição, o objetivo é descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve

¹⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 199.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. I. 7. ed. São Paulo: RT. 2005, p. 45-46.

regular o caso, sendo que a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada)¹⁹⁹.

Na mesma esteira da maioria doutrinária, Misael Montenegro Filho explica que na ação de conhecimento, objetiva-se a obtenção de uma sentença judicial para a solução do conflito de interesses apresentado, admitindo-se cognição ampla com a prática de múltiplos atos processuais de investigação, na busca do acertamento e da confirmação da veracidade dos fatos afirmados pelas partes em litígio. Destaca que essa espécie de ação é marcada pela incerteza do direito em debate, que somente será desanuviada através da prolação da sentença judicial. A sentença declara o direito, atribuindo o bem da vida em disputa, e a correspondente resposta judicial, a uma das partes em conflito²⁰⁰.

A ação de conhecimento, portanto, é aquela em que ocorre a ampla cognição do juiz, no sentido de apurar a veracidade dos fatos constitutivos alegados pelo autor e dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor alegados pelo réu. O juiz, neste caso, satisfaz, juridicamente, uma pretensão deduzida, na medida em que declara a existência (procedência da ação) ou inexistência (improcedência da ação) do direito alegado pelo autor. Isso significa que, na ação de conhecimento, o juiz responde uma dúvida acerca da titularidade de determinado direito que lhe é apresentada.

2.1.2 AÇÃO DE EXECUÇÃO

Já a função juriexecutiva é aquela destinada a satisfazer, no plano fático e mediante atividade coercitiva do Estado, o direito que deveria ter sido realizado de forma espontânea pelo devedor.

¹⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução* – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 28.

²⁰⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. Obra citada, p. 179.

Ao se referir à ação de execução, Humberto Theodoro Junior explica que tal ação, ou execução forçada, é a que gera o processo de execução, no qual o órgão judiciário desenvolve a atividade material tendente a obter, coativamente, o resultado prático equivalente ao que o devedor deveria ter realizado com o adimplemento da obrigação²⁰¹.

Em seu *Curso de Direito Processual Civil*, o mencionado autor esclarece que, enquanto no processo de conhecimento o juiz examina a lide para ‘descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso’, no processo de execução providencia ‘as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre as regras e os fatos. Embora tanto num como noutro a parte exerça perante o Estado o direito subjetivo público de ação, a grande diferença entre os dois processos reside no fato de tender o processo de cognição à pesquisa do direito dos litigantes, ao passo que o processo de execução parte justamente da certeza do direito do credor, atestada pelo ‘título executivo’ de que é portador. Não há, confirma explana o autor, decisão de mérito na ação de execução. A atividade do juiz é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-lo de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo. No processo de conhecimento, o juiz julga (decide); no processo de execução o juiz realiza (executa). Relembrando a lição de Frederico Marques, Theodoro Júnior afirma que o processo de conhecimento é processo de sentença, enquanto o processo executivo é processo de coação. Ainda porque a declaração de certeza é pressuposto que antecede ao exercício da ação de execução, considera a doutrina que o processo de execução não é contraditório. Com isto se quer dizer que não se trata de um processo dialético, ou seja, de um meio de discutir e acertar o direito das partes, mas apenas um meio de sujeição do devedor à realização da sanção em que incorre por não ter realizado o direito já líquido e certo do credor. As questões, porém, que eventualmente surgem no curso do processo, a respeito dos atos executivos, são tratadas e solucionadas com observância do contraditório, tal como se passa no processo de conhecimento²⁰².

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 19.

²⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

Em sua obra específica a respeito de Execução, Theodoro Júnior preconiza que, às vezes, a certeza jurídica já existe, e mesmo assim, a prestação a que tem direito o credor não é cumprida pelo devedor. Essa lide não se prende a uma dúvida ou a uma contestação de interesse, mas tem como causa apenas a resistência injusta ao interesse já definido e amparado pela ordem jurídica. Para solucioná-la, naturalmente, não há que se exigir nova e inútil definição da legitimidade do interesse violado, pois essa definição simplesmente já existe. O que falta, portanto, é apenas uma atuação material, a fim de que a situação fática seja transformada, no sentido de harmonizar-se com o direito material do credor, adredemente acertado. Explica que o sistema de atuação da jurisdição passa, por isso, a ser o do processo de execução. Enquanto as providências de cognição exprimem atos de declaração de vontade, as providências executivas passam para o plano da força física, buscando modificar, materialmente, o mundo exterior, segundo a vontade antes formulada. O processo de execução, tal como o de cognição, é uma relação jurídica de direito público entre as partes e o Estado, igualmente visando à composição da lide. A grande diferença, porém está em que essa composição agora não se faz por meio de um ato ideal. O juiz da execução não profere uma sentença para declarar direito, uma vez que sua missão é a de transferir bens de um patrimônio a outro, para que, dessa maneira, se dê a satisfação concreta de um interesse jurídico certo, mas resistido. Pode-se, pois, definir a execução forçada como a atividade estatal por via da qual se realiza a sanção declarada num processo prévio. Leva-se a sanção do plano ideal de sua declaração na sentença ao plano real de sua efetivação material²⁰³.

A respeito do tema, Misael Montenegro Filho afirma que na ação de execução, presta-se o provimento jurisdicional para retirar do patrimônio do devedor tantos bens quantos sejam necessários ao cumprimento da obrigação previamente declarada na ação de conhecimento, ou materializada num título executivo extrajudicial (cheque, nota promissória, contrato assinado pelas partes e por duas testemunhas etc.). Essa ação é marcada pela ausência quase absoluta de contraditório, que somente será estabelecido de forma incidental (através de exceção de pré-executividade) ou por meio de ação incidental autônoma (através dos embargos à execução). A função jurisdicional, nessa hipótese, não culmina com

²⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 200.

a prolação de uma sentença de acertamento da relação jurídica, de declaração de um direito, mas sim com o cumprimento forçado da obrigação, seja ela de pagar, de dar, de fazer ou de não fazer²⁰⁴.

Também se posicionam, de forma acertada, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flavio Renato Correia de Almeida ao afirmarem que de nada adiantaria para a parte, todavia, a obtenção de uma sentença de mérito condenatória, em que o Poder Judiciário determinasse ao réu o cumprimento de certa obrigação, se não houvesse meios através dos quais de pudesse coativamente fazer valer essa decisão judicial diante do réu renitente, isto é, daquele que, apesar de condenado a cumprir determinada obrigação, resista à espontânea observância do provimento jurisdicional. Para atuar concretamente o provimento de mérito proferido em processo de conhecimento condenatório anterior é que existe o processo de execução. Prosseguem os autores, alegando que essa expressão – atuar concretamente – quer dizer fazer com que aquela decisão judicial, que, por exemplo, condenou o réu ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, realize-se e produza efeitos no mundo dos fatos, de forma que o autor receba aquilo a que tem direito por força da sentença. Trata-se de cumprir coativamente o comando existente na sentença. Além de servir de meio para a efetivação do provimento jurisdicional contido na sentença proferida no processo de conhecimento de natureza condenatória, o processo de execução também serve para, com os mesmos meios executórios, atuar concretamente comandos existentes em documentos firmados entre as partes, aos quais a lei confere a mesma força executiva atribuída à sentença condenatória. São os chamados títulos executivos extrajudiciais (exs.: nota promissória, cheque, contratos etc.)²⁰⁵.

Um dos autores mais recorridos em sede de execução, Araken de Assis esclarece as diferenças básicas entre a ação de conhecimento e as principais características da ação executiva:

No desempenho da atividade executiva, o juiz expede atos de natureza radicalmente diversa daqueles proferidos no âmbito da função executiva. Nesta última, a relevância do ato judicial se mede pelo conteúdo decisório, conforme a previsão dos arts. 162 e 163 do CPC. O motivo da diferença se deve à diversidade das tarefas atribuídas ao juiz. Em sede cognitiva, a missão judicial transforma o fato em direito; na execução, o direito, ou seja,

²⁰⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. Obra citada, p. 179.

²⁰⁵ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Obra citada, p. 117-118.

a regra jurídica concreta, há de traduzir-se em fatos. Claro está que, sob muitos aspectos, o ato executivo compartilha a disciplina dos atos processuais em geral; todavia, há distância considerável de conteúdo e de efeitos. Tem o ato executivo de peculiar, distinguindo-o, destarte, dos demais atos do processo e dos que o juiz se originam, a virtualidade de provocar alterações no mundo natural. Objetiva a execução, através de atos deste jaez, adequar o mundo físico ao processo sentencial, empregando a força do Estado (art. 579 do CPC). Essas modificações fáticas requerem, por sua vez, a invasão da esfera jurídica do executado, e não só do seu círculo patrimonial, porque, no direito pátrio, os meios de coerção se ostentam admissíveis. A medida do ato executivo é seu conteúdo coercitivo²⁰⁶.

Cândido Rangel Dinamarco, diferenciando ação de cognição de ação de execução, informa que se torna possível salientar os pontos de contraste entre o processo executivo e o de cognição. Enquanto aquele tem por objeto a pretensão do exequente à satisfação de um direito que afirma, neste o objeto é a pretensão a uma sentença de mérito de determinado conteúdo. Em conseqüência, a falta do direito alegado pelo autor no processo de conhecimento não impede a emissão do provimento final sobre a pretensão exposta, o qual será, nessa, desfavorável a ele. Além disso, enquanto o processo de cognição tem por objetivo um julgamento, o de execução visa a atingir resultados práticos. A certeza é um objetivo na cognição e um ponto de partida da execução. Enquanto se fazem digressões sobre o direito na cognição, na execução o direito é um marco inicial. A distinção fundamental entre o processo de conhecimento e o executivo reside, pois, no endereçamento teleológico de cada um deles: enquanto no primeiro toda a atividade converge a um ato final de acertamento (sentença), no segundo os atos todos, materiais ou eventualmente decisórios, visam a preparar o ato material final satisfativo de direito²⁰⁷.

O referido jurista conceitua a execução como uma cadeia de atos de atuação da vontade sancionatória, ou seja, conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso de vontade do devedor (e até contra ela), invade seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material. A esse conjunto de atos de agressão patrimonial dá-se o nome de sanção, que não se confunde com as sanções de direito substancial (multas, interdições de direitos etc.) porque só elas têm a capacidade de conduzir diretamente a resultados práticos: feita a execução, o credor resta satisfeito porque o que lhe era devido estará em seu poder. Ressalta que as sanções de direito material

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 89.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114-115.

não se prestam a isso. Os atos caracterizados como sanção praticam-se em um processo, processo executivo, ao longo do qual é exercida a ação pelo exequente.

Também renomado doutrinador de Processo de Execução, Teori Zavascki faz a seguinte reflexão, avaliando a ligação entre as ações de cognição, de execução e cautelares:

Processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar têm, entre si, vasto campo de afinidades. Afinal, todos eles são instrumentos de atuação do direito público subjetivo de ação e do poder-dever jurisdicional com vistas à aplicação autorizativa do direito. Temas como o da jurisdição e da ação, dos figurantes da relação processual (juiz, partes), dos seus procuradores, do Ministério Público, dos auxiliares da justiça, dos atos processuais (forma, tempo, prazos, comunicação, nulidades) e tantos outros, são, em seus aspectos gerais, comuns a qualquer processo e a todos os procedimentos²⁰⁸.

Importante ressaltar as lições do referido autor que, na mesma esteira de Kazuo Watanabe, proclama que se torna inconcebível negar atividade de cognição também às ações de execução e cautelar. Em sua linha de raciocínio, foi-se o tempo em que se pensava que a função do juiz se resumia em proferir sentenças “dizendo o direito”, cabendo ao próprio interessado, ou a outros órgãos estatais, ou mesmo ao juiz, em função administrativa, promover-lhe a execução. Alega que ninguém mais se aventura a negar, seriamente, que a execução tem natureza idêntica à da cognição, complementando-se uma à outra e formando ambas um conjunto único, que, não raro, são mesmo desenvolvidas em uma única relação processual. Expondo a visão de Carnelutti, revisando suas próprias convicções iniciais (segundo as quais a execução situava-se fora do campo da jurisdição), também o processo executivo serve para compor a lide, em sua forma mais grave (lide de pretensão não satisfeita). Se o processo de execução representa um prosseguimento necessário do processo cognitivo, já que a composição da lide exige a conversão do dever ser em ser, o que se faz pela via de execução, como não haveriam de ter, ambos, a mesma natureza?. Daí a conclusão, hoje incontestada, de que também o processo executivo responde ao conceito de cumprimento da lei; confirma-se assim a fundamental unidade entre cognição e execução. A execução forçada é, para Zavascki, ato de Estado, submetido ao poder de seu *imperium* monopolizado. Descarta-se a execução privada, seja por mão própria do credor, seja por obra de terceiro²⁰⁹.

²⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Obra citada, p. 62-63.

²⁰⁹ Idem, ibidem, p. 67-68.

Cumpra enfatizar o que prega a maioria da doutrina: a ação de execução exige atividade cognitiva do juiz, assim como o processo de conhecimento também possui, em muitos casos, a característica executiva. Ainda que as ações se dividam com relação à natureza da tutela jurisdicional invocada, não há como estipular ou afirmar existir atividades exclusivas de uma ou outra ação. Todas elas, com maior ou menor intensidade, possuem carga cognitiva/executiva/assecuratória.

Nesta linha de raciocínio, da mesma forma que a doutrina afirma a existência de atividade cognitiva na ação de execução, a recíproca também se torna verdadeira, principalmente com as chamadas 'ações sincréticas'. Nestas, a realização do direito, ou seja, a transformação do dever ser para o ser, ocorrem na própria ação de conhecimento, sem necessidade de ação de execução autônoma. O que, para muitos autores é considerado impropriedade técnica²¹⁰, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais²¹¹ trazem, como eficácia da sentença, a sua execução imediata ou o seu cumprimento.

Ademais, a Lei 11.232/05 trouxe à baila esta nova realidade com a previsão do cumprimento da sentença nos próprios autos em que esta foi proferida. Neste caso, ocorre unificação procedimental entre a ação condenatória e a ação de execução. Tal circunstância tem como consequência lógica a celeridade processual, pois não haveria mais necessidade de ação de execução autônoma, diminuindo,

²¹⁰ Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina assim se posicionam: "Como se sabe, as sentenças mandamentais, por sua vez, têm mais que a sentença condenatória. Em comum com esta ação, há o elemento consistente no reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e da respectiva sanção. Na sentença mandamental, no entanto, acrescenta-se à declaração a ordem judicial, elemento inexistente na sentença condenatória. Não há, propriamente, 'execução' da sentença mandamental. A providência mandamental realiza-se com a simples expedição da ordem, nada havendo a se executar, posteriormente – o que a doutrina tradicionalmente menciona como 'execução' não se coaduna com o conceito de execução judicial. A ordem, no entanto, pode ser empregada como medida executiva, enquadrando-se dessa forma entre os modos de execução indireta (meios de coerção) – O que pode suceder é que a ordem emitida seja desobedecida, e, neste caso, haver-se-ão de extrair as consequências jurídicas previstas no ordenamento jurídico para tal infração. No direito brasileiro, como se viu, o não-cumprimento de ordem judicial é conduta tipificada como crime pelo Código Penal (art. 319 ou art. 330, conforme o caso). Assim, embora a sentença mandamental não possa ser objeto de execução posterior, há que se ter em vista que a própria ordem judicial, em si mesma considerada, pode ser empregada como uma medida executiva coercitiva. Com efeito, muitas vezes o réu ajusta-se ao comando sentencial por temer a prisão em flagrante, em razão da caracterização de crime de desobediência" (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. v. II. São Paulo: RT, 2006, p. 133-135).

²¹¹ Cintra, Grinover e Dinamarco explicam: "Tratando-se das chamadas sentenças executivas, que são proferidas em atenção às 'ações executivas *lato sensu*', inexistente processo executivo autônomo, subsequente ao de conhecimento: num só processo têm-se a atividade cognitiva, que culmina com a sentença, assim como toda a atividade de execução (não se exerce nova ação, pois, nem se faz nova citação – p. ex., ações possessórias ou de despejo)". (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Obra citada*, p. 314).

assim, o tempo do processo. Todavia, ainda não há unanimidade na doutrina quanto ao efetivo resultado prático de tal previsão e se esta realmente trará benefícios ao litigante. O sincretismo processual que aqui se menciona será melhor analisado em tópico específico.

2.1.3 AÇÃO CAUTELAR

Enquanto as ações de conhecimento e de execução são satisfativas, porque, respectivamente, realizam jurídica e faticamente o direito deduzido em juízo, as ações cautelares apenas possuem característica assecuratória, na medida em que apenas proporcionam a efetividade prática do processo principal, seja ele cognitivo ou executivo.

Seguindo a doutrina de Kazuo Watanabe²¹², tem-se que nas ações cautelares a cognição do juiz é sumária (ou superficial), pois o provimento de urgência solicitado será deferido se se fizer presente a verossimilhança das alegações. Neste caso, o magistrado baseia-se na probabilidade de existência do direito alegado (*fumus boni iuris*), sem ocorrer análise a respeito do objeto do litígio, ou seja, sem amplo aprofundamento probatório. Não há, portanto, nas ações cautelares, cognição

²¹² Kazuo Watanabe explica a cognição considerada nos planos vertical e horizontal: “Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial), segundo a expressão permitida. No plano vertical, a cognição pode ser classificada segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é cumprida no processo de execução [...]. Ovídio Baptista da Silva, analisando o conceito de cognição sumária de Chiovenda, anota que a cognição do juiz é diferente da ordinária por ser incompleta em virtude de sua superficialidade, ou parcialidade, segundo a redução da área de cognição se faça em corte horizontal, permitindo ao juiz que conheça de todas as sugestões, porém apenas superficialmente, ou, ao contrário, eliminando a cognição de uma área toda de questões, cortando-se no sentido vertical a cognição... Em linha de princípio pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada por provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário, quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada” (WATANABE, Kazuo. Obra citada, p. 127-130).

exauriente (completa), pois não há esgotamento das vias probatórias. Conseqüentemente, não há satisfação.

Kazuo Watanabe insere as ações cautelares na atividade de cognição sumária ou superficial:

Em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou para antecipação do provimento final, nos casos permitidos em lei, ou ainda em virtude da particular disciplina da lei material, faz-se suficiente a cognição para a concessão da tutela reclamada²¹³.

Além da verossimilhança das alegações, necessária também a demonstração da urgência do provimento assecuratório, ou seja, indispensável o fundado receio de dano ou difícil reparação em razão da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*).

Neste diapasão, Cintra, Grinover e Dinamarco aduzem que para que a reintegração do direito por via jurisdicional pudesse ser eficaz e tempestiva, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada interviessem instantaneamente, de modo a colher a situação de fato tal como se apresentava no momento em que a atividade jurisdicional foi invocada. Mas a instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível na prática, porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução reclama tempo: assim, há o perigo de que, enquanto os órgãos jurisdicionais operam, a situação de fato se altere da tal modo que torne ineficaz e ilusório o provimento (que pode chegar tarde demais quando o dano já for irremediável). Por essa razão, acrescenta-se ao conhecimento e à execução – pelos quais a jurisdição cumpre o ciclo de suas funções principais – uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito das duas primeiras: trata-se da atividade cautelar, desenvolvida através do processo que toma o mesmo nome e seu resultado específico é um provimento acautelatório. A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). Relembrem que o provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar

²¹³ WATANABE, Kazuo. Obra citada, p. 131.

opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos. Assim, a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita²¹⁴.

Tem-se, portanto, que a ação cautelar se destina a garantir a efetividade do provimento ou de conhecimento ou de execução como forma de assegurar o resultado prático diante da urgência que impõe em razão da demora das vias jurisdicionais ordinárias e desde que demonstrada a verossimilhança das alegações.

Eis a explanação de Victor Marins:

Definida a ação como o direito de invocar o exercício da função jurisdicional, vale assinalar que em nada difere do conceito a provocação da atividade jurisdicional com finalidade cautelar. A ação dirige-se contra o Estado com a função de assegurar a eficácia do processo principal em todos os seus desdobramentos, seja por meio de proteção das pessoas (quando partes, testemunhas, estejam sob perigo), do bem litigioso (depósito, obras de conservação em coisa litigiosa, acondicionamento em local apropriado, seqüestro), da prova (antecipação, conservação, postergação), dos autos do processo (retenção indevida, subtração), da execução da sentença (apreensão de bens, determinação para fazer ou para não fazer, prestação de caução) e assim por diante... Ao lado dos processos de conhecimento e de execução está o processo cautelar, que, no sistema adotado pelo Código, adquire características próprias, como terceiro gênero jurisdicional. Assevera Liebman que a ação cautelar se destina a assegurar, a garantir o curso eficaz e o resultado útil das atividades jurisdicionais de cognição e de execução, concorrendo assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição²¹⁵.

Assim, conforme ressalta, ao coibir a autodefesa, o Estado prometeu a todos a realização do direito objetivo nos casos em que haja necessidade da sua intervenção. Tal promessa não pode ser cumprida inadequadamente, seja em razão da tardança na resposta estatal, seja em razão da ineficiência de meios para proporcionar ao interessado inteira e oportuna recomposição do bem da vida garantido pelo direito, objeto de ameaça ou de lesão. A promessa do Estado deve ser cumprida por inteiro e oportunamente. A cautela, como já se anotou, assegura a eficácia da atividade jurisdicional em todo e qualquer processo, mas será sempre acessória de processo de conhecimento ou de execução²¹⁶.

²¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Obra citada*, p. 317.

²¹⁵ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Obra citada*, p. 128-129.

²¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 129-130.

Como assinalado pelo referido autor, a ação cautelar será sempre acessória da ação principal (de cognição ou de execução). Além da **acessoriedade**, também é característica da ação cautelar a **instrumentalidade**, uma vez que a mesma serve como meio para se obter a eficácia da tutela jurisdicional principal diante de perigo extraordinário, efetivo e iminente²¹⁷. Vale lembrar, por essa característica, que a ação cautelar possui natureza essencialmente teleológica, uma vez que sua finalidade é proteger a atividade jurisdicional e, por conseqüência, o próprio ordenamento jurídico. Não se pode olvidar que qualquer idéia de processo traz cunho teleológico, eis que é o instrumento para a satisfação de determinado direito. Nenhum processo deve ser considerado como um fim em si mesmo, mas sim a forma pela qual se obtém a resposta do Estado diante da dúvida acerca da titularidade de um direito alegado. Todavia, o processo cautelar, neste contexto, pode ser considerado como o **instrumento do instrumento**, eis que serve à garantia da eficácia do provimento jurisdicional principal (processo de conhecimento ou processo de execução). O que se procura preservar, na ação cautelar, é a própria atividade jurisdicional, que não pode se tornar inútil diante da lentidão ou ineficiência do Poder Judiciário.

Sobre o caráter da instrumentalidade do processo cautelar, leciona Victor Marins²¹⁸ que a instrumentalidade que marca, portanto, a idéia de processo, estabelece-se, quanto ao processo satisfativo, em relação ao direito material e quanto ao processo cautelar, em relação ao provimento definitivo. A tutela cautelar, em confronto com o direito substancial, é uma tutela mediata, pois, mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se os provimentos jurisdicionais são de modo geral um instrumento do direito substancial, que através deles atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, isto é, elevada, por assim dizer, ao quadrado²¹⁹.

²¹⁷ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 148.

²¹⁸ Idem, ibidem, p. 149.

²¹⁹ Para Dinamarco, a instrumentalidade do processo cautelar é “eventual” e “de segundo grau”: “É eventual porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade. O processo cautelar, dentro do sistema processual, vale para conferir eficácia ao principal; e o sistema processual, como um todo e pelo ângulo exterior, legitima-se pelos conhecidos escopos que o animam.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319). A respeito de tal posição, salienta Victor Marins: “Realmente, não se deve perder de vista a segurança proporcionada pelo processo cautelar, como interesse específico do requerente; assim, não se vislumbra ligação concreta imprescindível

A **autonomia** é outra característica do processo cautelar, haja vista o que se vislumbra do Código de Processo Civil, o qual lhe reservou livro específico (Livro III), elevando-o à categoria de terceiro gênero jurisdicional, aliado aos processos de conhecimento e de execução. A ação cautelar, ainda que sirva de instrumento ao processo principal, é totalmente independente deste, uma vez que possui lide, pedido, procedimento, mérito, sentença e execução próprias. Ademais, a sentença cautelar não influi na sentença do processo principal, limitando-se a garantir o resultado prático da atividade jurisdicional. Caso o pedido cautelar seja indeferido, nada impede que a parte ingresse com a ação principal. Vale ressaltar, partindo desse raciocínio, outra vertente da ação cautelar: a **sumariedade**.

Uma vez que a ação cautelar é baseada em cognição sumária, valendo-se o juiz da verossimilhança das alegações e sendo ela uma medida de urgência, mudando-se a situação fática que exige o provimento jurisdicional acautelatório, este pode ser modificado ou revogado a qualquer tempo. O juiz, baseado na plausibilidade, na probabilidade da existência do direito, não emite juízo de certeza acerca do objeto da lide principal, não possuindo a ação cautelar o caráter da definitividade inerente à coisa julgada material. Deixando de existir o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, desfaz-se a urgência da medida, modificando-a ou revogando-a.

Por isso mesmo, a **provisoriedade** também é característica inerente ao processo cautelar. A medida cautelar existe para evitar a ineficácia do provimento jurisdicional. Tal medida “nasce, destarte, com duração limitada no tempo, até a extinção do processo principal... terá eficácia enquanto for útil e assegurar a utilidade da providência satisfativa, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução”²²⁰.

Também se faz presente nas ações cautelares a **fungibilidade**. Isso significa que a medida cautelar “poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento

com o chamado processo principal, pois bem pode ocorrer que este último nem seja instaurado, vale dizer, nem venha a ter existência concreta. Nessa razão a terminologia ‘instrumentalidade hipotética’, adotada por Calamandrei, ou ‘eventual’, adotada por Micheli e Dinamarco, e que reflete apenas a possibilidade de atuarem ambos os processos coordenadamente. Cabe, pois, concluir que a instrumentalidade se afigura presente na atividade jurisdicional genericamente considerada, não se apresentando de forma diversa ou mais intensa na tutela cautelar. (MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 159). Nesse sentido, relembra Humberto Theodoro Júnior: “Não é por outra razão que Carnelutti reconhece que enquanto o processo principal (de cognição ou execução) serve à tutela do direito, o processo cautelar, ao contrário, serve à tutela do processo” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22. ed. São Paulo: Leud. 2005, p. 48).

²²⁰ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 155.

de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la”²²¹. Atualmente, a fungibilidade se faz imperiosa, principalmente, em função da confusão prática entre as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela. Assim, o próprio Código de Processo Civil²²², com o acréscimo da Lei 10.444/02, em seu art. 273, que dispõe a respeito da tutela antecipada, faz a previsão, em seu § 7.º, da fungibilidade entre tais medidas, desde que preenchidos os requisitos da medida correta a ser aplicada no caso concreto. Pelo próprio caráter instrumental do processo, elevado ao quadrado no processo cautelar, outra não poderia ser a previsão²²³.

A eficácia da sentença cautelar é mandamental, devendo as ordens do juiz ser cumpridas imediatamente. Daí ressaltar a **unitariedade** do processo cautelar. Isso significa que não há necessidade de posterior propositura de processo de execução para satisfazer, no plano fático, a determinação contida na sentença cautelar. Neste caso, o juiz manda, e eventual desobediência traz como conseqüência sanções, coercitivas, civil (v.g. multas diárias – as *astreintes*) e penal (crime de desobediência, previsto no Código Penal nos art. 319 ou 330, conforme o caso).

Uma polêmica que se faz presente nas ações cautelares diz respeito ao chamado “direito substancial de cautela”. Quem levanta a discussão é Humberto Theodoro Júnior:

Ovídio Baptista da Silva, em brilhante monografia, defende a existência de um direito substancial de cautela, invocando as lições de Allorio e Pontes de Miranda, chegando mesmo a afirmar a existência de certo caráter satisfativo também na ação cautelar. Se devemos aceitar a autonomia da tutela cautelar, referindo-a não ao direito cautelado, mas a uma situação objetiva de perigo, cremos – afirma o processualista – que não nos será lícito dizer que a ação assecurativa protege sem satisfazer. Há um interesse de direito

²²¹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 109.

²²² Assim dispõe o art. 273, § 7.º, do Código de Processo Civil: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

²²³ Nesse sentido, Victor Marins: “O princípio da fungibilidade aplica-se à providência necessária para o acautelamento de determinada situação de fato, relacionando-se com o pedido. Que o princípio da substitutibilidade da medida ameniza o rigor da aplicação do princípio dispositivo no processo cautelar parece não haver dúvida. Sem embargo da importância, que se empresta ao princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve se ater aos limites em que foi proposta a lide, não podendo conhecer as questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128), a funcionalidade da medida assecuratória justifica plenamente tal abrandamento”. E ressalta: “A substituição da medida pode ser realizada em qualquer momento do processo cautelar, a requerimento do interessado ou de ofício” (MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 111).

material que é satisfeito, qualquer que seja o resultado do chamado processo principal; se devemos afirmar a existência de uma *res in judicium deducta* da ação cautelar, somos levados a supor que essa tutela direta e imediata corresponde à pretensão, à segurança tenha uma peculiar função satisfativa enquanto atende a pressupostos específicos e acerta, de modo definitivo, sobre a *res in judicium deducta*²²⁴.

Na seqüência, apresenta sua posição²²⁵, expondo que, se a ação cautelar é forma por si mesma de ação, não é, entretanto, uma manifestação de um direito substancial de cautela. Se a lide é uma só e se o direito a sua solução só vai ser satisfeito no processo principal, que, obviamente, pode até resultar um provimento contrário à pretensão substancial da parte que provoca a tutela jurisdicional cautelar, não há como defender a existência de um direito substancial de cautela. Para o jurista mineiro, tanto isso é verdade que não se pode entrever, do lado do devedor, uma obrigação correlata ao suposto direito de cautela do credor, isto é, inexistente para o devedor a obrigação substancial de acautelar o direito do credor fora do provimento judicial ou anteriormente a ele. O apego do direito substancial para justificar a ação cautelar reflete uma posição incompatível mesmo com as modernas concepções da própria ação como direito abstrato e autônomo em face do direito material, isto é, como direito à tutela jurisdicional, independente da procedência ou não da pretensão substancial daquele que maneja o processo. Assim, sendo a ação o poder da parte de obter do juiz a prestação jurisdicional, no processo cautelar, a ação consiste simplesmente no direito de obter uma decisão ou um provimento de natureza cautelar. Não é o direito material que assegura o exercício dessa ação, mas o risco processual de ineficácia da prestação definitiva sob influência inexorável do tempo que se demanda para alcançar o provimento definitivo no processo principal. Na realidade, afirma, as medidas cautelares não só garantem a efetividade ou a utilidade das decisões jurisdicionais, como procuram conservar as partes do processo (presente ou futuro) numa posição que seja necessária ou conveniente ao mesmo processo. Ressalta que não se deve rejeitar, em caráter absoluto, a existência de um conflito jurídico restrito à tomada da medida cautelar, muito embora a prevenção, não raras vezes, se faça necessária sem que a outra parte tenha concorrido para o *periculum in mora* e até mesmo nem tenha oferecido resistência à precaução pleiteada. O conflito, quando existe, cinge-se à disputa sobre a necessidade ou não da medida cautelar, dentro de sua função de evitar o perigo de

²²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 45.

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Obra citada*, p. 46-47.

dano e de assegurar o resultado útil do processo principal. Num sentido lato, pode-se, na espécie, entrever uma lide cautelar. Não é, conforme adverte, a lide do direito material, já que esta somente será tratada e dirimida no processo principal. É uma lide puramente processual por versar sobre pretensões e faculdades limitadas ao campo do processo e dos direitos e deveres que emergem diretamente da relação processual (e não da relação material litigiosa)²²⁶.

Isso ocorre, segundo Humberto Theodoro Júnior, em razão da instrumentalidade das medidas cautelares, que servem ao processo, e não ao interesse ou direito da parte. Daí ser possível concluir o interesse público, do Estado, pela tutela cautelar, uma vez que esta protege a eficiência da própria tutela jurisdicional de sua inutilidade em função da demora na prestação jurisdicional ou da ineficiência dos órgãos jurisdicionais. Protegerá, portanto, somente de forma mediata o interesse na composição do litígio. Assim, enquanto a cognição e a execução buscam a satisfação do direito do credor, a cautelar visa proteger imediatamente tais instrumentos de eventual ineficácia.

A finalidade da ação cautelar é exposta por Theodoro Júnior:

Assim, no processo cautelar, em todas as suas formas, mesmo quando produz uma imediata alteração na situação das partes, encontra-se impregnado o fim de evitar, no limite do possível, aquela alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo. Nasce, assim, a medida cautelar preordenada a servir a um posterior provimento definitivo, com o escopo de prevenir um perigo, isto é, de evitar

²²⁶ Denota-se a polêmica em torno do referido assunto. A autonomia adquirida pelo processo cautelar e o poder geral de cautela atribuído ao juiz têm levantado a indagação sobre a existência ou não de um direito substancial de cautela. Ou seja, sobre a existência ou não de um direito à proteção, quando houver uma situação de ameaça ou risco. A questão divide os doutrinadores, gerando três posicionamentos: 1) Proteção ao direito material de cautela (entre eles Ovídio Baptista da Silva e Pontes de Miranda); 2) Proteção ao direito material, qualquer direito (Luiz Guilherme Marinoni); 3) Proteção à eficácia da própria tutela jurisdicional (maioria doutrinária e unanimidade jurisprudencial). Os que negam o direito material de cautela fundam-se na inexistência de obrigação correlata para o devedor. Assim, considerada a existência de um direito substancial de cautela para alguém, haveria de constatar-se, por outro lado, a existência de um dever ou obrigação substancial de cautela para outrem. O que justifica a concessão da medida cautelar não é o direito material de proteção, mas o risco processual de ineficácia do provimento final, em razão do decurso do tempo. Para os que admitem a existência do direito material à segurança, a aparência de um direito (*fumus bonis iuris*) e o risco de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*) geram uma pretensão à segurança. Ao conceder a medida cautelar, o juiz não reconhece o direito material da parte, postulado em juízo, mas reconhece o direito material de que aquela aparência de direito seja protegida de eventuais ameaças, até o julgamento final da ação principal. A discórdia tem valor apenas terminológico, porque todas as correntes não negam o direito de a parte ser protegida de eventuais ameaças, até o julgamento final da ação principal. A discórdia tem valor apenas terminológico, porque todas as correntes não negam o direito de a parte ser protegida de ameaças de lesão ao seu direito, seja esse direito material, seja esse direito meramente processual. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF) não deixa margens a dúvidas, impedindo que seja excluída da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

um possível dano jurídico. Mas não qualquer dano jurídico, e sim aquele que se situa, precisamente, na provável ineficácia ou deficiência da solução do processo principal, caso não haja a medida preventiva. Daí ser o fim último do processo cautelar manter, quanto possível, o equilíbrio inicial das partes, pondo a situação de fato em que elas se encontram a salvo das contingências temporais que envolvem necessariamente a prestação jurisdicional definitiva²²⁷.

Desta forma, conclui-se que a ação cautelar é o instrumento jurisdicional destinado a proteger a ação principal, seja ela de conhecimento ou de execução (futura ou já existente), dos eventuais perigos em razão da demora da prestação jurisdicional ou da ineficiência dos órgãos judiciais. Não possui, portanto, um fim em si mesma, mas sim em relação a uma providência definitiva superveniente e cujos efeitos antecipa.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONHECIMENTO

A ação de conhecimento busca a satisfação de um direito, ou seja, neste caso para a dúvida acerca de sua titularidade, cuja resposta deve ser dada pelo poder jurisdicional. Assim, busca-se a definição de quem tem razão e quem não a tem.

Na moderna exegese processual, principalmente após o advento da Lei 11.232/05, que alterou o artigo 162, do CPC, não mais se afirma que a sentença põe fim ao processo, julgando ou não o mérito da causa. Isso porque a sentença é o ato jurisdicional que põe fim à **fase preponderantemente cognitiva em primeiro grau de jurisdição**. A sentença pode ou não pôr fim ao processo, desde que não existam recursos ou processo de execução. Como se sabe, em decorrência do princípio do duplo grau de jurisdição, existindo recurso, este será analisado pelo Tribunal competente (competência funcional) e, neste caso, as decisões, como é sabido, denominam-se acórdãos. Por isso a técnica equivocada em se dizer, neste caso, que a sentença põe fim ao processo, uma vez que este terá continuidade em instância superior. Na existência de recurso, a sentença apenas põe fim ao processo em primeiro grau de jurisdição. Como vimos, o processo pode ser de cognição, de execução ou cautelar. Ignorando, aqui, o sincretismo processual, pode ser que, no

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra Citada, p. 50.

caso concreto, exista o interesse na interposição de processo autônomo de execução para satisfazer o comando definido no processo de conhecimento. Assim, nada impede a continuação da prestação jurisdicional, que sairá da satisfação no plano jurídico para a satisfação no plano fático. Por isso dizer que a sentença, na existência de uma eventual demanda executiva põe fim apenas à fase cognitiva do processo. Portanto, a nova idéia de sentença é a que mais se coaduna com a moderna aplicação do direito processual civil

A ação de conhecimento, como já analisado, é satisfativa, pois declara a existência ou a inexistência de um direito deduzido em juízo. Neste caso a satisfação é jurídica, pois, ainda que não ocorra a satisfação no plano fático (que se dará com a prestação espontânea do devedor ou com as atividades executivas do Estado), o órgão jurisdicional, ao ser acionado, é obrigado a responder a dúvida do jurisdicionado. Ainda que a sentença seja improcedente, terá ocorrido a satisfação do direito, eis que o órgão jurisdicional solucionou o conflito, aplicando a lei ao caso concreto.

Para Dinamarco, o processo de conhecimento terá utilidade quando julgar as pretensões, aplicando-se o preceito ao caso concreto e submetendo os litigantes ao seu resultado. Ele explica que tais julgamentos irão produzir efeitos práticos na vida dos jurisdicionados como repercussão do que ele denomina **crises jurídicas**²²⁸ “lamentadas por aquele que tomou a iniciativa de vir a juízo pedir a tutela jurisdicional”²²⁹. As **crises de certeza**, “debeláveis por um ato jurisdicional que torne certa a relação jurídica sobre a qual havia dúvida”²³⁰, são resolvidas pelas sentenças meramente declaratórias. Em casos de **crise de adimplemento**, “a serem superadas por medidas capazes de oferecer ao credor o mesmo resultado que o devedor teria produzido, se adimplisse”²³¹, aplicam-se as tutelas condenatórias, “cujo efeito é instigar o obrigado a adimplir a obrigação, sob pena de suportar mal

²²⁸ Para Dinamarco, *crise jurídica* reflete as problemáticas apresentadas em juízo pelo litigante e a respectiva solução apresentada pelo direito material. Em suas palavras, “conquanto não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas, a locução crise jurídica é muito expressiva e representa a matéria-prima do labor dos operadores do processo. Crise é dificuldade, é perigo, risco. Crises jurídicas são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizadas pela imposição do direito material” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 149).

²²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 196.

²³⁰ Idem, *ibidem*, p. 196.

²³¹ Idem, *ibidem*, p. 196.

maior²³². Nas **crises das situações jurídicas**, “que se eliminam instituindo entre os litigantes uma situação jurídica nova²³³, a respectiva técnica consiste na aplicação das sentenças constitutivas, “cujo efeito é a instituição de uma situação jurídica nova, diferente daquela lamentada pelo autor – criando uma relação jurídica antes inexistente entre os litigantes ou impondo a modificação ou extinção da que já existisse²³⁴”.

O respeitável doutrinador faz, também, uma distinção entre demanda, sentença e tutela jurisdicional, institutos geralmente utilizados para se referir a mesma atividade, enfatizando que a tutela jurisdicional não consiste na prolação da sentença em si mesma, mas é produzida por ela e pelos efeitos que projeta sobre a vida das pessoas, consistindo na efetiva concretização, em benefício do vencedor, de uma situação melhor que a existente antes do processo e do provimento jurisdicional que ali o juiz emite. A sentença de mérito é o meio de oferta dessas situações melhores por obra dos juizes, ou seja, modo de oferecer a tutela jurisdicional. Esta, em si mesma, não se confunde com a sentença que a concede nem é rigorosamente correto afirmar que sempre a sentença produza a tutela programada em abstrato pelo direito positivo: uma condenação não satisfeita pelo obrigado e não levada à execução ficou a meio caminho e não ofereceu tutela plena ao credor. Para o autor, esse é um dos aspectos da efetividade do processo como meio de proporcionar a tutela jurisdicional, que constitui tema de grande interesse e atualidade na moderna ciência do direito processual civil²³⁵.

A interpretação de Dinamarco²³⁶ leva em consideração a satisfação fática e não, propriamente, a satisfação jurídica. Para a maioria da doutrina, entre eles Chiovenda, Barbosa Moreira e Victor Marins²³⁷, a satisfação do direito ocorre juridicamente, ou seja, com a declaração da existência ou inexistência da respectiva titularidade do direito aduzida em juízo. Tal questão, levando-se em consideração a efetividade do processo e a real prestação jurisdicional, é, no mínimo, polêmica e está longe de ser dirimida.

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 196.

²³³ Idem, ibidem, p. 196.

²³⁴ Idem, ibidem, p.196.

²³⁵ Idem, ibidem, p. 203-204 .

²³⁶ Conforme Dinamarco, “a tutela constitutiva e as executivas de toda ordem são satisfativas, porque acrescem ao patrimônio do sujeito algo mais que a mera certeza. A tutela condenatória não é satisfativa e não é tutela plena, porque nada acresce ao patrimônio do destinatário” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 152).

²³⁷ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 67.

Já com relação à expressão **demanda** e sua devida aplicação, Dinamarco esclarece:

É muito cara à doutrina clássica do processo civil a classificação das ações segundo a espécie de sentença que se pede no exercício de cada uma delas. Daí, ação meramente declaratória, com o pedido de sentença meramente declaratória (positiva ou negativa); ação constitutiva, cujo pedido é de sentença constitutiva (também positiva ou negativa); e ação condenatória, voltada à sentença de condenação. Essa classificação tem o mérito de ser puramente processual, evitando os critérios herdados da tradição romana e impregnados de elementos inerentes ao direito subjetivo afirmado pelo autor. Ainda assim, mais coerente com a moderna visão do processo civil é classificar as demandas, como concretas iniciativas de pedir a tutela jurisdicional. Ação é o poder de exigir a realização do processo destinado a produzir um provimento jurisdicional – sentença de mérito, no processo de conhecimento. Ela é exercida mediante um ato de iniciativa do processo, que é a demanda, e por toda uma complexa série de atos de participação ao longo do procedimento. É mais adequado, por isso, classificar as demandas, como atos de iniciativa destinados a conduzir à emissão da sentença, e não as ações, como diferenciados direitos a esse provimento. Existem demandas de declaração, de constituição, de condenação²³⁸.

Em que pese a maioria massacrante da doutrina eleger a expressão “classificação das ações”, não há que se negar a lógica da explanação de Dinamarco. A **demanda** possui um caráter concreto, uma vez que sinaliza para o próprio procedimento, ao passo que *ação* diz respeito ao direito abstrato de se invocar a tutela jurisdicional. Todavia, a adoção da nomenclatura *ação* neste trabalho ocorre por questões meramente didáticas, sem o intuito de destoar de parcela doutrinária considerável.

Levando-se em consideração o interesse a proteger, a ação de conhecimento pode ser reparatória ou inibitória (preventiva). Será reparatória quando se intentar reparação de direito ou interesse legítimo em razão de sua violação.

Victor Marins, a respeito do tema, prescreve que, se o interessado se julga atingido em sua esfera jurídica por ato ou situação, que lesione determinado interesse, que lhe é assegurado por lei e, por causa disso, suscita a atividade jurisdicional mediante a propositura de ação, estará invocando a tutela jurisdicional reparatória, também chamada de repressiva ou sancionatória. Nessa hipótese, a manifestação do interessado perante o órgão jurisdicional, acusará ter havido

²³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 204-205.

violação a direito seu e pleiteará o correspondente ressarcimento. São, na verdade, os casos mais correntes na prática judiciária²³⁹.

E prossegue, afirmando que a realização das providências, que informam a tutela reparatória, ocorre não só pelo julgamento da demanda, no chamado processo de conhecimento, em que o juiz, basicamente, declara qual seja a regra jurídica concreta estabelecida pelo direito para regular o caso submetido a julgamento, mas também consiste em realizar, praticamente, a regra sancionadora decorrente da inobservância daquela primeira regra, isto é, do inadimplemento do obrigado. Em síntese: estabelecida pela sentença a obrigação de reparar o gravame e não cumprido o preceito pelo obrigado, caberá ao órgão judiciário prover processualmente para atingir, sem o concurso do devedor, o resultado prático colimado. Por essa forma torna-se efetiva a regra jurídica inobservada. As medidas a serem tomadas pelo órgão judicial, necessárias à realização do direito reconhecido pela sentença, têm sua feição delimitada pelas eficácias sentenciais, estas, de sua vez, vinculadas, pelo princípio da congruência, ao pedido inicial. Além da eficácia da declaratória, que não exige execução, temos as eficácias constitutiva, condenatória, executiva e mandamental²⁴⁰.

Cumprido ressaltar que a reparação de direito consiste em seu retorno ao *status quo ante*, ou seja, o principal objetivo da tutela reparatória é fazer com o estado das coisas retorne ao seu estado inicial. Portanto, reparar um direito não significa necessária e propriamente revertê-lo em pecúnia.

Com relação à tutela reparatória, leciona Dinamarco que, quando já consumados os atos comissivos ou as omissões lesivas, resta dar remédio à situação criada (repará-la), o que o direito material manda que se faça mediante recondução dos sujeitos, na medida do possível, ao estado precedente à transgressão. Tal é a tutela reparatória, que se distingue da preventiva justamente porque tem cabimento com o fito de restabelecer situações, não de prevenir transgressões²⁴¹.

O autor discorre a respeito da divisão da tutela reparatória em tutela específica e tutela ressarcitória:

²³⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 77-78.

²⁴⁰ Idem, ibidem, p. 79-80.

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 153.

Sempre que jurídica ou materialmente a tutela específica não seja possível – e só mesmo quando não o for – tem lugar a tutela ressarcitória, que é modalidade de tutela reparatória. Ela consiste em propiciar dinheiro em lugar do bem ou da situação subtraída ao demandante, em casos como a perda ou destruição do bem devido, a alienação a terceiro do imóvel prometido à venda (sem que a promessa haja sido levada a registro) etc. O direito moderno vem progressivamente impondo a tutela específica, a partir da idéia de que na medida do que for possível na prática, o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa sapientíssima lição (Giuseppe Chiovenda), lançada no início do século, figura hoje como verdadeiro *slogan* da moderna escola do processo civil de resultados, que puna pela efetividade do processo como meio de acesso à justiça e proscreve toda imperfeição evitável. A reforma do Código de Processo Civil deu especial ênfase à prioridade da satisfação específica dos direitos, municiando o juiz de severíssimos poderes destinados a obter o cumprimento das obrigações de fazer ou de não-fazer, ou, de todo modo, a oferecer ao credor um resultado prático equivalente ao cumprimento – sempre com a expressa advertência de que a solução pecuniária só se admitirá por opção do próprio credor ou quando impossível a satisfação *in natura*²⁴².

Dessa forma, necessário se dissipar a idéia, estabelecida culturalmente entre nós, que a reparação do direito e sua respectiva satisfação ocorrem mediante o pagamento em dinheiro.

Em exaustivo posicionamento, Marinoni ressalta que a tutela reparatória tem origem no Estado Liberal, quando o Estado, com sua “mão invisível”, pouco se preocupava com as relações entre os particulares, limitando-se a proporcionar ordem e segurança pública²⁴³.

De forma extremamente crítica, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart analisam que o processo civil clássico fundou-se nas idéias liberais clássicas, dentre elas na de que a liberdade individual deveria ser preservada a qualquer custo, sendo impossível ao juiz, nessa linha, atuar sobre a vontade do réu para constrangê-lo a adimplir sua decisão. É por isso que a sentença declaratória é a que melhor atende aos anseios do direito liberal e a que menos importa quando se pensa em uma tutela inibitória realmente efetiva. A sentença declaratória, concebida como sentença que regula apenas formalmente uma relação jurídica, sem interferir concretamente na realidade social, está totalmente de acordo com a concepção

²⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 153-154.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 35. Nesse sentido, ver também MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 224; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 49; MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Específica (Arts. 461, CPC e 84, CDC). In: FIUZA, César Augusto de Castro et alli (Coord.). *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 288; ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 75.

liberal de Estado, precisamente com a idéia de que o juiz não pode interferir na esfera jurídica do indivíduo. Salientam que o juiz que não pode interferir na esfera jurídica do particular também não pode tutelar os direitos que dependem de um magistrado que possa atuar sobre a vontade do cidadão. Acontece que o processo civil tradicional – fundado nas idéias de procedimento comum, sem tutela antecipatória, e na classificação trinar das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória) – foi concebido para dar tutela aos direitos patrimoniais de cem anos atrás. Para o direito liberal não só não importava a qualidade da parte como também não importava a qualidade do bem em litígio. Relembrem que a essa abstração, isto é, a essa indiferença pela diversidade das pessoas e dos bens correspondia, no plano da sanção que podia ser imposta pelo juiz, a tutela ressarcitória, que não alterava – e isso era adequado para o direito liberal – o natural funcionamento dos mecanismos de mercado²⁴⁴.

E prosseguem o raciocínio, ressaltando que a tutela ressarcitória, limitando-se a exprimir o equivalente em dinheiro do bem almejado, nega as necessidades de determinado grupo ou classe e a diversidade de importância dos bens. Para eles, nada mais natural quando o objetivo é o de preservar o funcionamento de mercado, sem qualquer preocupação com a tutela das posições social e economicamente mais fracas. Se o direito a ser tutelado possuía natureza patrimonial, e podia – conservando sua importância e valor – ser convertido em pecúnia, a tutela ressarcitória pelo equivalente era efetiva em caso de violação de direito. Nessa mesma linha, não se poderia pensar em tutela inibitória ou em tutela preventiva, uma vez que o juiz não podia interferir na liberdade do indivíduo, obrigando-o a não cometer um ilícito, e o direito que necessitava de tutela, por ser patrimonial e poder ser convertido em dinheiro, e, tomando-se em consideração essa última hipótese, não era sequer preciso a concepção de uma tutela preventiva²⁴⁵.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, para uma verdadeira técnica processual e efetiva tutela dos direitos, deve-se ter em mente, além da tutela ressarcitória, as tutelas inibitória e reintegratória. Ele explica que a falta de distinção entre ilícito, compreendido como ato contrário ao Direito, e dano, visto como uma consequência meramente eventual do ilícito, levou a doutrina a unificar as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, supondo que a tutela contra o ilícito já praticado sempre

²⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 75-76.

²⁴⁵ Idem, ibidem, p. 76-77.

seria a tutela de reparação de dano, enquanto que a tutela preventiva sempre configuraria uma tutela destinada a evitar o dano²⁴⁶.

Em decorrência de tal raciocínio, Marinoni proclama a necessidade de se distinguir tutela contra o ilícito e tutela contra o dano:

Entendeu-se por muito tempo que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerava o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito. A unificação da categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil, fruto da idéia – que é resultado de uma visão ‘mercificante’ dos direitos – de que a única tutela contra o ilícito consiste na reparação do dano, ainda está presente na doutrina brasileira... Contudo, o dano não é elemento constitutivo da *fattispecie* do ilícito; relaciona-se ele com a obrigação de indenizar, e não propriamente com o ilícito, do qual é uma consequência meramente eventual. A configuração de uma tutela voltada apenas contra o ato contrário ao Direito implica a quebra do dogma – de origem romana – de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica. A confusão entre ilícito e dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão. Não era possível perceber que pode haver a necessidade de uma tutela contra um ato contrário ao Direito independentemente de este ato ter ou não produzido um dano. Com efeito, a confusão entre ilícito e dano não deixa luz para que se perceba que há uma tutela contra o ilícito já praticado que não pressupõe o dano e o elemento subjetivo, isto é, a culpa ou dolo²⁴⁷.

A partir destas avaliações, Marinoni estabelece parâmetros diferentes para se estabelecer a tutela adequada ao caso concreto. O autor distingue tutela reintegratória de tutela ressarcitória. Preconiza que a tutela reintegratória – que é uma tutela contra o ilícito, e não uma tutela contra o dano – visa a remover ou eliminar o próprio ilícito, vale dizer, a causa do dano; ela não visa a ressarcir o prejudicado pelo dano. No caso da tutela reintegratória é suficiente a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou ocorreu um dano. Assim, a tutela ressarcitória, além de pressupor a existência de um dano, expressa uma forma de responsabilidade fundada, em regra, na culpa ou no dolo, ou, em outras palavras, na correlação do evento danoso ao sujeito, que se exprime através da chamada imputabilidade. A tutela reintegratória, ao contrário, prescinde da culpa ou do dolo,

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 220.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 221-222.

enquanto tem por escopo eliminar uma situação de ilicitude, sem a necessidade de qualquer valoração do comportamento de quem impede tal resultado²⁴⁸.

Já a tutela inibitória (ou preventiva) tem por objetivo impedir a prática de um ato contrário ao Direito, evitando também sua repetição ou continuação. Marinoni eleva a tutela inibitória à categoria de principal tutela jurisdicional a ser colocada à disposição do indivíduo, pois é sempre direcionada para o futuro, na intenção de evitar qualquer lesão a direito. Assim, em sua obra com Sérgio Cruz Arenhart, ele leciona:

Em vista de sua importância, a tutela inibitória é a que requer maior estudo. Se é imprescindível uma tutela dirigida unicamente contra a probabilidade da prática do ato contrário ao direito, é também necessária a construção de um procedimento autônomo e bastante para a prestação dessa modalidade de tutela. É preciso que se tenha, em outras palavras, um procedimento que culmine em uma sentença que ordene sob pena de multa e que admita uma tutela antecipatória da mesma natureza... Trata-se de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível dentro da sociedade contemporânea, em que se multiplicam os exemplos de direitos que não podem ser adequadamente tutelados pela velha fórmula do equivalente pecuniário. A tutela inibitória, em outras palavras, é absolutamente necessária para a proteção dos chamados novos direitos²⁴⁹.

A partir da previsão constitucional do acesso à justiça e à disposição de que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, a doutrina é uniforme no sentido de se garantir não só o acesso à justiça, mas também uma justiça adequada e efetiva. No ensinamento de Marinoni e Arenhart, a tutela inibitória é o símbolo de tal efetividade processual, eis que prima por evitar a violação do direito material. Em outras palavras, eles ponderam que, se o ordenamento jurídico afirma determinados direitos – como o direito à honra, o direito à imagem, o direito à higidez do meio ambiente etc. – e estes, por sua natureza, não podem ser violados, o legislador infraconstitucional está obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito. Na verdade, conforme se manifestam, se a existência do direito material, em nível de efetividade, depende da efetividade do processo, não há como se negar que a instituição de direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória faz surgir, por consequência lógica, direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material. Aliás, ressaltam, se a única sanção do ilícito fosse a tutela ressarcitória, o próprio conceito de norma jurídica estaria comprometido, já que o direito não estaria sendo

²⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 222-223.

²⁴⁹ Idem, ibidem, p. 484-485.

garantido adequadamente pela sanção presente na própria norma jurídica. É por isso que não temos dúvida alguma em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico preocupado em efetivamente garantir – e não apenas em proclamar – os direitos²⁵⁰.

Esclarecem, ainda, que a tutela inibitória, contudo, não visa apenas a impedir um fazer, ou seja, um ilícito comissivo, mas destina-se a combater qualquer espécie de ilícito, seja ele comissivo ou omissivo. O ilícito, conforme a espécie de obrigação violada, pode ser comissivo ou omissivo, o que abre oportunidade, por conseqüência, a uma tutela inibitória negativa – que imponha um não fazer ou a uma tutela inibitória positiva – que imponha um fazer²⁵¹.

Victor Marins também relembra a importância da tutela inibitória como forma de satisfação de um direito, lembrando a Carta Constitucional de 1988, que inovou ao incluir a ameaça do rol dos direitos tutelados pelo Estado. Antes de 1988, a inafastabilidade do controle jurisdicional somente se limitava aos casos de lesão a direito, estabelecendo em sua redação primitiva que “A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 153, § 4.º). Com a nova Constituição, a ameaça passou a ser objeto de análise autônomo e sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário. A partir de então, se estabeleceu forma genérica de tutela jurisdicional preventiva. Não há dúvidas quanto à proteção do legislador constituinte em tutelar também a ameaça a direito, estabelecendo, portanto, um novo parâmetro ao legislador infraconstitucional na previsão de mecanismos procedimentais especiais como forma de atender também a prevenção de interesses, sejam eles individuais ou coletivos. O autor, nesse sentido, explica que não somente a lesão é objeto de proteção do Estado-juiz. Como Marinoni, ele lembra que também os casos de transgressão à norma jurídica podem causar litígio, culminando na instauração de um processo e na necessidade de atuação dos órgãos jurisdicionais frente a essa problemática. Portanto, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário deve dar ao titular do direito ameaçado uma resposta para o seu conflito. Desta forma, deve-se ter em mente o vínculo existente entre a possível e eventual transgressão do ordenamento jurídico e a imperiosa necessidade de evitar que a transgressão atinja grau irreversível. Nesse sentido, Victor Marins, acrescenta, ainda, não só a possibilidade

²⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 487.

²⁵¹ Idem, ibidem, p. 487.

de a transgressão da lei resultar em situação irreversível, mas a própria dificuldade de reparar os danos decorrentes da lesão, de modo geral, ainda que não inteiramente irreversíveis, tendo-se presentes os meios disponíveis para evitá-la, constituem segura recomendação acerca da superioridade da prevenção sobre a reparação. Com efeito, em muitos casos a iminência da violação do direito transparece por indícios objetivos, concretos. A constatação do fenômeno é importante para proporcionar ao interessado e ao órgão jurisdicional a adoção de providências aptas a evitar a consumação da ofensa e, por conseguinte, do dano. A proteção deferida pelo Estado, nesses casos, qualifica-se como tutela preventiva dos direitos²⁵².

O referido autor ressalta que o sistema processual admite, em muitos casos, a possibilidade de se invocar a tutela jurisdicional antes mesmo de sua lesão, somente pela manifestação de lesão próxima e provável²⁵³. Relembrando as lições de Calamandrei, Victor Marins anota que, a tutela jurisdicional, antes que ao escopo de eliminar *a posteriori* o dano produzido pela lesão de um direito, opera *a priori* ao escopo de evitar o dano que pode derivar da lesão de um direito, ameaçada, mas ainda não realizada. Fala-se, nestes casos, em contraposição à tutela repressiva, de tutela jurisdicional preventiva, na qual o interesse de agir surge não do dano, mas do perigo de um dano jurídico²⁵⁴.

Marinoni e Arenhart, assim como Victor Marins, reconhecem “a nítida superioridade da ação com escopo preventivo sobre a ação que objetiva a reparação do dano”²⁵⁵. Eles fundamentam sua posição:

Quando se fala em tutela em tutela ‘efetiva’, deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso)

²⁵² MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 81-82.

²⁵³ Uma ressalva: ainda que a tutela inibitória ou preventiva tenha como objeto a ameaça a direito, ela não se confunde com a tutela cautelar. Nesta, a ameaça atinge o direito processual, ou seja, a própria eficácia da prestação jurisdicional; naquela a ameaça atinge o direito material posto em discussão. A tutela preventiva possui caráter satisfativo, ao contrário da cautelar (que nunca será satisfativa). Victor Marins explica que a tutela preventiva dos direitos, a exemplo da proteção prevista para os direitos infringidos, é definitiva ou satisfativa (MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim, Obra citada, p. 82). Nesse sentido, Victor Marins corrobora com a posição de Humberto Theodoro Júnior: “Quando a prevenção se destina a resguardar diretamente direitos substanciais da parte, não se pode falar em função cautelar, no sentido técnico, pois a atividade jurisdicional assume características de satisfação de pretensão material” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar apud MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Idem, ibidem, p. 82).

²⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. Introduzione Allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari apud MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Obra citada, p. 83.

²⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 75 .

ou condenar o demandado (na verdade exortar o réu a adimplir a sentença, que, em caso de não-observância espontânea, apenas se sujeita à ação de execução). A necessidade de uma adequada tutela preventiva – que é, sem dúvida, a mais importante de todas as tutelas – exige a estruturação de um procedimento de conhecimento autônomo, dotado de tutela antecipatória, e que desemboca em sentença que possa impor um não fazer ou um fazer sob pena de multa. Um procedimento desse tipo – que permite a concessão de tutela inibitória – é absolutamente fundamental em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não-patrimoniais, os quais não podem ser efetivamente tutelados através das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, ou seja, através das sentenças de classificação trinária²⁵⁶.

Disso decorre a importância da classificação das ações e a necessidade de se adotar a classificação quinária como a mais adequada a tutelar os direitos postos em jogo, eis que as ações da denominada classificação trinar (declaratória, constitutiva e condenatória), não são suficientes para atingir a efetividade processual proclamada pela maioria massacrante da doutrina. A satisfação do credor não basta no plano jurídico (como acontece nas ações condenatórias). Mais do que isso, é preciso ocorrer a satisfação fática, afastando a frustração do jurisdicionado a quem assiste o direito e também a falta de credibilidade do Judiciário, que não realiza, em sua totalidade, o direito solicitado. Desta forma, a moderna doutrina processualista proclama a aplicação de medidas coercitivas impostas pelo magistrado para que ocorra o cumprimento da sentença, a exemplo do que ocorre com as ações sincréticas, ou seja, com as ações executivas *lato sensu* e mandamentais.

2.2.1 CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA

A classificação tradicional das ações aponta para o modelo trinário. É trinária a classificação por admitir, entre as ações de conhecimento, as ações meramente declaratórias, as ações constitutivas e as ações condenatórias. Tal classificação até hoje é defendida por parcela considerável da doutrina, que não aceita as chamadas **ações sincréticas** (executivas *lato sensu* e mandamentais) como espécie de tutela jurisdicional autônoma.

²⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 75 .

Dinamarco estabelece que “existem demandas de declaração, de constituição, de condenação”²⁵⁷. O autor, ao explicar a tutela jurisdicional no processo civil de conhecimento, confirma sua posição, alegando que os processos de conhecimentos não diferenciados (vias ordinárias) incluem cognição plena, contraditório desde o início, instrução mais delongada ou menos conforme o caso e, por fim, sentença de mérito. As sentenças de mérito serão condenatórias, constitutivas ou meramente declaratórias, cada qual regida por técnicas e pressupostos diferentes. Ressalta, ainda, que na técnica processual tradicional, a sentença condenatória é ao mesmo tempo o último ato de um processo de conhecimento e o pressuposto de uma futura execução²⁵⁸.

Em outra passagem, o presente autor, examinando o sistema processual pelos resultados que é capaz de oferecer em face das diferentes situações da vida trazidas em busca de remédio, conclui que resumidamente elas são três e três são os possíveis resultados da jurisdição, assim dispostos: a) crise de certeza, tutela declaratória, resultado certeza; b) crise de situações jurídicas, tutela constitutiva, resultado modificação jurídica; c) crise de adimplemento, tutela executiva, resultado atribuição do bem da vida²⁵⁹.

Não é outra também a posição de Vicente Greco Filho:

Quanto ao tipo de provimento jurisdicional invocado, as ações podem ser: de conhecimento, de execução e cautelares. As ações de conhecimento, por sua vez, subdividem-se em ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Serão declaratórias quando o pedido for de uma decisão que simplesmente declare a existência ou inexistência de uma relação jurídica (ex., a declaração da inexistência de um débito); constitutivas, quando o pedido visar a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (ex., ação de separação judicial, antigo desquite); e condenatórias quando visam a imposição de uma sanção, ou seja, uma determinação cogente, sob pena de execução ou cumprimentos coativos²⁶⁰.

Mas o autor faz uma ressalva ao lembrar que não existem ações pura e exclusivamente declaratórias, constitutivas ou condenatórias ou exclusivamente de conhecimento, de execução ou cautelar, porque pode haver pedido de provimento

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 205.

²⁵⁸ Idem, ibidem, p. 138.

²⁵⁹ Idem, ibidem, p. 152.

²⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. Obra citada, p. 95.

executivo em processo de conhecimento e no de execução ou cumprimento da sentença também há cognição, ainda que de profundidade e finalidade diferentes²⁶¹.

Moacyr Amaral Santos também adota o trinômio declaração-constituição-condenação para especificar a atividade jurisdicional de conhecimento. Explica que esta provoca uma providência jurisdicional que reclama, para sua prolação, um processo regular de conhecimento, por meio do qual o juiz tenha pleno conhecimento do conflito de interesses a fim de que possa proferir uma decisão pela qual extraia da lei a regra concreta aplicável à espécie. O processo, de que se vale o órgão jurisdicional, se diz de conhecimento, porque através dele conhecerá com segurança não só a pretensão do autor como a resistência que lhe opõe o réu, isto é, a lide posta em juízo. Trata-se de processo que conclui por uma decisão, uma sentença que, declarando quanto à relação jurídica entre as partes, atuará a lei à espécie. Necessariamente, aduz o autor, em todo processo de conhecimento, o juiz, depois de se inteirar do conflito de interesses, depois de conhecê-lo plenamente, declarará quanto à existência da relação jurídica entre as partes e, por isso mesmo, o processo de conhecimento também se denomina processo de declaração, tanto mais que o juiz, na decisão, declarará a vontade da lei reguladora do caso concreto. Assim, dá-se também às ações de conhecimento a denominação de ações de declaração, no sentido amplo. Aliás, como assevera, as expressões 'ações de declaração', ou 'ações de declaratórias', no sentido amplo, exprimem com exatidão o sentido da providência jurisdicional a que visam, qual seja uma decisão declarando o direito aplicável à espécie. Seu posicionamento é no sentido de afirmar que as ações de conhecimento se reúnem em três grupos: ações declaratórias propriamente ditas, ou ações meramente declaratórias, ações condenatórias e ações constitutivas²⁶².

Humberto Theodoro Júnior também adota a classificação trinária:

A ação de cognição, que provoca a instauração de um processo de conhecimento, busca o pronunciamento de uma sentença que declare entre os contendores quem tem razão e quem não a tem, o que se realiza mediante determinação da regra jurídica concreta que disciplina o caso que formou o objeto do processo. Pode a ação de conhecimento ser desdobrada em: a) ação condenatória; b) ação constitutiva; e c) ação declaratória²⁶³.

²⁶¹ GRECO FILHO, Vicente. Obra citada, p. 95-96.

²⁶² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 184.

²⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59-60.

Defensor veemente da classificação trinária, Humberto Theodoro Júnior fundamenta seu posicionamento alegando que as ações sincréticas, que caracterizam a classificação quinária, em nada diferem, quanto ao *objeto*, às ações condenatórias. Para o autor, todas têm o mesmo objetivo: o acertamento da “crise de falta de cooperação” por parte do devedor, a declaração da existência do direito alegado pelo credor e a sanção respectiva pelo inadimplemento, com a definição da prestação a ser realizada pela parte vencida em benefício da parte vencedora da demanda. O que difere as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais das ações condenatórias é a técnica utilizada (a forma utilizada para operar os efeitos condenatórios) para satisfazer, no plano fático, o direito do credor.

Apresentamos seu posicionamento, a partir da reforma do Código de Processo Civil realizada pela Lei 11.232/2005:

Antigamente, tinha o credor de instaurar sempre um novo processo (processo de execução, por meio do exercício de uma nova ação (a ação de execução de sentença), para fazer atuar a tutela jurisdicional até suas últimas conseqüências. A efetividade da jurisdição, para o credor, não era alcançada no processo de conhecimento, pois ficava na dependência de novo processo posterior ao encerramento da relação processual cognitiva. Como em alguns casos, a lei permitia a expedição do mandado de cumprimento da sentença, de imediato, sem necessidade de movimentação da ação executiva autônoma, construiu-se uma teoria segundo a qual seriam de naturezas distintas (a) a sentença condenatória (exequível por meio de nova ação – a ação executiva); e b) a sentença executiva *lato sensu* e a sentença mandamental (estas exequíveis por simples mandado, dentro da mesma relação processual. A distinção era, porém, equivocada. Pelo objeto, não havia distinção entre os dois grupos de sentenças. Todos se referiam a acertamentos de direitos violados e de sanções correspondentes. A diferença não estava no ato de sentenciar, mas apenas na forma de operar os efeitos condenatórios. Quando se classificavam as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, sempre se levava em conta o objeto (o conteúdo do ato decisório). Já quando se cogitou das sentenças executivas e mandamentais, o que se ponderou foram os efeitos de certas sentenças²⁶⁴.

E é enfático ao explicar e criticar a técnica utilizada para classificar as sentenças respectivas, ressaltando que não pode uma classificação ora lastrear-se no objeto, ora nos efeitos, sob pena de violar, em suas palavras, “comezinha regra de lógica”: toda classificação deve compreender todos os objetos do universo enfocado e deve observar um só critério para agrupar as diversas espécies

²⁶⁴ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 133-134.

classificadas. Neste sentido, pode haver, portanto, classificação por objeto e classificação por efeitos. Não pode, todavia, admitir-se correta uma classificação que utiliza, para formação de alguns grupos de elementos, o critério do conteúdo e, para outros, o dos efeitos. Isto levaria, fatalmente, a superposições e conflitos entre as espécies irregularmente agrupadas²⁶⁵.

Portanto, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais não seriam uma nova espécie de ações. Estas, na verdade, seriam espécies da qual ação condenatória seria gênero, uma vez que haveria identidade de objeto entre todas. Todavia, o modo de operar os efeitos da condenação seria diferente, caracterizando ou uma ou outra situação (ou executiva *lato sensu* ou mandamental)²⁶⁶. Theodoro Júnior reforça sua teoria, analisando a classificação das ações à luz das alterações do Código de Processo Civil advindas da lei em comento:

Assim, à luz do critério censurado, a sentença que ordena a entrega de coisa até recentemente era sentença condenatória, cuja execução se dava pelo processo da *actio iudicati*. Depois da Lei n.º 10.444, de 07.05.2002, que introduziu o art. 461-A no CPC, teria adquirido a natureza de sentença executiva, já que passou a ser exeqüível sem depender da *actio iudicati*. Houve, porém, alguma alteração em seu conteúdo ou objeto? Nenhuma. Seu cumprimento (ato externo e ulterior) é que mudou de critério operacional. Enfim, com a reforma arquitetada pela Lei n.º 11.232, de 22.12.2005, todas as sentenças passaram a um regime único de cumprimento e nenhuma delas dependerá mais de ação executiva separada para ser posta em execução. Terá sido extinto algum tipo de sentença quanto ao objeto ou conteúdo? Nenhum. As sentenças, como sempre, continuarão a ser, segundo o conteúdo, declaratórias, constitutivas e condenatórias²⁶⁷.

Barbosa Moreira, em conferência pronunciada nas V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, em Foz do Iguaçu, em agosto de 2003, apontou a problemática existente quanto à classificação das ações e o equívoco que se faz presente na sistematização que pretende alçar a uma categoria autônoma as ações

²⁶⁵ THEODORO JÚNIOR. Humberto. Obra citada, p. 134.

²⁶⁶ Humberto Theodoro Júnior sugere a classificação mais adequada: “Se se pretender uma classificação correta das sentenças quanto aos efeitos, poder-se-iam agrupá-las em: (a) sentenças de eficácia interna ou imediata, cuja força eficaz se realiza e se exaure dentro do próprio ato decisório (casos, em regra, das declaratórias e constitutivas) e (b) sentenças de eficácia externa ou mediata (casos em que os efeitos são produzidos fora do ato decisório, dependendo de atos ulteriores da parte ou do juiz), como se dá nas sentenças que impõem prestações à parte vencida. É o que se passa com as sentenças condenatórias e outras que, mesmo não contendo o comando próprio das condenatórias, são dotadas de força executiva por disposição legal, a exemplo das que homologam acordo, julgam a partilha ou a prestação de contas e até as próprias declaratórias, quando acertam não só a existência da relação controversa como também reconhecem sua violação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Idem, p. 134).

²⁶⁷ THEODORO JÚNIOR. Humberto. Idem, p. 134-135.

executivas *lato sensu* e as ações mandamentais, formando estas, juntamente com as ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, a denominada “classificação quinária”.

Em sentido similar ao de Humberto Theodoro Júnior, ele critica as bases metodológicas que fundamentam tal classificação:

A classificação quinária, em suas linhas gerais, obteve, na doutrina posterior. Adesões valiosas mas em número relativamente pequeno. Viria a ressurgir em data recente o interesse pelo assunto, sobretudo em razão de inovações legislativas, entre as quais as disposições do art. 84, caput, § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11-9-1990) e a modificação, nelas inspirada, do art. 461 do Código de Processo Civil, ex vi da Lei n.º 8.952, de 13-12-1994, notadamente a atribuição, que se dá ao juiz, de determinar, ‘para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente’, ‘as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva’ (art. 461, § 5.º, na redação da Lei n.º 10.444, de 7-5-2002. Somam-se a isso, agora, outros aspectos da reforma, em curso, da execução. As repercussões dessas mudanças na teoria da classificação das ações suscitam extensa e complexa problemática, que está longe de ver-se enfrentada em sua integral dimensão, e muito mais de ver-se exaurida, nas elaborações doutrinárias, várias delas sem dúvidas meritórias, até aqui desenvolvidas. Não é, nem poderia ser, propósito meu oferecer neste ensejo soluções prontas e acabadas para todas as questões que reclamam exame. O que se pretende aqui é apenas fazer um levantamento das principais e apontar certas premissas metodológicas sem cuja observância não será fácil alcançar resultados positivos na matéria²⁶⁸.

Neste momento de sua palestra, o autor mencionado parte para análise do conteúdo e dos efeitos da sentença condenatória, como assinalado posteriormente também por Theodoro Júnior:

Convém começar por tema na verdade discutido há muito tempo, ao qual até se pode chamar clássico na doutrina processual, mas que se entrosa com outros de candente atualidade. Refiro-me à identificação do *quid* essencial da sentença condenatória, e em termos mais específicos daquilo que a distingue da sentença meramente declaratória. Diversas propostas, bem se sabe, foram apresentadas ao longo dos anos. Algumas delas buscam o elemento diferencial no conteúdo da sentença condenatória, ao passo que outras põem a tônica no respectivo efeito; nem faltam as que conjugam ambas as referências [...]. Toda classificação é, antes de mais nada, uma operação lógica. Ora, em qualquer manual elementar de lógica encontram-se várias regras básicas, e uma delas impõe que o critério classificatório seja uniforme. Aplicado à matéria de que estamos cuidando, ele exclui que se possa legitimamente colocar a tônica, para uma classe, no conteúdo da sentença e, para outra, nos efeitos [...]. Em suma: podemos classificar as sentenças de acordo com seu conteúdo, ou de acordo com os

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões Novas em Matéria de Classificação das Sentenças. In: _____. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 132-133.

efeitos. O que decididamente não podemos é passar, no meio do caminho, de um critério a outro²⁶⁹.

Independentemente das discussões metodológicas a respeito dos critérios utilizados para realizar a classificação das ações, tem-se que, no plano da satisfação fática daquele que tem seu direito lesado, a classificação trinária, muito embora defendida por grandes nomes da doutrina processual pátria, não atende suficientemente a idéia de efetividade processual. Isso porque negam a eficácia das ações executivas *lato sensu* e das ações mandamentais, chamadas de sincréticas por serem auto-executáveis, ou seja, por não necessitarem de processo executivo autônomo, podendo ser satisfeitas no próprio processo de conhecimento em que foi proferida a respectiva sentença. O certo é que a forma pela qual ocorrerá a satisfação diverge da forma utilizada nas ações condenatórias, uma vez que estas utilizam meios sub-rogoratórios indiretos e típicos. As ações sincréticas, por sua vez, possibilitam ao juiz adaptar os meios de coerção necessários a cada caso concreto, caracterizando, portanto, meios atípicos (multas, busca e apreensão, retenção de bens etc.).

Tal classificação vem sendo amplamente criticada pela moderna doutrina processualista. Isto porque, tal classificação não atende à finalidade social a que o processo, enquanto instrumento da jurisdição, se propõe. Negar eficácia às tutelas executivas *lato sensu* e às tutelas mandamentais equivale, para parcela considerável da doutrina, negar a própria tutela jurisdicional. Tal argumentação é sustentada na necessidade de o ordenamento jurídico prever fórmulas capazes de obrigar a parte vencida a cumprir a determinação trazida no bojo da sentença. Para esse mister, importante a aplicação de meios adequados a cada caso concreto, como por exemplo, a aplicação de multas (as chamadas *astreintes*), que forçariam a satisfação fática da parte vencedora.

Não é por outro motivo a crítica oportuna de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a tradição classificação das ações baseadas no trinômio ação declaratória-ação constitutiva-ação condenatória transforma o juiz em mero aplicador da vontade da lei e não em criador de direito. A realidade atual demonstra a necessidade de um papel muito mais ativo do poder jurisdicional, uma vez que a classificação trinária

²⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 141.

remete aos ideais do Estado Liberal, em que a atividade estatal se limitava a garantir a segurança e a ordem social, sem se interferir nos assuntos dos particulares.

O referido autor apresenta sua postura extremamente crítica quanto ao modelo trinário, alegando que a classificação chiovendiana das tutelas não poderia deixar de receber a influência das doutrinas liberais do final do século XIX. As tutelas da classificação trinária, todas elas *lato sensu* declaratórias, refletem essa idéia, já que não permitem ao juiz dar ordens. Em seu entendimento, não é apenas a tutela declaratória *stricto sensu* que está comprometida com os valores do Estado liberal; a sentença condenatória igualmente obedece a esses valores, pois também atua apenas no plano normativo. O juiz, através da sentença condenatória, além de declarar, aplica a sanção, abrindo as portas para a execução forçada. O que interfere, em concreto, no plano da realidade social é somente a execução. Explica que, sem a ação de execução, a sentença condenatória ficaria reduzida a uma espécie de sentença declaratória e a idéia de jurisdição como função meramente declaratória está nitidamente comprometida com o princípio da separação dos poderes e, principalmente, com a relevância institucional que foi dada pelo direito liberal ao Poder Legislativo. A tutela *lato sensu* declaratória, neste sentido, apenas reafirmaria a vontade da lei e a autoridade do Estado-legislador; o juiz seria, em outras palavras – e como desejou Montesquieu –, apenas a boca da Lei²⁷⁰.

Marinoni analisa a classificação trinária e aponta a atuação equivocada do magistrado na ação condenatória:

O juiz da sentença condenatória é um juiz sem qualquer poder criativo e de *imperium*, pois a sentença condenatória liga-se apenas – em razão do princípio da tipicidade dos meios executivos – às formas de execução por sub-rogação previstas na lei. Ao contrário, o juiz que pode sancionar suas ordens com a multa, ou mesmo determinar as medidas ‘necessárias’ para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, em conformidade com os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, afasta-se daquela figura do juiz ‘neutro’ e inerte, tão ao gosto do direito liberal [...]. A sentença condenatória, compreendida como uma sentença que se liga à execução por sub-rogação, afasta-se da idéia de coerção sobre a vontade do obrigado. A correlação entre a condenação e a execução por sub-rogação, implícita no conceito clássico de sentença condenatória, tem um evidente compromisso com a ideologia liberal, já que evidencia que o juiz não pode atuar sobre a vontade do réu mediante o uso da coerção, privilegiando, assim, o valor da liberdade individual. A sentença declaratória, enquanto tutela que regula apenas formalmente (sem interferir na esfera do particular) uma relação jurídica já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, também reflete a idéia de uma rígida delimitação dos poderes de intervenção estatal na vida

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 49-50

privada. Na realidade, tanto a sentença declaratória quanto a sentença condenatória refletem não só as doutrinas que inspiraram o artigo 1.142 do Código Napoleão, pelo qual toda obrigação de fazer e não fazer, em caso de inadimplemento, se resolve em perdas e danos, como também a ideologia que deu origem ao dogma de que a coercibilidade das obrigações constitui um atentado contra a liberdade e a dignidade dos homens. Para resumir, é possível dizer que a classificação trínaria traduz a idéia, peculiar ao Estado liberal, de não se permitir ao juiz interferir na esfera jurídica do particular, bem como a função que o próprio direito liberal reservou ao juiz, que não podia exercer *imperium*, mas apenas afirmar a vontade da lei²⁷¹.

A classificação trinária não abre espaço para a chamada nova tutela de direitos, em que se incluem as tutelas preventivas, que necessitam de medidas coercitivas para obrigar o condenado ao cumprimento da determinação jurisdicional. Não se pode mais conceber a proteção dos direitos mediante tal classificação. Além disso, conferem apenas às ações condenatórias o título executivo, reafirmando o binômio cognição-execução. Desta forma, a celeridade processual e, conseqüentemente, a efetividade, restam comprometidas, uma vez que necessitam de dispêndio maior de tempo e recursos até a final satisfação fática almejada. Crucial, portanto, abandonar a ideologia individualista e de cunho liberal que impedem a satisfação fática do titular do direito lesado ou ameaçado, adotando-se, efetivamente, a classificação quíntaria para a tutela dos direitos. Tal classificação, como será visto em momento oportuno, é a que mais se coaduna com a busca de um processo civil justo, eficaz e adequado. Deve-se, portanto, somar às ações declaratórias, às ações constitutivas e às ações condenatórias, as chamadas ações sincréticas, ou seja, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais. Estas ações possuem como característica uma maior liberdade de atuação do juiz, que pode usar de meios coercitivos (*astreintes*, por exemplo) para compelir o réu a cumprir a determinação jurisdicional. Não há que se questionar quanto à celeridade que tal sincretismo proporciona ao processo. A realização da satisfação fática no mesmo processo em que houve a satisfação jurídica é um dos melhores caminhos para se respeitar a “razoável duração do processo” e, conseqüentemente, promover a tão desejada efetividade processual.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 53-55.

2.2.1.1 AÇÕES E SENTENÇAS DECLARATÓRIAS

As ações declaratórias, também denominadas 'meramente declaratórias', são aquelas que, conforme dispõe o Código de Processo Civil em seu artigo 4.º, limitam-se à declaração da existência ou da inexistência de determinada relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento.

Muito embora a maioria massacrante da doutrina explique que toda decisão possui natureza declaratória (*lato sensu*), no caso em tela o interesse do jurisdicionado recai na resposta à determinada dúvida existente acerca de certa relação jurídica. Nas ações declaratórias, o juiz apenas ratifica uma realidade já existente e demonstrada pelos meios probatórios levados a juízo. Não realiza, todavia, a atividade investigativa necessária para apresentar o seu próprio juízo de valor e modificar a realidade fática das partes. Aqui, ele apenas atesta a existência (declaratória positiva) ou inexistência (declaratória negativa) da relação jurídica posta em dúvida.

Ocorre, nesse caso, o que Dinamarco chama de **crise de certeza**, cuja essência já foi analisada anteriormente no presente trabalho. Todavia, o autor faz uma reflexão mais detalhada acerca do tema:

A mais simples dessas situações da vida, que o sujeito lamenta ao demandar em juízo, é a crise de certeza, representada por dúvidas objetivas criadas no meio social no tocante a direitos e obrigações ou à existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas (p. ex.: o suposto devedor afirma em público que nada mais deve porque já pagou ou porque nunca foi devedor, enquanto o outro sujeito afirma que é credor e continua sendo porque nada recebeu). A tutela jurisdicional adequada para dirimir essa situação da vida das pessoas é a que a ordem processual outorga mediante as sentenças meramente declaratórias. Essas sentenças de mérito não alteram situações jurídicas nem mandam pagar, entregar, fazer ou não fazer – nem preparam alguma futura execução. Simplesmente afirmam ou negam a existência de direitos, obrigações etc., caracterizando pois a tutela meramente declaratória. Consiste essa tutela na oferta de um bem jurídico relevante na vida das pessoas em sociedade, que é a certeza jurídica – certeza da existência ou certeza da inexistência da relação jurídica substancial, ou ainda certeza quanto ao modo-de-ser dessa relação (valor da obrigação, condições de sua exigibilidade etc.). Onde havia a crise de certeza, como efeito da sentença meramente declaratória passa a haver certeza²⁷².

Jônatas Moreira de Paula, de forma elucidativa, discorre a respeito da tutela declaratória, expondo que esta tem por finalidade única e exclusiva declarar a

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 150.

existência ou a inexistência de uma relação jurídica ou a falsidade de documento (CPC, art. 4.º). Deverá ser manejada por ação declaratória antes ou depois da lesão ao direito subjetivo, admitindo-se a chamada ação declaratória incidental para questionar a existência ou não da relação jurídica que definirá a sorte da ação principal (CPC, art. 5.º). São exemplos dessa modalidade de tutela: ação para declarar a inexistência de débito tributário, ação declaratória de nulidade de ato jurídico (CC, art. 166) e a ação de investigação de paternidade (a doutrina não é pacífica acerca de sua natureza declaratória, sendo que alguns entendem sua postura constitutiva). Os efeitos dessa tutela são *ex tunc*, isto é, retroagem à data do reconhecimento da existência ou não da relação jurídica declarada²⁷³.

Também leciona a respeito das ações meramente declaratórias Moacyr Amaral Santos, para quem as ações meramente declaratórias, como ações de conhecimento que são, isto é, de declaração, visam, como as demais ações desse gênero, a uma declaração quanto a uma relação jurídica. O conflito entre as partes está na incerteza da relação jurídica, que a ação visa a desfazer, tornando certo aquilo que é incerto, desfazendo a dúvida em que se encontram as partes quanto à relação jurídica. A ação meramente declaratória nada mais visa do que a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Basta a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica para que a ação haja atingido a sua finalidade. A ação meramente declaratória não suscita senão uma decisão que declare quanto à existência ou inexistência de uma relação jurídica. Excepcionalmente, provoca a declaração quanto a um fato²⁷⁴.

Ovídio Batista, na esteira da maioria doutrinária, também aponta a eliminação da incerteza como ponto característico das ações declaratórias. Discorrendo sobre o assunto, ele destaca a atividade do juiz, que neste caso, não possui qualquer característica axiológica. O mencionado autor leciona que a função da ação declaratória é fundamentalmente a eliminação da incerteza em torno da inexistência ou inexistência de uma determinada relação jurídica, quando haja, em virtude de circunstâncias especiais, necessidade jurídica e interesse capaz de legitimar este tipo de ação. A tutela declaratória, enquanto tal, esgota-se com a simples emissão da sentença e com a correspondente produção da coisa julgada material. O bem da

²⁷³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2002, p. 74.

²⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Obra citada, p. 176-177

vida, neste caso, usando a terminologia de Chiovenda, é justamente, e apenas, a obtenção de uma sentença com força de coisa julgada, que torne indiscutível, numa eventual demanda futura, a existência, ou a inexistência, daquela relação jurídica que o juiz declarara existir ou não existir. Na ação declaratória, portanto, o juiz não vai além de um juízo de pura realidade, não ultrapassando o domínio do ser ou do não ser: não profere qualquer juízo de valor, não reprova ou condena ninguém, assim como não cria, nem modifica ou extingue qualquer direito ou relação jurídica. Limita-se a declarar o que existe ou o que não existe, no domínio do direito²⁷⁵.

O autor vai além, se aprofundando no tema e fazendo uma ressalva de importante relevância na aplicação da tutela meramente declaratória:

O interesse que legitima a ação declaratória, porém, deve ser demonstrado objetivamente. Não basta o autor estar em estado de dúvida a respeito de seu direito para que a demanda seja procedente. Ele haverá de demonstrar que a incerteza provém de alguma circunstância externa e objetiva, diversa e mais grave do que a simples incerteza subjetiva, ou puramente acadêmica. Não posso, por exemplo, mesmo que esteja em dúvida séria e fundada a respeito de meu direito de propriedade sobre minha casa ou meu automóvel, ingressar em juízo com uma ação declaratória, para que o juiz me declare por sentença proprietário. Se assim procedêssemos, legitimando este tipo de pretensão, estaríamos transformando o juiz em nosso conselheiro, outorgando-lhe a função de um simples parecerista, chamado a opinar independentemente da existência de um conflito de interesses, ao menos virtual, entre os interessados²⁷⁶.

Tem-se, portanto, que as ações declaratórias, consideradas *stricto sensu*, devem ser manejadas sempre que houver dúvida e incerteza acerca de determinada relação jurídica e necessite de declaração do poder jurisdicional sobre de sua existência ou inexistência, além, conforme estabelece o art. 4.º, do Código de Processo Civil, de esclarecer dúvida a respeito da autenticidade ou falsidade de documento.

2.2.1.2 AÇÕES E SENTENÇAS CONSTITUTIVAS

As ações constitutivas existem para criar, modificar ou extinguir determinada relação jurídica. Cumpre ressaltar, como é cediço na doutrina, que todas as ações

²⁷⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. ed. v. I. São Paulo: RT, 2002. pp. 162-163.

²⁷⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Obra citada, p. 163.

possuem carga declaratória, na medida em que o juiz declara a existência ou inexistência do direito deduzido em juízo. Assim é que, antes de formar, alterar ou desconstituir determinada relação jurídica, o juiz declara algo que possibilite tal constituição ou desconstituição.

As ações constitutivas serão positivas quando criarem determinada relação jurídica, como, por exemplo, as ações de interdição, que decretam (constituem) o estado de interdito. Ao contrário, serão negativas, quando desconstituírem determinada relação jurídica, como ocorre nas ações de divórcio, que rompem (desconstituem) o vínculo matrimonial.

Vale lembrar que as ações constitutivas relacionam-se aos chamados direitos potestativos²⁷⁷, ou seja, essas ações têm por objetivo certificar e efetivar tais direitos. Ao contrário dos direitos obrigacionais, que necessitam, para sua satisfação, de um comportamento do sujeito passivo, os direitos potestativos podem ser exercidos pelo próprio titular ou, dependendo do caso por meio de uma medida judicial. Assim, não sofrem lesão, pois são exercidos pelo seu próprio titular²⁷⁸.

Nesse sentido, a doutrina de Chiovenda:

²⁷⁷ César Fiuza leciona: “Haverá direito potestativo quando não se exigir da outra parte nenhuma prestação. O titular exerce seu direito, independentemente de qualquer atitude da outra parte. Exemplos seriam o direito do mandante de revogar a procuração outorgada, o direito do cônjuge de se divorciar etc. Em ambos os casos, nada se está exigindo da outra parte: Nem que dê, nem que faça, nem que não faça algo. O que ocorre é a modificação de situação jurídica: Onde havia mandato, não mais haverá; onde havia casamento, não mais haverá. Os direitos potestativos podem ser exercidos judicialmente ou extrajudicialmente, dependendo do caso. Na hipótese da procuração, não é necessária a propositura de ação. Pode-se revogá-la, até mesmo verbalmente. O Exercício do direito será, então, extrajudicial. Já para o divórcio, não há outra saída. Será forçoso em intentar a devida ação. O direito ao divórcio só pode ser exercido judicialmente. As ações pelas quais se exercem direitos potestativos denominam-se ações constitutivas, porque visam constituir nova situação jurídica” (FIUZA, César. *Direito Civil – Curso Completo*. 8. ed. Belo Horizontes: Del Rey, 2004, p. 249).

²⁷⁸ Ainda a respeito dos direitos potestativos, explica Fredie Didier Jr: “Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de alterar, criar ou extinguir situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração/ criação/ extinção de uma situação jurídica, fenômenos que só operam juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (mundo dos fatos) [...]. A efetivação de um direito potestativo carece de execução, no sentido do termo aqui utilizado. A sentença que reconheça um direito potestativo já o efetiva com o simples reconhecimento e a implementação da nova situação jurídica almejada. A sentença que acolhe uma demanda que veicule um direito potestativo é uma sentença constitutiva, que, portanto, exatamente por isso não gera atividade executiva posterior, em razão da absoluta desnecessidade [...]. Sempre que do processo resultar uma situação jurídica nova ou a modificação/ extinção de uma situação jurídica já existente o caso é de demanda constitutiva [...]. Normalmente, os efeitos de uma decisão constitutiva operam *ex nunc*” (DIDIER JR, Fredie. Obra citada, p. 184).

De sentenças constitutivas falava já a doutrina menos recente, mas como de figuras anormais em face da natureza meramente declarativa da sentença; e enumeravam-se com tais as sentenças que ditavam a separação pessoal ou o divórcio, as que rescindem contratos, as de adjudicação de somas penhoradas, e outras. Mas a categoria dos direitos potestativos permitiu à doutrina moderna conglobar essas e numerosíssimas outras sentenças num grupo distinto, que nada apresenta de anormal com respeito à natureza declarativa das sentenças. Também aquelas são sentenças, como as demais, declarativas; sua particularidade depende exclusivamente da natureza especial do direito que lhes constitui o objeto. Como, pois, pouco a pouco se reconheceu na jurisprudência a categoria dos direitos potestativos, outro tanto sucedeu a categoria das sentenças constitutivas²⁷⁹.

Araken de Assis, em sua obra intitulada “Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo”, observa que o conceito de ação constitutiva se pacifica, após fazer aflorar, surpreendentemente, um debate que a rejeitava, porque teria por suposto uma certa ‘força criadora’ do juiz que, então, ilegitimamente invade o espaço reservado ao legislador. Segundo proclama, recomenda-se que os juízes se coloquem na sua *curul* de juízes. Vencida tal objeção, porque o juiz efetivamente cria algo novo em qualquer sentença, ou porque a eficácia constitutiva tem limites prévios na própria lei, aplaca ambas as escolas a cerca do problema²⁸⁰.

Nesse mesmo sentido, lembra Barbosa Moreira que também na Itália ocorreram incidentes. Nem todos, por exemplo, aceitaram como classe autônoma a das sentenças constitutivas; alguns preferiram assimilá-la à das meramente declaratórias: a diferença estaria apenas no objeto da declaração. Um vestígio dessa resistência ao reconhecimento da autonomia das sentenças constitutivas transparece na terminologia prestigiada, entre outros, por ninguém menos que Carnelutti: falou-se de acerto constitutivo, como se, admitida embora a distinção entre a sentença constitutiva e a meramente declaratória, cumprisse deixar registrada a existência de uma espécie de cordão umbilical a ligar aquela a esta. O apego à função declaratória do processo refletiu-se na análise do conteúdo da sentença constitutiva: houve quem, com grande autoridade, propusesse dividi-lo em dois momentos, de naturezas diversas: um puramente declaratório, em que o juiz se limita a reconhecer o direito do autor a obter uma modificação jurídica, outro consistente em produzir tal modificação; desses dois, só no primeiro deveria atribuir caráter jurisdicional, ao passo que o segundo teria índole administrativa. Ressalva

²⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. v.I Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, p. 242.

²⁸⁰ ASSIS, Araken de. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

Barbosa Moreira que, de qualquer modo, acabou por firmar-se na península a classificação ternária, acrescentando-se que a classificação ternária predomina ainda hoje também noutros países da chamada família romano-germânica, como a Áustria, a Espanha, a Argentina²⁸¹.

Retomando as lições de Dinamarco, com relação à conceituação e à finalidade das ações constitutivas, tem-se que para solução de situações da vida caracterizadas como crises das situações jurídicas a ordem processual oferece a tutela constitutiva, que consiste na criação, modificação ou extinção de alguma relação jurídica entre os litigantes (como, por exemplo, as sentenças que concede a separação judicial, que anula o contrato ou que adjudica a propriedade de um imóvel aos autor). Essa categoria de tutela jurisdicional tem cabimento quando o direito material estabelece o direito do litigante a uma modificação jurídica dessa ordem. Segundo o referido processualista, a tutela constitutiva é a mais perfeita das que têm lugar no processo de conhecimento, porque a sentença já traz em si mesma a sua própria efetivação e o resultado desejado é produzido por ela própria, sem necessidade nem cabimento de processo executivo e sem contar, em momento algum, com a disposição do obrigado a obedecer e a cumprir (anulado o contrato, ele já não existe; passado em julgado a sentença de separação judicial, as partes já estão separadas)²⁸².

Alexandre Câmara também oferece subsídios teóricos sobre as ações constitutivas, afirmando que suas respectivas sentenças por serem compostas por dois “momentos lógicos”: o declaratório e o constitutivo. Isso porque, em sua primeira atividade, o juiz declararia a existência ou a inexistência do direito à alteração para, posteriormente, declarar a ocorrência ou não de tal modificação. O referido autor utiliza como exemplo a sentença que decreta o divórcio: em uma seqüência lógica, o juiz declara o direito à ruptura do vínculo matrimonial e, em logo em seguida decreta a dissolução do casamento. E enfatiza que “esse é o conteúdo da sentença, que não pode ser confundido com seu efeito, consistente no rompimento dos vínculos (direito e obrigações) existente entre as partes, e decorrentes da relação jurídica que se extinguiu”²⁸³.

²⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 127-128.

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 151.

²⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Obra citada, p. 442.

Cassio Scarpinella Bueno, de forma clara e objetiva, explica a tutela constitutiva:

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 forma 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. Exemplos bem ilustrativos são as decisões proferidas em separações e divórcios (consensuais, quando não presentes os pressupostos do art. 1.124-A, ou litigiosos), revisionais ou renovatórias de contrato de locação. Também os casos de decisões jurisdicionais que anulam negócios jurídicos. A tutela constitutiva, a bem da verdade, inaugura um novo status jurídico para os litigantes, um status novo e, por isto mesmo, diferente do anterior, que reinava antes do rompimento da inércia da jurisdição com o pedido apresentado pelo autor. É aquele novo status, tal qual constante da decisão que veicula a tutela constitutiva, que passará a reger a vida dos litigantes. Desta observação decorre a observação genérica mas correta de que a tutela constitutiva tem efeitos para o futuro e não para o passado²⁸⁴.

Assim como as ações declaratórias, as ações constitutivas também não formam título executivo. Todavia, são mais complexas que as tutelas meramente declaratórias. O que se pretende nas tutelas constitutivas é a alteração de uma situação jurídica indesejada. Para ser intentada, dois são seus motivos ensejadores: a existência de um conflito sobre determinada relação jurídica (uma das partes, sem o consentimento da outra, quer criar, modificar ou extinguir tal relação) ou a determinação legal impondo a sua necessidade, apesar das vontades convergentes dos litigantes. Desta forma, podem ser voluntária ou necessária. Portanto, a principal característica da ação constitutiva é a criação de um estado jurídico distinto do anterior.

2.2.1.3 AÇÕES E SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

Nas ações condenatórias, a autor pretende o cumprimento de uma obrigação por parte do réu, criando entre eles, assim, um vínculo jurídico obrigacional comissivo ou omissivo. Desta forma, as ações condenatórias, numa das lições mais

²⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 295-296.

corretas tecnicamente²⁸⁵, prestam-se à imposição de uma determinada prestação, seja em sentido positivo (fazer, dar) ou negativo (não fazer, abster-se)²⁸⁶.

Marcos Destefenni, em seu “Curso de Processo Civil”, expõe seu raciocínio acerca das ações condenatórias, dispondo que em processo civil, condenar é atividade que se divide em duas partes: primeiro, o juiz declara que o réu violou a regra jurídica; em seguida, impõe a sanção prevista para o caso. Ressalta que as normas jurídicas possuem um preceito primário, que descreve uma conduta, e um preceito secundário, que estabelece as conseqüências decorrentes da prática da conduta. Verificada a subsunção do fato à norma, o juiz aplica a conseqüência jurídica. A conseqüência jurídica, assim, é a imposição ao réu de alguma prestação: pagar uma quantia, fazer ou não fazer ou, ainda, entregar coisa. Afirma que a ação condenatória, por essa razão, tem duplo fim: um, implícito, que é a declaração do direito existente, no que não difere das demais ações de conhecimento; e outro, explícito e específico, que é aplicação da sanção adequada ao caso concreto²⁸⁷.

Tradicionalmente, antes do advento da Lei 11.232/05, a doutrina sempre afirmava ser a tutela condenatória aquela que abre oportunidade para a ação de execução. Conforme Arenhart e Marinoni, “abrir oportunidade para a ação de execução é possuir a sanção executiva”²⁸⁸. Se antes do advento da lei em comento já não era tarefa fácil conceituar as tutelas condenatórias, tal objetivo se tornou ainda mais árduo. Isso porque, até então, a maioria da doutrina sempre levou em consideração o principal efeito da sentença, qual seja, a instauração da execução forçada de um crédito.

²⁸⁵ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 240.

²⁸⁶ Couture tem a seguinte posição: “A condenação consiste, normalmente, em impor ao obrigado o cumprimento da prestação, em determinar-lhe que se abstenha de efetuar os atos que lhe são proibidos, ou em obrigá-lo a desfazer o que já tenha sido efetuado. A sentença condenatória é por tal forma a função mais abundante do poder judiciário, que durante muito tempo a doutrina a considerou como sendo a sua atividade privativa. A doutrina da tutela dos direitos subjetivos, cuja importância foi extraordinária para os estudos sobre a natureza da ação, entendeu que o específico da jurisdição era tutelar ou proteger os direitos lesados. O que só se verifica, por via de regra, mediante uma sentença condenatória, que reponha o patrimônio jurídico no estado anterior à lesão. Entretanto, é evidente que essa doutrina omite considerar que não existe reintegração alguma de um patrimônio lesado nos casos de sentença declaratória ou de sentença absolutória, casos em que a jurisdição também desempenha finalidades que lhe são próprias. A sentença condenatória é, portanto, a que maior campo de jurisdição possui, e a de mais abundante desenvolvimento na atividade jurisdicional. Mas não é a única, nem exclui as outras formas de tutela jurídica que consignamos: as de conteúdo meramente declaratório e as constitutivas”. (COUTURE, Eduardo Juan. Obra citada, p. 241).

²⁸⁷ DESTEFENNI, Marcos. Obra citada, p. 115.

²⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 467.

Nas lições de Rogério Lauria Tucci, por exemplo, antes da edição da respectiva lei, as sentenças condenatórias continham “uma declaração de certeza sobre a existência da relação jurídica afirmada pelo autor e, outrossim, um *quid*, a atribuição ao vencedor da faculdade de promover a execução em seu benefício, contra o vencido”²⁸⁹.

Vale assinalar a posição de Ovídio Baptista da Silva que, no intuito de chegar a um conceito moderno de sentença condenatória, adota premissa diversa daquela adotada pela maioria doutrinária:

Na busca de uma explicação para opor que a sentença de condenação, diferentemente das demais, irradia um efeito especial que as outras se mostram inaptas a produzir, qual seja, a criação de um título executivo que legitima a demanda executória subsequente, toda a doutrina preocupa-se com o *plus* que distingue a demanda declaratória da condenatória. Contudo, a tarefa de conceituar a sentença condenatória há de dirigir-se no sentido inverso, procurando demonstrar não a natureza desse *plus* que a distingue da sentença condenatória, mas sim explicando o *minus* que a faz diferente de uma demanda constitutiva, por exemplo, que realiza ou aplica também a sanção, como quer Liebman, sem necessidade de utilizar-se de uma nova demanda subsequente. Dito isso de outro modo, nossa questão é saber por que esse *plus* que distingue a condenatória da sentença declaratória é tão fraco que apenas se exterioriza numa segunda demanda executória, autônoma e independente da primeira. Por que a sentença de condenação, diferentemente de uma sentença de despejo, faz imprescindível uma demanda posterior de execução e não se basta a si mesma para a realização final da sanção? Eis a questão que deve ser respondida, se pretendemos compreender o que seja, realmente, uma sentença condenatória e qual sua fundamentação dogmática²⁹⁰.

Nesse sentido, conclui o autor gaúcho que a condenação prepara a invasão jurídica da esfera do demandado, uma vez que está ele agora sujeito à vontade do Estado para que seja satisfeito o direito do autor, cuja violação foi declarada. Entretanto, insiste em questionar a existência da sentença condenatória, ou, nas suas próprias palavras, “por que uma ação de despejo não é condenatória”? Ele mesmo explica²⁹¹: quando tal invasão na esfera jurídica do demandado resultar na retirada de algo possuído legitimamente pelo condenado, então, ou a ordem jurídica desdobra a pretensão do demandado em duas demandas distintas, uma condenatória prévia e outra executória posterior, ou excepcionalmente admite a ação executória, fundada em título executivo extrajudicial, porém, em qualquer caso,

²⁸⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Sentença e Coisa Julgada Civil*. Belém: Cejup, 1984, p. 36.

²⁹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença Mandamental. Sentença e Coisa Julgada: Ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 55-56.

²⁹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Obra citada, p. 64.

concebendo a atividade executória como conteúdo de uma demanda especial, nunca, como no caso da ação de despejo, reduzindo essa atividade como simples fase da ação de conhecimento²⁹².

Por outro lado, tome-se a lição clássica sobre sentença condenatória de Chiovenda:

O caso mais freqüente de sentença de recebimento, isto é, favorável ao autor, é a de condenação. Correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação. A sentença de condenação supõe: a) A existência de uma vontade da lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação (seja essa obrigação originária ou derivada). Por conseqüência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos. b) A convicção do juiz de que, baseando-se na sentença, se possa, se nada mais, imediatamente, ou depois de certo tempo, proceder por meio dos órgãos do Estado aos atos ulteriores necessários para a efetiva obtenção do bem garantido pela lei (execução). Isso é que se exprime com a palavra condenação. A condenação não é, em verdade, com respeito à parte vencida, um ato autônomo de vontade do juiz; é a formulação de uma ordem contida na lei, e só é um ato de vontade do juiz neste sentido, de que o juiz quer formular a ordem da lei. Quando, portanto, se vislumbra no dispositivo da sentença um ato de vontade, uma ordem, pretende-se deduzir que a ordem da lei adquire na sentença novo vigor de fato, maior força cogente e que a sentença, como ato de autoridade, encerra virtude paralelamente à lei²⁹³.

E prossegue, fazendo uma comparação com as ações declaratórias e constitutivas, lembrando o que é comum a toda sentença condenatória, constitutiva ou declaratória: em todos os casos a sentença obriga como ato de autoridade, quer dizer, de vontade da lei formulada por uma autoridade, que, só, a pode formular. A essência da sentença se contém, pois, em qualquer caso, nessa

²⁹² Debora Ines Kram Baumöhl explica o raciocínio exemplificativo de Ovídio Baptista: “na ação do locatário em face do locador, mesmo depois de reconhecido o direito daquele, por meio de sentença de procedência, de obter a posse do imóvel, haverá ao autor de retirá-la da esfera jurídica do proprietário, exercida por ele legitimamente e compondo a sua esfera inviolável. Na ação de despejo, por sua vez, uma sentença de procedência significa que o demandado (locatário) mantém em sua posse coisa que não lhe pertence e, portanto, tal posse é ilegítima. Nesse sentido, a passagem da posse da esfera jurídica do demandado para o do demandante não ocorre propriamente como uma invasão da esfera legítima do obrigado, mas apenas para recompor o patrimônio do demandante... quando os bens estão na esfera jurídica do demandado de acordo com o direito, de forma legítima, será necessário agredir seu patrimônio para retirar dele algo que lhe pertence. A condenação surge como fonte da dívida, justificando, portanto, a invasão do patrimônio do demandado e a retirada do bem de uma esfera jurídica para outra, visando à satisfação do crédito declarado na condenação. Esta seria a denominada ‘modificação da linha discriminativa das duas esferas’. O conceito desenvolvido por Ovídio Baptista resta então arrematado pela afirmação de que a sentença condenatória ainda não é apta a modificar a linha discriminativa quanto à posse de bens, que continua a ser tão legítima e conforme o direito quanto era antes da sentença, e de que o processo executivo é que há de operar essa modificação da linha discriminativa entre duas esferas jurídicas” (BAUMÖHL, Debora Ines Kram, *A Nova Execução Civil – A Desestruturação do Processo de Execução*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18).

²⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe, *Obra citada*, p. 229-230.

formulação autoritária, e jamais no juízo lógico que é necessário para formulá-la, o qual, por si, é a atividade possível a qualquer pessoa. Pelo que, conforme leciona Chiovenda, incide em grave erro quem reduz a diferença entre a sentença declaratória e a de condenação à diferença entre um mero juízo lógico e um ato de vontade. Em outro sentido, porém, a sentença de condenação gera uma nova ordem, a saber, com respeito aos órgãos encarregados da execução; e eis aí como se distingue da sentença declaratória²⁹⁴.

De seu turno, Alexandre Câmara rechaça a ligação entre condenação e execução como característica essencial das ações condenatórias. Ele alega ser equivocada a idéia de se ligar necessariamente condenação e execução. Isto porque a condenação “pode” ter função repressiva, destinando-se a reprimir uma violação de direito já efetuada, hipótese em que se fornecerá ao titular do direito lesado um título hábil a lhe abrir as portas da execução forçada; mas pode também a condenação ter função preventiva, destinando-se a evitar que se perpetre uma violação de direito ainda não ocorrida, destinando-se, assim, a provocar o inadimplemento espontâneo da obrigação, caso em que sua atuação não se dará por meio da execução forçada, mas através de medidas coercitivas dirigidas a sancionar o eventual inadimplemento. Nesta última hipótese, afirma, tem-se a chamada “condenação inibitória”, destinada a impedir que se consuma um ato ilícito. Para o referido autor, a única forma de conceituar a sentença condenatória levando-se em consideração seu conteúdo, e não seus efeitos, é adotando a posição de Couture e de Fazzalari²⁹⁵, e afirmar a existência, na sentença condenatória, de um elemento consistente num comando, uma imposição dirigida pelo juiz ao réu (relembre-se que apenas as sentenças de procedência estão sendo aqui consideradas) a fim de que este cumpra uma prestação de dar, fazer ou não fazer. É a este elemento que corresponde o efeito de permitir a instauração da execução forçada²⁹⁶. Continuando seu raciocínio, aduz que esta imposição decorre da lei. A lei é norma abstrata, capaz, tão-somente, de afirmar que o devedor (abstratamente

²⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, Obra citada, p. 230.

²⁹⁵ Alexandre Câmara explica a posição do autor citado: “Para Fazzalari a sentença condenatória é um comando dirigido pelo juiz a uma das partes, para que esta dê ou faça algo em favor da outra, comando este que se emite quando se verificou a *fattispecie* prevista na lei substancial, não tendo a mesma sido observada. O comando judicial, neste caso, cria nova situação substancial, de conteúdo idêntico àquele derivado da lei, mas munido de atributos particulares, de que é exemplo a possibilidade de realização forçada da ordem, o que se faz mediante execução forçada” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Obra citada, p. 444-445).

²⁹⁶ Idem, ibidem, p. 446.

considerado), tem o dever de cumprir sua prestação. Afirma que apenas a sentença condenatória concretiza este comando legal, atuando a vontade concreta da norma e, por conseqüência, permitindo a produção do efeito executivo. Assim é que, a seu ver, a sentença condenatória é aquela que impõe ao réu o cumprimento de uma prestação (de dar, fazer ou não fazer), correspondendo a este conteúdo o efeito de permitir a execução forçada do comando contido na decisão²⁹⁷.

Interessante a posição de Dinamarco, também anterior à referida alteração legislativa, para quem a tutela condenatória, por si só, não pode ser considerada satisfativa, na medida em que não proporciona, concretamente, o bem da vida almejado pela parte autora. Em sua linguagem, ele identifica as ações de condenação às **crises de adimplemento**, ou seja, a possível existência de algum direito insatisfeito porque o sujeito a quem cumpriria adimplir deixou de fazê-lo e o outro sujeito insiste em receber. Se realmente existir o direito afirmado pelo autor, será necessário que uma sentença declare essa existência e com isso chame o obrigado ao adimplemento sob pena de suportar futura execução. Tal é a função da sentença condenatória, que em si mesma não oferece tutela efetiva e plena porque a satisfação do direito irá depender de um ato do próprio obrigado (adimplemento) ou da realização da execução forçada. Assevera que, persistindo o inadimplemento, a tutela efetiva e plena virá no processo de execução e mediante o ato de entrega, que a caracteriza. Essa é a tutela condenatório-executiva que o sistema processual ministra em dois tempos distintos (a sentença e depois a execução)²⁹⁸.

Em que pese tal posicionamento advir de notável doutrinador, não é esse o nosso entendimento. A ação condenatória julgada procedente gera a certeza da existência do direito alegado pelo autor. Tal declaração de existência do direito, ao contrário do que preconiza Dinamarco, constitui, sim, para nós, a satisfação do direito. Como já analisado anteriormente, tal satisfação ocorre no plano jurídico, podendo ou não ocorrer no plano fático. Só haverá satisfação fática se o réu concordar com a imposição da sentença e efetivar sua obrigação ou se forem realizados atos de constrição de seus bens para a satisfação do credor. Caso as medidas coercitivas não obtenham êxito (se, por exemplo, o devedor não tiver bens para satisfazer o crédito), com certeza não haverá satisfação fática do direito do autor, mas permanecerá a satisfação jurídica, uma vez que o pronunciamento

²⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Obra citada, p. 446-447.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 150.

jurisdicional reconheceu e declarou a existência do direito alegado. Por esse motivo, não parece acertado vincular o sucesso da ação condenatória com a efetivação da execução, pois esta pode não obter êxito. Por certo que o jurisdicionado, ao invocar a tutela jurisdicional, busca, por óbvio, a satisfação fática, mas daí a negar-se satisfação, mesmo a jurídica, à sentença não parece ser sensato com a própria idéia de jurisdição. Ademais, como bem ressalta Alexandre Câmara e já apontado por nós, nem sempre a ação condenatória diz respeito à reparação de determinada situação, como ocorre nas hipóteses que autorizam a propositura de ação preventiva (ou inibitória).

Nesse sentido é que Arenhart e Marinoni criticam a definição doutrinária tradicional da sentença condenatória, defendendo também a importância das tutelas preventivas:

Com efeito, a sentença condenatória pressupõe a violação do direito; a elaboração dogmática da sentença condenatória não teve qualquer preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado. Além disto, por incrível que pareça, a doutrina clássica supunha que a ordem do juiz, determinando que alguém não praticasse um ato ilícito, agrediria a liberdade do indivíduo! Portanto, a sentença condenatória tem nítido escopo repressivo, estando longe de constituir ordem sob pena de multa, pois foi elaborada à luz de valores que não admitiam o seu uso (preocupação com a neutralidade do juiz e com a liberdade dos litigantes). De qualquer forma, o sistema que incorpora as sentenças condenatória, declaratória e constitutiva, somente podia ser admitido quando eram considerados direitos de épocas passadas, estando muito longe de poder atender as novas necessidades sociais²⁹⁹.

Cassio Scarpinella Bueno reflete sobre posicionamentos como o de Dinamarco e a tradicional conceituação de ação condenatória como fase preparatória para a ação de execução, indicando ser correto entender, tradicionalmente, 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. Para o referido autor, é por esta razão que a doutrina sempre reconheceu que o processo de execução é efeito necessário da sentença condenatória, sua causa. E mais: justamente por esta peculiaridade da “tutela condenatória”, que sempre se entendeu ser ela a menos eficiente de todas as formas de tutela jurisdicional. Se o grau de eficácia da tutela

²⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 469-470.

jurisdicional mede-se pelos efeitos concretos que uma decisão jurisdicional tende a produzir, ressalva que nunca houve espaço para discordar que 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 idéia de “encerramento da atividade jurisdicional” e, mais precisamente, do “processo de conhecimento”, como ditava o art. 463, *caput*, antes da Lei 11.232/2005). A sua implementação prática, a sua realização, a sua concretização, a sua efetivação, todavia, exigia um outro processo, diverso do que lhe era anterior, o “processo de execução”³⁰⁰.

Entretanto, a Lei 11.232/05 promoveu uma ruptura com o modelo tradicional cognição-execução, uma vez que autoriza o cumprimento da sentença nos próprios autos em que esta foi proferida. Tal circunstância afasta totalmente a necessidade de processo autônomo de execução, o qual não é mais necessário para o cumprimento da sentença condenatória. A novel alteração legislativa abre espaço para o sincretismo processual, proveniente da idéia de junção entre cognição e execução e a satisfação fática da sentença no próprio processo de conhecimento, a exemplo do que ocorria com as ações sincréticas mandamentais e executivas *lato sensu* (muito embora estas possuam essência totalmente diversa das ações condenatórias). Cassio Scarpinella utiliza a expressão “colapso”, para indicar a nova situação da sistemática processo de conhecimento-processo de execução. Isso porque esse binômio perde, com a reformulação legislativa, sua identidade tradicional. Ele lembra que “executar-se fora de um processo de execução era impensável quando o código de Processo Civil foi concebido e virou lei”³⁰¹. Tal ruptura exige, portanto, uma nova avaliação dos institutos processuais, principalmente face à constitucionalização do Processo Civil e à dimensão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça. Sem dúvida, para o referido autor, o sincretismo entre as ações condenatórias e as ações executivas abre caminho para um novo paradigma do direito processual civil³⁰².

³⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 298.

³⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 299.

³⁰² O autor enfatiza: “O art. 475-I é suficientemente claro (e até mesmo didático), ao indicar que a depender da condenação, (*realização prática* ou *efetivação*, entendidos os três termos como sinônimos) observará o disposto nos arts. 461 (obrigações de fazer e não fazer), 461-A (obrigações de entrega de coisa) e 475-J a 475-R (obrigações de pagar dinheiro). Aquelas leis, é esta a verdade, aboliram a necessidade da instauração de um *novo e diverso* ‘processo’, o ‘processo de execução’ para tornar realidade concreta, palpável, a *condenação* reconhecida jurisdicionalmente ou, mais amplamente, tida como suficiente pela lei no rol dos ‘títulos executivos judiciais (art. 475-N). É como, para ir direto ao ponto, a Lei n. 11.232/2005 tivesse juntado as atividades jurisdicionais cognitivas e de execução no mesmo processo. Assim, à luz do modelo atual, o cumprimento de uma sentença se

O respeitável doutrinador apresenta aquilo que considera relevante com relação às ações condenatórias, advertindo que o momento relevante da tutela condenatória não reside na cognição desempenhada pelo juiz, embora a pressuponha, isto é, não reside na atividade jurisdicional cognitiva. Reside, ao contrário do que se poderia supor, observando-se a doutrina tradicional, na atividade executiva a ser desempenhada pelo Estado-juiz. Esta atividade executiva equivale à própria tutela jurisdicional³⁰³.

O referido autor explica que as recentes alterações do Código de Processo Civil não eliminaram a tutela condenatória. Para ele, em uma posição que nos parece mais acertada, as ações condenatórias não se caracterizam, e nunca se caracterizaram, exclusivamente, pela satisfação fática reconhecida por sua sentença ocorrer em um processo autônomo de execução. Reconhecer a ocorrência de lesão é diferente de promover sua reparação.

Eis sua análise acerca do tema:

O que é mais relevante para a caracterização da tutela condenatória como tal, distinguindo-a, suficientemente, de outras tutela jurisdicionais (e uma tal distinção é o desiderato único de qualquer qualificação), é a específica forma (técnica) em que a realização concreta a sanção reconhecida no título executivo verifica-se no plano material, isto é, no plano exterior do 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 moeda³⁰⁴.

Diante desse raciocínio pode-se concluir que a característica fundamental da tutela condenatória é a sua técnica para realizar no plano fático e concreto os direitos por ela reconhecidos. Tal forma de atuação, como lembra o autor mencionado, é a de sub-rogação indireta sobre o patrimônio do devedor, ou seja, a sua transformação em dinheiro suficiente para satisfação do credor, representadas pela penhora, avaliação e alienação dos bens do devedor.

Portanto, em que pese as profundas alterações advindas das Leis ns. 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005, a noção de ação condenatória permanece

dá no mesmo processo que foi proferida sem necessidade da instauração de um novo processo, o processo de execução. (BUENO, Cássio Scarpinella. Obra citada, p. 300)

³⁰³ Idem, ibidem, p. 300.

³⁰⁴ Idem, ibidem, p. 300.

inalterada, não se confundindo com as ações mandamentais e executivas *lato sensu*, uma vez que estas são satisfeitas por meios atípicos.³⁰⁵

2.2.2. CLASSIFICAÇÃO QUINÁRIA

Ao lado das ações meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, a classificação quinária das ações coloca também as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais. Tais ações recebem o nome de “ações sincréticas” por trazerem em seu bojo institutos cognitivos e executivos, ou seja, são executadas (satisfeitas faticamente, portanto) no próprio processo de conhecimento que julgou procedente o pedido formulado pelo autor.

A doutrina processualista pátria ainda é divergente no que tange à classificação das ações. Predominava, entre nós, a classificação trinária. A classificação quinária, em nosso ordenamento jurídico, sempre se mostrou um tanto quanto tímida, ganhando força mais recentemente com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e com a reformas processuais havidas em 1994 e em 2002, por intermédio das Leis ns.º 8.952/94 e 10.444/02, respectivamente. A grande mola propulsora da retomada do tema foi a previsão, nestas leis, da chamada “tutela específica” e das formas pela quais tais obrigações poderiam ser exigidas da parte vencida. Neste caso, sai a idéia de satisfação por

³⁰⁵ Cássio Scarpinella Bueno explica tal idéia: “Reside nesta necessária transformação – atividade sub-rogatória – uma outra característica que distingue a tutela condenatória das tutelas executivas e mandamentais [...] (Na ação condenatória) as técnicas utilizadas e utilizáveis pelo Estado-juiz para realizá-la concretamente são típicas, isto é, são predefinidas em lei, não sendo lícito ao magistrado desviar-se das soluções preconcebidas pelo legislador. A solução contrapõe-se à atipicidade que caracteriza as técnicas de realização concreta das tutelas executivas mandamentais [...]. O traço característico da tutela condenatória, vale insistir, o que se segue a esta verdadeira exortação (estímulo) de pagamento: A prática de atividades sub-rogatórias patrimoniais a pedido do autor (art. 475-J, caput, e §§ 3º e 5º), atividades executivas propriamente ditas, portando. Tanto assim, diferentemente do que se dá com a tutela mandamental, cuja fonte genérica no Código de Processo Civil é o art. 461, a multa do art. 475-J não aceita qualquer flexibilização. Trata-se, bem diferentemente do que se dá com a tutela mandamental, da aplicação de medidas típicas idealizadas pelo legislador e não adequadas (no sentido de moldadas, construídas), consoante as necessidades de cada caso concreto pelo próprio juiz”. E finaliza: “A tutela condenatória, mesmo depois das mais recentes reformas do Código de Processo Civil, reclama para seu exercício, técnicas típicas, assim entendidas, um modelo rígido concebido em abstrato pelo legislador [...]. A ênfase (ou preponderância) da tutela condenatória, destarte, não está no “pague” (na ordem) mas nas atividades sub-rogatórias que eventualmente, terão início. Neste sentido a Lei n. 11.232/2005 não se afastou tanto como poderia parecer, depois de uma primeira análise, do modelo tradicional”. (BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 302)

sub-rogação indireta dos bens do devedor e entra uma maneira atípica de compelir o vencido a satisfazer o credor: métodos coercitivos considerados necessários pelo juiz em cada caso concreto (como, por exemplo, o pagamento multas diárias em caso de descumprimento da sentença – *astreintes* – busca e apreensão, retenção de bens). Neste sentido, a classificação quinária daria ao juiz uma maior possibilidade de atuação efetivamente ativa no processo, pois passaria de mero aplicador da lei a verdadeiro **criador de direito**. Não é por outro motivo que a moderna doutrina processualista abarca a classificação quinária como sendo aquela que mais atende às exigências sociais e que mais respeita o princípio da efetividade jurisdicional.

Ora, se a efetividade é considerada como a realização de um processo justo, eficaz e adequado, nada mais **justo, eficaz e adequado** do que proporcionar ao jurisdicionado a satisfação fática daquilo que já recebeu juridicamente, sempre se observando o menor tempo possível ou, na linguagem constitucional, promovendo o resultado desejado em uma “razoável duração de tempo”.

Em função dessa nova acepção que se dá à idéia de acesso à justiça e da instrumentalidade do processo, tem-se que a nova diretriz doutrinária aponta para a aceitação das ações executivas *lato sensu* e das ações mandamentais como categorias autônomas de ações, cuja eficácia sentencial não pode ser desconsiderada.

A questão ainda deve gerar controvérsia, em razão da alteração processual advinda com a Lei 11.232/05 que, aparentemente, transforma quase todas as ações de conhecimento condenatórias em executivas *lato sensu*.

Fazendo uma análise acerca da história processual, constata-se que o jurista alemão Kuttner foi o primeiro autor a falar em ações mandamentais. Todavia, conforme relembra Alexandre Câmara, tal corrente doutrinária é de pouca ressonância na moderna doutrina estrangeira, a qual permanece fiel à classificação tradicional³⁰⁶. Goldschmidt, entretanto, abraçou o termo e adotou quatro classes de ações: condenatórias, declaratórias, constitutivas e de mandamento³⁰⁷.

Entre nós, Pontes de Miranda foi o maior defensor de tal classificação, a ponto de até hoje ser considerada, no mundo acadêmico, como a “Classificação Quinária de Pontes de Miranda”. O grande mestre do direito pátrio já vislumbrava,

³⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, Obra citada, p. 449.

³⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 129.

naquela época, a insuficiência da classificação tripartida, proporcionando novos rumos à matéria. Na doutrina pátria, destaca-se entre seus principais adeptos Ovídio Baptista da Silva.

Explica Barbosa Moreira, que, em sua teoria sobre a classificação quinária, Pontes de Miranda toma por base o elemento preponderante na respectiva eficácia. Para ele, não haveria “sentença pura”: todas conteriam pesos heterogêneos de eficácia, que ele indicava por série decrescente de 5 a 1. Independentemente da sentença, sempre se poderia descobrir nela alguma carga, ainda que mínima, de cada espécie: declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, variando apenas a ordem de importância. Por essa razão, sua classificação denominava-se ‘teoria da constante quinze’³⁰⁸. Assim, o critério classificatório deveria fundar-se no peso que sobressai entre os cinco, no tipo predominante de eficácia, ou seja, em suas palavras, na “força da sentença”³⁰⁹.

Pontes de Miranda ilustra sua teoria utilizando-se uma tabela, que aqui se reproduz:

Ações típicas das cinco classes	3	Eficácia			
	4	Constitutiva	Condenatória	Mandamental	Executiva
	Declarativa				
Ação declarativa	3	2	4	1	
Ação constitutiva (e.g., interdição).....	5	1	3	2	
Ação condenatória (e.g., cobrança de dívida)	2	5	1	3	
Ação mandamental (e.g., retificação de registro, arresto)	3	2	5	1	
Ação executiva (e.g., <i>actio iudicati</i>)	2	1	4	5	

³⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 130.

³⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131-143.

Assim, toda ação possui, em seu pensamento, ainda que em grau mínimo, características de todas as espécies da classificação, ou seja, todas possuem, em menor ou maior escala, características “declarativa”, “constitutiva”, “condenatória”, “mandamental” e “executiva”. Por isso que, na soma de todas as escalas de cada classe de ações, o resultado mínimo seria sempre 15.

Vale registrar, novamente, que a classificação quinária não é adotada por grandes processualistas pátrios³¹⁰.

Várias são as críticas à respectiva classificação. Apesar da menção que fazem a respeito do tema, muitos não adotam tal teoria, negando autonomia às ações executivas *lato sensu* e às ações mandamentais.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves é enfático ao afirmar que ambas não passam de subespécies da tutela condenatória, embora dispensem a fase autônoma de execução e se cumpram automaticamente, sem necessidade de nova citação do obrigado³¹¹.

Alexandre Câmara também não é adepto de tal teoria, afirmando que a existência de sentenças executivas *lato sensu* não é defensável. O autor afirma que estas sentenças, assim como as condenatórias, impõem ao demandado o cumprimento de uma prestação, e o fato de sua execução se dar no mesmo processo, e não em processo autônomo, se deve a razões de política legislativa, tendo o legislador optado por tornar desnecessária a instauração de um novo processo, e permitindo, por conseguinte, a realização da atividade executiva no próprio processo de conhecimento. Inaceitáveis também, para Alexandre Câmara, as ações mandamentais, para quem estas são desnecessárias, pois o conceito de sentença condenatória é amplo o suficiente para incluí-las. Reforça seu posicionamento alegando que o fato de a sentença conter uma ordem dirigida ao demandado não a desnatura como sentença condenatória, pois não se pode vislumbrar nas sentenças condenatórias mera declaração de sanção aplicável. Seu comando, assim, seria o mesmo da sentença condenatória³¹².

Em sua obra “Instituições de Direito Processual Civil”, Frederico Marques, relembando as lições do jurista espanhol Alcalá-Zamora, afirma que essa categoria de ações, além de pouco difundida, não atingiu o grau de maturação alcançado

³¹⁰ Entre eles José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior.

³¹¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

³¹² CÂMARA, Alexandre Freitas, Obra citada, p. 450-452.

pelas demais categorias do direito de agir. Isso porque, em suas palavras, a ação mandamental não é categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda em natureza peculiar do pedido ou prestação jurisdicional invocada, e sim, no destinatário especial da sentença, que é um órgão do Estado diferente do judicial³¹³.

Celso Agrícola Barbi também não adota a classificação quinária das ações por entender que a classe das ações mandamentais não tem logrado maior aceitação na doutrina, não parecendo que constituam espécie distinta das demais ações³¹⁴.

Entretanto, a maior crítica à classificação quinária provavelmente venha de Barbosa Moreira:

Impregnava a construção boa dose de artificialismo. Por exemplo: para demonstrar a presença de eficácia condenatória na sentença declarativa, apontava Pontes de Miranda a condenação ao pagamento das custas. Ora, tal condenação nem sempre tem cabimento: por exemplo, no processo perante os Juizados Especiais Cíveis, somente se condena o vencido em custas quando haja litigado de má-fé (Lei n.º 9.099, de 26-9-1995, art. 55, caput, 1.ª parte). Contudo, ainda que assim não fosse, o argumento incidia no pecado grave de fazer tábua rasa da distinção entre diversos capítulos da sentença, os quais nem todos têm necessariamente igual natureza, mas podem pertencer a classes diferentes, considerado cada um de per si: *quot capita tot sententiae*³¹⁵.

Para o referido autor, tampouco soam convincentes as asserções de que “em toda sentença há, pelo menos, a constitutividade que resulta de ter sido proferida”, assim como “em toda sentença há, pelo menos, a mandamentalidade do ‘Publique-se, registre-se’ ou semelhante mandamento”. Enfatiza que não é com razões de tão óbvia fragilidade que se conseguirá pôr de pé a “teoria da constante quinze”, a qual, em sua visão, contribui muito pouco para elucidar o assunto. Com relação à sentença mandamental, Barbosa Moreira faz uma crítica contundente à Pontes de Miranda, o qual não respeitou a construção doutrinária de Kuttner, que trazia como traço essencial da classe a existência de “ordem dirigida a órgão público estranho ao processo. Afirma que Pontes de Miranda desprezou o caráter público do destinatário da ordem e sua estraneidade ao feito, caracterizando a sentença mandamental

³¹³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 57.

³¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 46.

³¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 129.

como aquela na qual prepondera a carga de eficácia consistente em que alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz manda³¹⁶.

Também com relação às ações executivas *lato sensu*, Barbosa Moreira adota tom crítico. Para ele, é inadmissível a idéia de sentença desta espécie, ainda mais pelo fato de não haver expressa alusão a ela na obra de Pontes de Miranda e, muito menos, nas leis processuais nem na doutrina. Somente seria possível admiti-la com base em critério metodológico invariável (de acordo com seu conteúdo ou então de acordo com seus efeitos). Fora daí, ele afirma que “corre-se o risco de falar (e discutir) acerca de algo que não se sabe bem o que é – aventura das mais temerárias³¹⁷”.

Suas palavras reforçam o tom reprovador de tal classificação:

Até onde pudemos verificar, não se encontra na obra de Pontes de Miranda uma definição clara de ‘sentença executiva’. No Lugar presumivelmente apropriado, o tomo I do Tratado das ações, que contém capítulo intitulado ‘Classificação das sentenças’, com sucessivos parágrafos dedicados à sentença declarativa (§ 34), à sentença constitutiva (§ 35), à sentença de condenação (§ 36) e à sentença mandamental (§ 37), o § 38, reservado à sentença executiva, começa, à semelhança dos anteriores, por um item denominado ‘Conceito’; no entanto, a rigor nada se lê aí que cumpra a literal promessa da epígrafe. O passo que disso mais se aproxima não vai além de dizer que ‘a sentença favorável nas ações executivas retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante’. A afirmação é bastante vaga e imprecisa; dela pouco de extrai que aproveite à conceituação³¹⁸.

Barbosa Moreira, apesar de não adotar a classificação em comento, acerta ao invocar a necessidade de um critério metodológico e sistemático para explicar a natureza das ações. Ao analisar a classificação quinária, o autor visualiza um amontoado de conceitos sem qualquer apoio científico. Neste sentido, a classificação quinária peca por misturar as ações ora por seu conteúdo ora por seus efeitos. Como já foi analisado em tópico anterior, não se pode adotar vários critérios para uma mesma classificação. Mas o mencionado autor admite a admissão, por boa parte da doutrina, da classificação quinária, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e das alterações processuais resultantes da Lei n.º 8.952/94 (notadamente no que se refere à tutela específica) e

³¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 130.

³¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva? In: _____. *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181 e também em *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 114, p. 149, 2004.

³¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 182.

da Lei n.º 10.444/02 e daquelas referentes ao cumprimento da sentença do próprio processo de conhecimento. Anota, ainda, que as repercussões dessas mudanças na teoria da classificação das ações suscitam extensa e complexa problemática, que está longe de ver-se enfrentada em sua integral dimensão, e muito mais de ver-se exaurida nas elaborações doutrinárias³¹⁹.

Por outro lado, Araken de Assis é mais otimista no que diz respeito às lições de Pontes de Miranda. Eis seu comentário:

Talvez o maior mérito de Pontes de Miranda, enquanto processualista, tenha sido seu denodo na afirmativa radical de que nenhuma ação nasce pura. Teve a intuição de considerar a ação um conjunto de eficácias, e de classificá-la através da carga principal, matizando os demais efeitos encontrados no respectivo feixe eficaz. Extraordinário e invulgar, o abandono de critérios de gênero e de espécie ensejou o passo seguinte: a quantificação das ações, numa constante de força quinze, o que [...], até hoje é de difícil inteligência. O peso desse subsídio de Pontes à ciência do processo é bem maior do que o do alargamento da fenomenologia das ações, localizando no espectro os efeitos mandamentais e executivo, que, paradoxalmente, desperta mais admiração e celeuma, pois essas eficácias já eram conhecidas³²⁰.

Conforme preceitua, a fenomenologia das eficácias identificáveis nos provimentos jurisdicionais se ressentem de quádruplo desdobramento, uma vez que, no estágio atual do processo civil, exceção feita à hipótese de se pretender confundir função e estrutura no contexto da atividade jurisdicional, as ações executivas e mandamentais lograram o sólido reconhecimento de sua autonomia. Araken de Assis adverte que, limitando-se às categorias tradicionais a força da sentença, graves conseqüências se produzem, distorcendo o âmbito exato da função executiva. Em sua opinião, a classificação quinária das forças das sentenças resolve, de modo conveniente e seguro, o delicado problema da natureza das ações³²¹.

Interessante a posição de Fredie Didier Jr, para quem, ao lado das ações constitutivas e das ações meramente declaratórias encontram-se as “ações de prestação”. Estas, por sua vez, englobariam as ações condenatórias, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais. Sua posição se fundamenta nas recentes inovações processuais, em especial a Lei 11.232/05, que faz a previsão do

³¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças. In: _____. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, 132.

³²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 76.

³²¹ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 77

cumprimento da sentença condenatória no próprio processo de conhecimento em que esta foi proferida.

Ele argumenta:

Possuem essas sentenças aquilo que a doutrina mais antiga chamava de 'força executiva própria'; podem ser efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas, independentemente de instauração de um novo processo e da provocação do interessado: o magistrado, no corpo da sentença, já determinará quais as providências devem ser tomadas para garantir a efetivação da decisão. São, pois, sentenças oriundas das chamadas ações sincréticas, pois além de certificar também servem à efetivação imediata da providência determinada. São as ações mandamentais e executivas em sentido lato. Parece-nos, porém, que a distinção perdeu um pouco de sua importância. É que, com a edição da Lei Federal n.º 11.232/2005, todas as ações tornaram-se sincréticas; ou seja, não há mais necessidade de instauração de um processo de execução de sentença, que se efetivará em fase do mesmo processo em que foi proferida³²².

Didier Jr acredita que, com a reforma do Código de Processo Civil, toda ação de prestação será chamada de ação condenatória, acrescentando que já é isso o que muitos doutrinadores faziam, por não concordar com a terminologia ação mandamental ou ação executiva *lato sensu*. Mas ressalta que a distinção continuará sendo importante, como forma de distinguir o meio de efetivação (execução direta – típica das ações condenatórias ou execução indireta – aplicável nas ações executivas *lato sensu* e nas ações mandamentais)³²³.

Já Luiz Guilherme Marinoni é enfaticamente adepto da classificação quinária. Em sua atividade intelectual, ele vislumbra tal classificação como a mais apta a promover a efetividade processual, por atender aos anseios sociais que a nova realidade impõe. O autor ressalta que não se pode ficar apegado a meras conceituações das ações, quando, na verdade, o que realmente importa é sua função. Nesta linha de raciocínio, a função das chamadas ações sincréticas se coadunam com a finalidade para a qual foram elaboradas.

Discorre o autor:

Se um conceito doutrinário não pode descartar a doutrina e os valores do momento em que foi delineado, é evidente que a modificação da sociedade e do Estado implica no surgimento de outro conceito. No entanto, os conceitos, quando distintos, devem também possuir nomes diferentes. Se isso não acontece, a discussão pensa ainda tratar do mesmo conceito, quando na realidade apenas supõe um mesmo nome. Acontece que, como é óbvio, para o entendimento entre os intérpretes ser possível, não há como

³²² DIDIER JR, Fredie. Obra citada, 181.

³²³ Idem, ibidem, p. 182.

dar o mesmo nome a duas realidades. Não obstante, é exatamente isso que vem ocorrendo em relação à sentença condenatória. Ainda que tenham surgido sentenças – a partir das necessidades e do próprio CPC – completamente distintas da condenatória, parte da doutrina ainda as chama de condenatórias, como se o nome tivesse mais importância do que os conceitos e do que as realidades³²⁴.

Conforme estabelece, as classificações não devem ser pensadas como **verdadeiras** ou **falsas**, como querem alguns doutrinadores. Isto porque as classificações não se destinam a conceituar ou descrever realidades, mas somente a agrupá-las. Assim, o valor da classificação depende de sua utilidade ao reunir os fenômenos compreensíveis, sem que cada um deles perca sua identidade e sua própria consequência prática³²⁵. Na sua observação, o que vale em uma classificação é o conteúdo, e não o nome dos conceitos agrupados. A partir do momento em que se altera o conteúdo de um dos objetos, modifica-se, por consequência, a classificação, aceitando-se que a classificação modificada não mais serve para explicar os fenômenos³²⁶.

Marinoni faz uma dura crítica àqueles que defendem a classificação trinária das ações, por entender não ter esta aptidão para realizar os novos direitos surgidos com os novos fenômenos sociais. Ele assim se pronuncia:

Não é porque uma classificação, há várias décadas, constituía uma forma adequada para explicar as várias sentenças, que, hoje, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas sentenças e os valores nela impregnados. Isso não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada – e apenas nessa perspectiva deve ser analisada –, mas somente a constatação de que o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por consequência absolutamente lógica, devem dar origem a uma nova classificação. Ao menos que se pense que os novos fenômenos é que têm que se adaptar às classificações, como se estas fossem dotadas de força perene. Ora, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações; ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações³²⁷.

As lições de Marinoni são extremamente pertinentes quando levado levado em consideração as alterações sociais e os novos direitos referentes ao novo contexto. Por isso, por exemplo, ao prever a proteção também da ameaça e não

³²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 114-115.

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 115.

³²⁶ Idem, ibidem, p. 116.

³²⁷ Idem, ibidem, p. 117.

somente da lesão, o ordenamento jurídico deve ser suficientemente hábil, apto e capaz de satisfazer o direito ameaçado com uma tutela jurisdicional que se encaixe nesta reivindicação por parte do jurisdicionado. Neste sentido é que não mais se pode admitir a classificação trinária das ações, pois esta, com sua ação condenatória e os meios de execução direta a ela inerentes, não é suficiente para atender as novas demandas decorrentes de realidades totalmente diversas da época em que nasceu a classificação tradicional.

Para Cassio Scarpinella Bueno, quanto à discussão relativa a distinguir as tutelas condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental como classes distintas ou como subclasses de uma só classe, é importante acentuar que a diferença que existe entre elas repousa muito mais nas técnicas de cada uma delas para a prestação da tutela jurisdicional do que em seu conteúdo ou sua eficácia: a “executiva” não se dirige ao devedor da obrigação e realiza-se independentemente e, se for o caso, até mesmo, contra sua vontade. É, portanto, técnica sub-rogatória típica e, nesse particular, alinha-se à tutela condenatória tradicional. Diferentemente, a tutela mandamental dirige-se especificamente à pessoa do obrigado, aguardando dele o cumprimento de uma ordem, sob pena de responder pelas conseqüências desse descumprimento. Busca, assim, eliminar quaisquer outras alternativas mais compensatórias para o próprio devedor do que o próprio cumprimento da obrigação. Reafirma, ainda, que a tutela mandamental atua, ao menos num primeiro instante, mais no âmbito psicológico do devedor do que no plano dos fatos, já que espera, dele, a prática voluntária, isto é, por ato seu, do resultado ajustado no plano do direito material³²⁸.

Neste sentido, Scarpinella Bueno aduz que o ponto de contato tradicional entre as tutelas mandamental e executiva reside na circunstância de que sua efetivação, ou seja, a sua concretização no mundo dos fatos e as técnicas empregadas para a sua realização davam-se independentemente de um novo processo, o processo de execução, entendendo-se este como a necessidade de propositura de uma nova ação, com a constituição de uma nova relação processual, com nova citação do executado para implementar a sanção contida no título. E acrescenta que no processo de execução tradicional, tal como foi concebido pelo

³²⁸BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 308.

Código de Processo Civil, o juiz não estava autorizado a praticar atos de conhecimento, assim entendidos com atos de declaração de direitos materiais³²⁹.

Neste sentido é que as ações mandamentais e ações executivas *lato sensu* são consideradas sincréticas: admite-se, em seu bojo, o desenvolvimento de atividades típicas de conhecimento e, concomitantemente, de concretização do que vier a ser decidido, independentemente de nova provocação do interessado em outra ação.

Diante disso, a importância da classificação quinária frente à nova realidade e às novas demandas dela decorrentes. As alterações legislativas ocorridas após 1994 (Leis n.º 8.952/1994 e n.º 10.444/2002, reforçaram a teoria quinária e seu conseqüente sincretismo. Além disso, a Lei n.º 11.232/05 estendeu a idéia de sincretismo processual também para as obrigações de pagar dinheiro.

Nesta esteira de raciocínio, Cassio Scarpinella expõe que

Não há como desconsiderar que as tutelas jurisdicionais comportam, de *lege data*, cinco classes diversas quando se leva em consideração a produção de seus efeitos externos ao processo. O que se põe como desafio à doutrina é como agrupar melhor estas cinco classes, estas cinco eficácias diversas para melhor compreendê-las, e conseqüentemente, para fazer melhor uso das técnicas que elas representam com vistas a uma melhor, porque mais adequada e mais tempestiva tutela jurisdicional³³⁰.

Apesar de não concordarem com tal classificação, vários doutrinadores reconhecem a existência e a necessidade dos provimentos executivo *lato sensu* e mandamental. Entretanto, lembra Debora Ines Kram Baumöhl que esta “paz” foi imposta “mais pelo trote das progressivas alterações legislativas – e da impressionante adaptação e utilização dos novos instrumentos processuais à prática forense – do que, propriamente, pela concordância doutrinária quanto à classificação quántupla proposta inicialmente por Pontes de Miranda³³¹”.

Para a referida autora³³², somente o fato de grande parcela dos processualistas fazer referência expressa aos provimentos propriamente ditos, embora raramente se dispõem a discutir a sua origem, sequer inserindo-os de forma efetiva no contexto das classificações das ações, indica que a doutrina

³²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 309.

³³⁰ Idem, ibidem, p. 310.

³³¹ BAUMÖHL, Debora Ines Kram. Obra citada, p. 49.

³³² Idem, ibidem, p. 49.

dominante tende a aceitar a conclusão, sem no entanto ter rompido as amarras com as premissas conceituais que a negam³³³.

Baumöhl faz, ainda, uma advertência pertinente acerca desta “falsa aceitação”: cedo ou tarde, ela gera incongruências inaceitáveis quando inseridas no contexto sistemático, ou seja, quando analisadas e manejadas no ordenamento processual como um todo.

Como solução para toda essa celeuma conceitual, a autora se agarra nas lições de Barbosa Moreira e apresenta a expressão “sentenças de repercussão física” para fazer referência às tutelas condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*:

Embora o professor carioca a tenha utilizado com a intenção de designar as sentenças condenatórias clássicas, mostra-se pertinente o seu emprego no contexto em que se está tratando, na medida em que a expressão em comento põe em relevo, justamente, o critério eleito para tornar possível, segundo o ponto de vista aqui externado, a reunião das três categorias de provimentos sob um rótulo comum; a necessidade de repercussão física para a eficácia dos provimentos em questão [...]. Assim, por este critério classificatório, o contraponto à classe das sentenças de repercussão física seria, evidentemente, a classe de sentenças declaratória e constitutiva, na medida em que aquela se limita à mera certificação oficial de uma situação preexistente, ou da modificação desta em plano exclusivamente jurídico, prescindindo, ambas, da necessidade da prática de atos materiais para tornarem-se eficazes³³⁴.

Portanto, diante de tal realidade, não há mais espaço para distinguir as ações condenatórias, executivas e mandamentais pela perspectiva de sua realização dar-se, ou não, em um outro processo, permitindo-se, outrossim, a distinção pelas formas e técnicas específicas de sua satisfação fática que, nos três casos, ocorre no mesmo processo, que permite que o juiz desenvolva atividades cognitivas e executivas concomitante e sucessivamente, sem solução de continuidade.

Pertinente o questionamento de Scarpinella Bueno, quando pergunta se é o caso de manter a tripartição tradicional, ou mais ainda, se é o caso de aceitar a classificação quinária. Em sua opinião, deve-se ir mais além, alegando ser

³³³ Nesse sentido, ela exemplifica: “Mal comparando, é como um filho bastardo que é incorporado ao cotidiano da família, sendo amado, respeitado e tratado em condições de igualdade com os demais, desde que não se mencione jamais a sua infame origem” (BAUMÖHL, Debora Ines Kram. Obra citada, p.49).

³³⁴ Idem, ibidem, p. 52.

necessária uma análise diferenciada da questão para que se busque outras alternativas de classificação das ações³³⁵.

Diante desse novo quadro em que se encontra o Direito Processual Civil, adotamos a teoria do autor acima citado, propondo uma nova classificação das ações, uma vez que a classificação trinária não atende os novos direitos advindos de nova realidade social e jurídica e por ser a classificação quinária privada de critérios consistentes e metodológicos para distinguir as ações condenatórias, executivas e mandamentais, uma vez que estas se diferenciam por sua técnica e não simplesmente por seu conteúdo. Por isso, imperioso repensar o direito processual civil e fazer uma profunda análise a respeito de seus instrumentos postos à disposição do jurisdicionado, para que este obtenha, realmente, uma prestação jurisdicional adequada e efetiva.

2.2.2.1 AÇÕES E SENTENÇAS EXECUTIVAS *LATO SENSU*

As ações executivas *lato sensu*, para aqueles que as admitem, são aquelas que vão além das ações condenatórias, ou seja, estão a um passo daquilo que a parte obtém com uma ação condenatória³³⁶.

Assim como ocorre nas ações condenatórias, as ações executivas *lato sensu* contêm uma autorização para executar. Todavia, o traço diferenciador entre ambas é a produção de seus efeitos práticos. A executiva *lato sensu*, independe, no mundo dos fatos, de posterior processo de execução, estando sua sentença apta a diretamente determinar a produção dos efeitos de transformação no mundo empírico. A sentença dessa categoria de ação executa-se no próprio processo de conhecimento em que foi proferida³³⁷.

São assim denominadas porque conduzem a uma sentença que contém, em si mesma, a eficácia executiva, tornando dispensável o processo de execução

³³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 311.

³³⁶ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Obra citada, p. 153.

³³⁷ Idem, ibidem, p. 154.

autônomo. O exemplo clássico apontado pela doutrina é o da ação de despejo. Também a ação de reintegração de posse tem essa eficácia³³⁸.

Retomando as lições de Pontes de Miranda, Marcos Destefenni traz que a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex secutio*). Ações executivas *lato sensu* seriam, pois, aquelas que produzem uma sentença que autoriza, dentro do mesmo processo onde ela foi proferida, a prática de medidas executivas para cumpri-la, sem necessidade de posterior processo de execução³³⁹.

Para Marcus Vinicius Gonçalves, as sentenças executivas *lato sensu* são as de natureza condenatória, mas que prescindem de uma fase de execução que lhes sobrevenham para que seu comando seja cumprido. Executam-se, assim, sem a necessidade de um processo subsequente, ainda que não haja adimplemento voluntário por parte do réu. Nesse sentido, a satisfação do autor não é obtida em duas fases, de conhecimento e de execução, como nas ações com pedido condenatório em geral, mas somente em uma fase. Assim que transitada em julgado, a sentença se cumpre desde logo, com a expedição de um mandado judicial, sem necessidade de que o réu seja citado ou tenha oportunidade de novamente se manifestar. O referido autor ressalta, porém, que estas não constituem regra, senão exceção ao sistema bifásico, e dependem, por isso, de previsão específica no ordenamento jurídico. Não se confunde a tutela executiva *lato sensu* com a mandamental, porque nesta a determinação não é cumprida por mandado judicial. Quem deve cumprir a ordem é o próprio devedor, cabendo ao juiz estabelecer medidas de pressão, ou determinar providências que assegurem resultado semelhante. Já nas executivas *lato sensu*, não havendo cumprimento espontâneo da obrigação, o próprio Estado, no lugar do réu, a cumprirá. Assim, se o réu não devolve a coisa, é expedido mandado que a retira do poder deste, e a entrega ao autor³⁴⁰.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart estabelecem duas maneiras de considerar a sentença executiva. A primeira, para eles talvez a mais sofisticada, é a que parte da premissa de que a sentença executiva, por si só, altera a

³³⁸ DESTEFENNI, Marcos. Obra citada, p. 116.

³³⁹ Idem, ibidem, p. 116.

³⁴⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Obra citada, p. 18.

denominada linha discriminativa das esferas jurídicas, ao passo que, no caso de sentença condenatória, tal alteração somente ocorre no momento da ação de execução, pois é esta que retira um bem da esfera jurídica do devedor e o transfere para a esfera jurídica do credor. Os mencionados juristas aduzem que o autor da reivindicatória pede a coisa que está, contrariamente ao direito, na esfera do demandado, não ocorrendo o mesmo na condenação e na execução que a segue, já que aí os bens estão, de acordo com o direito, na esfera do “devedor”. Na ação de execução, com efeito, há a retirada do bem da esfera jurídica do devedor para a esfera jurídica do credor, ocorrendo o que Pontes de Miranda chama de modificação da linha discriminativa³⁴¹.

Outro modo de conceber a sentença executiva é o de supor que esta é a sentença que, independentemente da estrutura do direito material tutelado e da alteração ou não da linha discriminativa das esferas jurídicas, simplesmente dispensa a ação de execução, por uma questão de tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional. Marinoni e Arenhart refletem que uma sentença que instaura a execução forçada, ainda que sem alterar a linha discriminativa das esferas jurídicas, mas dispensando a ação de execução, além de fazer surgir nova espécie de sentença, que não se confunde com a condenatória ou com a executiva, é importante para a questão da “efetividade do processo”, já que não só abrevia o tempo necessário para a satisfação do direito, como também elimina as complicações e os gastos próprios à propositura de uma ação de execução³⁴².

A tutela executiva *lato sensu*, nas precisas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, também é voltada à prática de atos sub-rogatórios sobre o patrimônio do devedor. Entretanto, ressalta que, 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. Conforme preceitua, seu traço característico não é de **transformação**, mas de **apreensão** ou **fruição direta**. É técnica de sub-rogação *direta* e não *índireta*, como se dá no caso da “condenação”. Desta forma, a tutela executiva é realizada mediante técnica sub-rogatória que não depende da vontade do devedor, mas que não atua mediante expropriação de bens (penhora, avaliação e alienação, medidas típicas da tutela condenatória). Sua técnica sub-rogatória *direta* e não

³⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz ; MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 472.

³⁴² Idem, ibidem, p. 473.

indireta, como se dá no caso do modelo “penhora-avaliação-alienação”, tem condições de satisfazer, por si só, o autor, independentemente de qualquer outra medida. Destaca o autor que mesmo antes das reformas mais recentes do Código de Processo Civil (sempre tomando, para fins da exposição, a Lei n. 8.952/1994 como primeiro referencial), a tutela executiva prescindia de um “processo de execução” para sua realização concreta, isto é, sempre se admitiu que ela, a tutela *executiva*, fosse exercitada no “mesmo processo” em que proferida a decisão jurisdicional a ser concretizada³⁴³.

Com relação às sentenças de eficácia executiva, Araken de Assis, parafraseando Pontes de Miranda, explica que tal força executiva retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante. Conforme explica, sua eficácia é imediata quando a incursão na esfera jurídica do réu mira valor identificado, que lá se encontra de maneira já reconhecida como ilegítima no pronunciamento judicial, e, portanto, dispensa novo processo, e seu efeito é diferido quando a penetração executiva atinge a esfera patrimonial e jurídica legítima do executado, o que acarreta a necessidade de controlar de maneira plena a atuação do meio executório. Em outras palavras: na ação que nasce com força executiva (eficácia imediata), o ato de cumprimento recairá sobre bem que integra o patrimônio do vencedor (por exemplo, na ação de despejo a posse, senão o domínio mesmo, pertence ao locador); na ação que nasce com simples efeito executivo (eficácia mediata ou deferida), o ato executivo recairá sobre bem integrante do patrimônio do vencido³⁴⁴.

Para o eminente jurista gaúcho, entram na primeira espécie de ações executivas, por exemplo, as de depósito, a reivindicatória, o despejo, as possessórias, a de imissão na posse, a petição de herança, a nunciação de obra nova, e outras se o direito alegado na demanda, ou seja, o objeto litigioso se revela real³⁴⁵.

Com relação às reformas processuais recentes e o futuro das ações executivas *lato sensu*, adverte Araken de Assis:

Um dos mais graves erros, e provável causa das profundas desilusões futuras dos seus defensores com o alcance efetivo das reformas, consiste

³⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 305.

³⁴⁴ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 87.

³⁴⁵ Idem, ibidem, p. 87.

em reconhecer na execução, *in simultaneo processu*, imposta às resoluções civis pela Lei 11.232/2005 –e , note-se, não há sentenças penais condenatórias (art. 475-N,II), pois aí surge um novo processo, conforme deixa claro o art. 475-N, parágrafo único - , a transformação de todas as sentenças em executivas. Convém repetir: uma sentença não exibe força executiva senão em virtude do direito material posto em causa. A circunstância de os atos se realizarem no mesmo processo é irrelevante. Trata-se de área reservada, legitimamente, à técnica do processo, mas não toca o problema básico da execução. Quando os atos de execução, por força do direito material, realizam-se no patrimônio do vencido, e, não do vencedor, a sentença tem natureza condenatória (efeito executivo diferido). E, neste último caso, a atividade executiva se governa pelo princípio da responsabilidade patrimonial (art. 391 do CC-02). Logo, haverá casos em que o pronunciamento se mostrará inexecutável, como já ocorria antes da Lei 11.232/2005. As regras processuais são impotentes, decerto, para alterar a realidade econômica e social; no caso, porém, não mudaram sequer o direito material³⁴⁶.

Assim, a satisfação do autor vitorioso, semelhantemente ao que ocorre nas eficácias mandamentais e condenatórias, não decorre do juízo positivo acerca da sua razão, e conseqüente procedência da demanda ajuizada. Ela depende da prática de atos materiais tendentes a outorgar ao vitorioso o bem da vida. É nesta ação, afinal, que preponderam atos executivos e satisfativos.

2.2.2.2 AÇÕES E SENTENÇAS MANDAMENTAIS

As ações mandamentais têm por objetivo a obtenção de sentença em que o juiz emite uma ordem cujo descumprimento por quem a receba caracteriza desobediência à autoridade estatal passível de sanções, inclusive de caráter penal (crime de desobediência, conforme o art. 330 do Código Penal Brasileiro)³⁴⁷. Como exemplo, as sentenças proferidas no mandado de segurança e na ação de nunciação de obra nova. O não cumprimento com exatidão do provimento mandamental sujeita o destinatário da ordem do juiz a multa de até 20% do valor da causa, que reverterá aos cofres públicos, sem prejuízo da imposição das demais sanções criminais, civis e processuais cabíveis (conforme o art. 14, inciso V e parágrafo único do Código de Processo Civil).

De acordo com os apontamentos de Marcos Destefenni, ara os autores que aceitam a existência dessas ações como categoria autônoma, são aquelas que

³⁴⁶ ASSIS, Araken de. Idem, p. 88.

³⁴⁷ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Obra citada, p. 153.

solicitam uma ordem judicial, um mandado do juiz para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa. Relembrando Pontes de Miranda, Destefenni alega que a ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental. Assim, a ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo **manda**³⁴⁸.

Para Marcus Vinicius Gonçalves, que não adota as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais como classe autônoma de ações, as sentenças mandamentais são espécies das condenatórias, porque o juiz profere uma declaração, reconhecendo o direito do autor, e aplica uma sanção, constituindo um título executivo judicial. A diferença está no conteúdo da sanção imposta. Nas mandamentais, o juiz emite uma ordem, um comando, que lhe permite, sem necessidade de um processo autônomo de execução, tomar medidas concretas e efetivas, destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu direito. Reforça o autor que, descumprida a ordem, o juiz pode determinar providências que pressionem o devedor, como a fixação de multa diária (*astreintes*) e, persistindo a desobediência, pode tomar providências que assegurem um resultado prático equivalente ao do cumprimento. Explica, ainda, que somente quando o credor prefira, ou quando a obrigação se torne prática ou juridicamente irrealizável, é que se admite a conversão em perdas e dano, passando-se então à execução por quantia³⁴⁹.

Nas lições de Arenhart e Marinoni, se a sentença condenatória difere da declaratória por abrir oportunidade à execução forçada, a sentença mandamental delas se distancia por tutela o direito do autor forçando o réu adimplir a ordem do juiz. Preconizam que na sentença mandamental já ordem, ou seja, *imperium*, e existe também coerção de vontade do réu, não estando tais elementos estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como sentença correlacionada com a execução forçada. A sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu, sendo que seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado. Portanto, conforme alegam, não é mandamental a sentença que exige que seja expedido mandado para que um terceiro a registre.

³⁴⁸ DESTEFENNI, Marcos. Obra citada, p. 115.

³⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Obra citada, p. 17-18.

Se o oficial do registro civil é obrigado a registrar uma sentença que desconstituiu relação jurídica existente entre as partes, tal sentença é desconstitutiva, e não mandamental. Quando a sentença ordena, visando compelir o réu a cumpri-la, a execução é dita “indireta”, já que o direito declarado pela sentença só vai ser efetivamente realizado se a sentença convencer o réu a observá-la.

Nesta mesma linha de raciocínio, por tutela mandamental, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, deve-se entender a tutela que pretende extrair do devedor o cumprimento **voluntário** da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por seu ato, **cumpra** a obrigação, tal qual lhe foi imposta pela lei ou ajustada, por contrato, entre as partes, embora instado jurisdicionalmente a tanto.

Explica que a tutela mandamental, diferentemente das tutelas condenatória e executiva, não age por mecanismos sub-rogatórios (indiretos ou diretos, respectivamente) do patrimônio do réu, mas por coerção psicológica exercida sobre o próprio. 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. Conforme salienta o autor, tudo se passa como se, por intermédio da tutela mandamental, o réu tivesse condições objetivas de avaliar ser preferível acatar a determinação do juiz (a ordem por ele expedida) do que permanecer inerte. Daí a possibilidade de aplicação de multas ou prisão civil (apenas no caso de alimentos, consoante a autorização constitucional do art. 5^a, LXVII), como exemplo deste tipo de tutela jurisdicional. Quando o art. 461, § 4^o, do Código de Processo Civil, prevê a imposição de multa diária contra o réu para que ela faça ou desfaça alguma coisa, busca regular o que deve ser entendido como “tutela mandamental”.

A respeito do tema, dispõe Scarpinella Bueno:

A tutela mandamental, de resto, parece ir além para sua caracterização plena. É que ela, diferentemente do que se dá, por exemplo, com a tutela condenatória, admite que seja modelada pelo juiz atento às circunstâncias fáticas e com os olhos voltados, também para a predisposição do réu para acatar, ou não, a ordem nela contida. Tanto assim que o § 6^o do art. 461 autoriza que a multa seja modificada, no que diz respeito a seu valor, periodicidade, prazo de exigibilidade, tanto quanto as circunstâncias fáticas recomendem. O dispositivo, incluído pela Lei n. 10.444/2002, fez, no particular, lei o que toda a doutrina já entendia ser possível de ser feito. Justamente em função desta inegável flexibilidade da ‘multa do art. 461’ pela expressa autorização legal de ela poder se adaptar às circunstâncias de cada caso concreto – atipicidade da técnica –, é que ela não pode ser

confundida com a multa do art. 475-J que, no modelo da Lei n. 11.232/2005, ainda deve ser entendida como vinculada à tutela condenatória e não à tutela mandamental³⁵⁰.

Araken de Assis, valendo-se das lições de Goldschmidt, destaca que o provimento deste teor contém a declaração do direito e a ordem, proferida pelo juiz, dirigida a alguma autoridade. Leciona que, enquanto no projeto de adequação fática derivado da eficácia condenatória o juiz irá se sub-rogar ao que o obrigado não cumpriu, em que se pese pudesse fazê-lo, na execução do mandado há ato que só o juiz pode praticar por sua estatalidade³⁵¹.

Explica o mencionado autor:

Essa é a razão básica pela qual o desacato à ordem do juiz importa terapia diferente da ordinária, empregada para debelar rebeldias à reprovação emanada do elemento condenatório. Eventual afronta ao *imperium* do órgão judicial, utilizado porque o comportamento exigido do demandado é infungível, só pode provocar a privação da liberdade. O *contempt of court* contrapõe-se, exatamente, à desobediência do particular, não se mostrando o ordenamento pátrio, destarte, infenso à medida³⁵².

Tem-se que a essência da eficácia mandamental repousa no conteúdo da ação. Elemento independente, o mandado, incrustado no núcleo de eficácias da sentença, irradia efeitos bem discerníveis no campo executivo: primeiro, a já realçada estabilidade imanente, tutelada através de medida coercitiva contra a pessoa do sujeito passivo; ademais, o ato executivo ocorre posteriormente ao provimento, porém dentro da mesma estrutura, ou seja, dentro do mesmo processo. A eficácia mandamental, desta forma, também carece de operações práticas para alcançar ao demandante vitorioso o bem da vida³⁵³.

Em alguns casos, todavia, o objeto do autor é a simples segurança do direito litigioso, e a eficácia sob exame, haja vista a estatalidade do mandado, não o satisfaz (como, por exemplo, o arresto, que apenas assegura a futura realização do crédito em dinheiro), conquanto se materialize a garantia mediante operações físicas ou executivas.

Na doutrina de Fredie Didier Jr, a distinção que se pretende fazer entre “ação executiva *lato sensu*” e “ação mandamental” parte de distinção entre coerção direta

³⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Obra citada, p. 307.

³⁵¹ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 84

³⁵² Idem, ibidem, p. 85.

³⁵³ Idem, ibidem, p. 86.

e indireta. Ambas as demandas teriam por característica comum a circunstância de poderem gerar uma decisão que certifique a existência do direito e já tome providências para efetivá-lo, independentemente de futuro processo de execução. São, pois, ações sincréticas, distinguindo-se na medida em que a primeira visa à efetivação por sub-rogação/executiva direta, e a segunda por coerção pessoal/executiva indireta.

Assevera Didier Jr que a terminologia adotada já revela o preconceito que existia em relação à execução indireta. “Executiva” somente poderia ser a ação que levasse à “sub-rogação”. Embora já esteja consagrada, a terminologia merece reparos; o melhor seria: **a) ação executiva lato sensu por coerção direta; b) ação executiva lato sensu por coerção indireta.**

As tutelas mandamentais se revelam como um importante instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, eis que admite meios coercitivos para obrigar o devedor a satisfazer o direito do credor. Em que pese a polêmica a respeito, não há com se fechar os olhos para a sua existência e para a sua relevância diante da necessidade de se realizar a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional.

3. AÇÕES SINCRÉTICAS COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE PROCESSUAL

3.1. CONCEITO DE SINCRETISMO PROCESSUAL

O termo **sincretismo**, em nossa língua pátria, significa, na acepção atribuída em nosso trabalho, a “síntese, razoavelmente equilibrada, de elementos díspares, originários de diferentes visões do mundo ou de doutrinas filosóficas distintas”³⁵⁴ e, ainda, “ser ou coisa que resulta desse encontro, dessa união”³⁵⁵.

Em outras palavras, **sincretismo** pode ser considerado como a “fusão de elementos culturais diferentes, ou até antagônicos, em um só elemento, continuando perceptíveis alguns traços originários”³⁵⁶ ou a “reunião artificial de idéias ou de teses de origens disparatadas”³⁵⁷.

O sincretismo processual, assim, pode ser considerado como a reunião de dois institutos diferentes em um único elemento, ou seja, a fusão dos processos cognitivos e executivos em uma única ação, sem a necessidade de uma nova ação executiva autônoma para a satisfação fática do direito garantido na sentença proferida no processo de conhecimento.

Barbosa Moreira, no que chama de “novo processo sincrético”, explica:

Convicção assente nos meios jurídicos é a de que a novidade capital introduzida pela Lei n.º 11.232, de 22-11-2005, consiste na junção das atividades jurisdicionais cognitiva e executiva, eliminando-se a diferenciação formal entre o processo de conhecimento e o de execução, ressalvadas as hipóteses do art. 465-N, parágrafo único, do Código de Processo Civil e a de ser devedora a Fazenda Pública. Em vez de dois processos sucessivos, teremos um só, no qual se sucederão, ao longo de duas fases, mas praticamente sem solução de continuidade, os atos de uma e de outra espécie. O Livro I do estatuto processual, consagrado ao ‘processo de conhecimento’, passa agora a conter, em capítulo novo, sob a rubrica ‘Do cumprimento da sentença’ (Capítulo X do Título VIII), bom número de disposições estranhas à atividade cognitiva, em grande parte oriundas do

³⁵⁴ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.577.

³⁵⁵ Idem, ibidem, p. 2.577.

³⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *MiniAurélio: o Minidicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 741.

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 741.

Livro II, intitulado 'Do processo de execução'. Assim se adota um modelo processual misto, ao qual se vem aplicando a denominação de 'processo sincrético'³⁵⁸.

As chamadas ações sincréticas indicam, portanto, a desnecessidade de uma nova relação jurídica processual após a satisfação jurídica advinda com a declaração da existência ou inexistência do direito pleiteado no processo de conhecimento.

São, destarte, aquelas que, em uma mesma fase faz-se, de forma concomitante, a cognição e a execução, inexistindo os dois procedimentos, um após ou outro, como tradicionalmente é feito, motivo pelo qual a sentença com trânsito em julgado é auto-exeqüível, ou seja, executável mediante a simples expedição de mandado.

Araken de Assis, no que chama de "execução incidente", explica sincretismo processual:

A partir da Lei 10.444/2002 buscou-se confinar toda atividade executiva, tratando-se de prestação *faciendi* e prestação para entrega de coisa, no âmbito da relação processual que originou o provimento antecipatório ou final, independentemente da força da ação. Por via de conseqüência, o princípio da autonomia da função executiva, do seu ponto de vista estrutural, acabou excepcionado. Deu-se a semelhante técnica o nome de 'execução sincrética'³⁵⁹.

Um dos maiores defensores do sincretismo processual, Joel Dias Figueira Júnior explica o seu significado, afirmando que se denominam ações sincréticas todas as demandas que possuem em seu bojo intrínseca e concomitantemente cognição (processo de conhecimento) e execução, ou seja, não apresentam a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicionado numa única relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão auto-exeqüíveis³⁶⁰.

Tais ações diferenciam a classificação tradicional das ações (trinária, portanto) da classificação quinária. Dizem respeito às ações executivas *lato sensu* e

³⁵⁸ MOREIRA. José Carlos Barbosa. "Cumprimento" e "Execução" de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais. In: *Temas de Direito Processual* – Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.

³⁵⁹ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 113.

³⁶⁰ FIGUEIRA JÚNIOR. Joel Dias. Ações Sincréticas e Embargos de Retenção por Benfeitorias no Atual Sistema e no 13.º Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil – Enfoque às Demandas Possessórias. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 98, p. 11, 2000.

às ações mandamentais, as quais, como já observado, são executadas e satisfeitas faticamente no próprio processo de conhecimento em que a sentença foi proferida.

As ações sincréticas promovem a concretização da pretensão deduzida em juízo, que poderá ser efetivada no próprio processo de conhecimento, prescindindo, desta forma, da instauração de um processo autônomo de execução, que passa a ser considerado como fase subsequente daquele.

O sincretismo processual busca a realização, em concreto, do direito material no próprio processo em que tal direito foi garantido.

Vale dizer que tal idéia rompe a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução, fazendo com que subsista apenas um processo, com características e atividades dos dois institutos. Assim, em um único processo, ter-se-á atividade de conhecimento (para declarar a existência ou inexistência do direito pleiteado) e atividade de execução (para satisfazer, no mundo dos fatos, o direito concedido com a sentença).

3.2. SINCRETISMO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE E EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E A RUPTURA DA DICOTOMIA COGNIÇÃO-EXECUÇÃO

A ruptura da dicotomia cognição-execução é tema recorrente na doutrina processualista, principalmente se levada em conta a diminuição do tempo despendido com a propositura de nova ação autônoma, desta vez de execução, para satisfazer no plano fático, a satisfação jurídica garantida no processo de conhecimento.

Neste sentido é que se fazem relevantes as ações mandamentais e as ações executivas *lato sensu*. Estas realizam, no plano prático e na própria ação de conhecimento, o direito material pleiteado pelo autor e garantido na sentença. Neste caso, a decisão já é proferida **com** execução, e não **para** execução, não dependendo de ação de execução autônoma.

Por meio do sincretismo, os atos executivos para a realização prática da sentença são efetivados na mesma relação processual, dispensando nova relação jurídica e o conseqüente desgaste, emocional e econômico, dela advindo.

Não há dúvida que o sincretismo processual promove a celeridade processual e atende o princípio da tempestividade proposto pela Constituição Federal em seu art. 5.º, LXXVIII, pois subtrai nova ação (a ação de execução autônoma), adiantando a satisfação fática e a realização do direito declarado na sentença do processo cognitivo. Conseqüentemente, podemos afirmar ser o sincretismo processual um dos responsáveis diretos pela efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que esta será prestada a destempo, de forma adequada e eficaz. O sincretismo ressalta a idéia de processo como instrumento, capaz de atender aos novos direitos e aos anseios da sociedade que serve.

Athos Gusmão Carneiro, um dos responsáveis pelas recentes reformas processuais, com seu “Anteprojeto Relativo à Execução”, vislumbrou a inaptidão da dicotomia cognição-execução para atender os direitos reclamados pela sociedade. Eis sua reflexão:

É tempo, já agora, de pensar-se melhor, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com freqüência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito. Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos o *damno marginale in senso stretto* de que nos fala Italo Andolina), o demandante logra obter ao fim a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe, então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o ‘bem da vida’ a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante ‘embargos’, com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos. Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios, propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes e agravos³⁶¹.

Propõe aquilo que seria um dos objetos da Lei n.º 11.232: o cumprimento da sentença no próprio processo de conhecimento em que esta foi proferida. Sugere o processo sincrético, ou seja, a efetivação forçada da sentença condenatória, a ser

³⁶¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sugestões para uma Nova Sistemática de Execução. *Revista de Processo*, v. 102, São Paulo, RT, n. 102. p. 140, 2001.

feita como etapa final do processo de conhecimento, após um *tempus iudicati*, sem necessidade de um processo autônomo de execução, afastando-se princípios teóricos em homenagem à eficiência e brevidade³⁶².

Como assinala Cassio Scarpinella Bueno, essa quebra de correlação necessária entre a sentença condenatória e seu modelo tradicional de cumprimento e de concretização, ou seja, o processo de execução, abre novos horizontes para o estudo do direito processual civil, principalmente quando analisada a questão desde a Constituição Federal de 1988, forte no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV).³⁶³ Conforme dispõe, essa realidade é identificada por muitos, que a elogiam, pelo nome de sincretismo, porque se quer evidenciar, aqui, esta junção, esta mescla entre atividades jurisdicionais que, por razões históricas, sempre tenderam a aparecer separadas, desde seu nascedouro. Ressalta que o que ocorre nestas situações é nada mais nada menos do que autorizar o juiz, em um mesmo processo, sem solução de continuidade, a declarar a existência de direitos e realizar concretamente esta declaração desde pronto, independentemente de como esta realização concreta vai se dar³⁶⁴.

Joel Dias Figueira Júnior também preconiza que o processo de conhecimento clássico não compadece, de regra, com as ações sincréticas, que são justamente aquelas que admitem, simultaneamente, cognição e execução, isto é, à medida que o juiz vai conhecendo e, de acordo com as necessidades delineadas pela relação de direito material apresentada e a tutela perseguida pelo autor, vai também executando (satisfazendo) provisoriamente, fulcrado em juízo de verossimilhança ou probabilidade³⁶⁵.

Todavia, Araken de Assis questiona o sincretismo processual, ademais com a Lei n.º 11.232/05, que instituiu o regime para todos os pronunciamentos judiciais com força condenatória e efeito executivo:

Em que medida, porém, o legislador processual logra alterar a natureza do direito posto em causa, transformando a respectiva ação em executiva? E tal expediente, afinal, resolve os problemas suscitados pela realização coativa dos provimentos judiciais?³⁶⁶

³⁶² CARNEIRO, Athos Gusmão. Obra citada, p. 141.

³⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 299.

³⁶⁴ Idem, ibidem, p. 299.

³⁶⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC – Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

³⁶⁶ ASSIS, Araken. Obra citada, p. 113.

É neste sentido que, para o referido jurista, a generalização de execução incidente impõe variadas considerações, ressaltando em princípio, que toda resolução judicial há de ser fielmente cumprida por seus destinatários e respeitada por todos. Cita a posição dos terceiros como símbolo da intensa imperatividade da manifestação do órgão do Estado. Ainda que se torne indiscutível, mercê da eficácia de coisa julgada, e as partes não possam se subtrair aos seus efeitos, terceiros titulares de direito incompatível com a eficácia do pronunciamento precisam arredá-la, tornando-a inaplicável e paralisando-lhe a eficácia, através de nova e autônoma demanda. Antes de trânsito em julgado, que só vincula irrevogavelmente figurantes do processo, o pronunciamento do juiz – e nesta situação situam-se os provimentos emanados do poder antecipatório, a teor dos arts. 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil – valendo perante todos, também deve ser repellido mediante o emprego do cabível remédio processual. Acrescenta que, felizmente, concebe-se o cumprimento voluntário do comando judicial pelo seu destinatário e, freqüentemente, a palavra do juiz induz semelhante comportamento. Nessa situação, ainda que eventual, os problemas suscitados pela subordinação do vencido à resolução judicial se resolvem automaticamente, assumindo a neutra qualidade de questão teórica. Entretanto, afirma que, quando as partes não atendem o comando do juiz, seja qual for seu conteúdo e sentido, tudo muda de figura. É indispensável realizar o comando da realidade, alterando os fatos da vida. Tradicionalmente, à atividade que se empenha em entregar a prestação jurisdicional ao vencedor, tão-só apresentada pela sentença, ou decisão, se designa de execução. Sugere a utilização de outra terminologia, restringindo-se a “execução” a seu estrito sentido, que é o de “passar ao patrimônio do autor da ação o bem que se achava no patrimônio do devedor”. Daí porque, relembra o autor gaúcho, Pontes de Miranda aconselha o uso da palavra “cumprimento” a propósito das sentenças não-executivas³⁶⁷.

Por fim, ressalta Araken de Assis, de forma enfática:

O emprego de palavras diferentes jamais sublimará as dificuldades de realizar, concretamente, os comandos do órgão judiciário. O mundo dos fatos pouco se abala com o fraseado politicamente correto e utilizado para descrevê-lo. Por isso, a troca da palavra “execução” por outra mais moderna e conveniente, como “atuação”, ou “cumprimento”, e a qualificação dos procedimentos contemplados no Livro II do CPC como parâmetro operativo

³⁶⁷ ASSIS, Araken. Obra citada, p. 114.

da execução dos provimentos antecipatórios, em nada simplificam a tarefa de cumprimento das resoluções judiciais: a localização dos bens penhoráveis, por exemplo, não ficará menos complexa, ou abreviada, em decorrência da fraseologia da doutrina processual. Em tal sentido, a afirmativa de que, nos provimentos dos arts. 273, 461 e 461-A, antecipa-se “a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos” a um só tempo representa uma verdade incontestada e uma trivialidade inútil. O que verdadeiramente importa é o modo de alterar, conformar e dominar os fatos, se necessário, concretizando a eficácia da sentença³⁶⁸.

Cândido Rangel Dinamarco, em posicionamento anterior à Lei n.º 11.232/05, não vislumbrava a separação entre ação de conhecimento e ação de execução. Reforçando a dicotomia entre elas, ele registra que a afirmação de que a ação executiva é distinta e independente da ação de conhecimento constitui decorrência lógica do reconhecimento de que o próprio processo de execução é autônomo e não mera fase processual subsequente à cognição. Explicava ele que, se a ação é o poder de provocar o exercício da função jurisdicional, estimulando o órgão, passo a passo, até a prolação do provimento final, certamente extinguir-se-ia a ação cognitiva no momento em que passaria em julgado a sentença condenatória. Assim, acolhida a demanda do autor com julgamento de mérito, dizia o Código expressamente, o processo se extinguiria; findo o processo, acabariam também os poderes de exigir a prática dos atos jurisdicionais do respectivo procedimento. Eliminando com a idéia de sincretismo processual, ele aduzia que para que tivesse vida outro processo, ainda que referente à mesma pretensão (processo de execução), seria preciso que se reunissem em torno de uma pessoa as condições de uma nova ação, tendente a estimular o órgão judiciário à instauração e ao impulso desse novo processo: seria a ação executiva, livre, independente e distinta da condenação que a precedeu³⁶⁹.

Em seu entendimento, a exigência de iniciativa da parte abrange todo processo civil, inclusive o de execução, sendo vedada a tutela executiva *per officium judicis*. Dinamarco ressalta que sabe o legislador moderno que o processo inquisitivo é fonte de injustiças e quebra da imparcialidade do juiz e por isso é que o mecanismo judicial fica fadado à inércia inicial e sua atuação depende da iniciativa de parte. E mais, contrariando as novas tendências processuais: ele afirma que nem faria muito sentido o exercício dessa atividade pacificadora e satisfativa, nos casos em que o próprio interessado não sinta a necessidade disso. Portanto, prossegue o

³⁶⁸ ASSIS, Araken. Obra citada, p. 114.

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 193-198.

autor, essa firme regra exclui que possa o juiz, ao sentenciar no processo de conhecimento, mandar que em seguida se dê início à execução³⁷⁰.

Mas Dinamarco reconhece a utilização do processo sincrético em nosso ordenamento jurídico. Ele explica que no caso das sentenças executivas, não se tem processo executivo formado *ex officio*, mas cognição e execução num processo só, que passa de uma fase a outra. Dessa forma, uma só demanda ajuizada traz em si a iniciativa para a cognição e para a execução de sentença eventualmente favorável ao demandante. Neste sentido, explica que o objeto do processo é mais amplo que num processo cognitivo convencional, e também mais amplo que numa execução em processo subsequente à cognição. Acrescenta o autor que o objeto do processo executivo *lato sensu* corresponde ao objeto desses dois processos (duas pretensões), não se tratando, todavia, de execução de ofício. E faz uma ressalva, lembrando que são poucos e excepcionais esses casos no sistema jurídico brasileiro, mas é de augurar que se evolua para sua ampliação, em prol da agilidade da tutela judicial de direitos³⁷¹.

Humberto Theodoro Júnior, apesar de não acampar a classificação quinária, por considerá-la isenta de critérios metodológicos invariáveis que a justifique, ainda na década de 80 já entendia não ser aceitável a dicotomia processo de conhecimento-processo de execução³⁷². Afirma que o “romanismo” e um equívoco histórico³⁷³ tomaram conta do nosso sistema jurídico, levando a uma dicotomia entre

³⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 134-135.

³⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 135-136.

³⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Execução da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 193.

³⁷³ Theodoro Júnior lembra que “a dicotomia e a completa dissociação entre o processo de execução, como formas isoladas e completas de prestar a tutela jurisdicional, cada uma a seu tempo e modo, prendem-se às origens romanísticas de nosso sistema jurídico. Perante o processo, os litigantes assumiam como que um pacto de fixar o objeto da controvérsia e aceitar a vontade da lei como sendo aquela que fosse ditada afinal pelo julgador. Com base nessa solução, que era predominantemente arbitral, e de caráter privatístico sobretudo, o vencedor estava autorizado a atuar diretamente sobre a pessoa do devedor e, reflexamente, sobre seu patrimônio, realizando, dessa forma, e por meios próprios, a satisfação de seu direito. Não existia, na Roma primitiva, uma atividade jurisdicional executiva. O processo terminava realmente com a declaração do direito da parte. Esta é que, de fato, o realizava materialmente, após a sentença. Mais tarde, a execução dos julgados romanos passou a ser feita também através do Poder Público. Como, porém, a *actio* continuasse impregnada do feitiço de vínculo contratual eminentemente voltado para a definição do direito do autor, nunca se concebeu que após cumprida a missão de definir o direito do litigante, ainda pudesse o magistrado, no mesmo processo, prosseguir sobre o patrimônio do vencido, até a realização coativa da prestação devida ao vencedor. Daí que, quando se jurisdicinalizou a execução forçada, isto se fez através de um nova e distinta *actio*, isto é, através de uma diversa relação processual em que se autorizava, também como que contratualmente, o magistrado a solucionar o novo conflito gerado pelo descumprimento da sentença: era a *actio iudicati*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 214)

o processo de cognição e o processo de execução, em grande parte desnecessária e até mesmo pernicioso³⁷⁴.

Sua posição reflete o ideal do sincretismo processual:

Nossa posição é a de que o bom senso não exige a manutenção da atual dualidade de relações processuais (conhecimento e execução) quando a pretensão contestada é daquelas que, deduzidas em juízo, reclamam um provimento jurisdicional condenatório. A obrigatoriedade de se submeter o credor a dois processos para eliminar um só conflito de interesses, uma só lide conhecida e delineada desde logo, parece-nos complicação desnecessária e perfeitamente superável, como, aliás, ocorre em sistemas jurídicos como o anglo-saxônico³⁷⁵.

De forma acertada, Theodoro Júnior afirma que perante a parte não existem duas jurisdições. Eclodida a lide, o interessado quer sua solução e só dispõe de um remédio técnico para encontrá-la: o recurso à jurisdição. Assim vista, a jurisdição é uma e uno é o direito a ela. Conforme ressalta, a parte não quer reclamar do Estado apenas a sentença. O Estado é que condiciona a realização de sua pretensão à prévia apuração e acerto do direito em sentença. O que, porém, pretende a parte é a realização de seu direito negado pelo adversário. E questiona: sendo a ação modernamente concebida como direito à prestação jurisdicional, porque romper a marcha da atividade jurisdicional no momento da definição do direito e exigir que sua realização só se dê após nova propositura de ação? Assim, se a lide, nos inadimplementos de obrigação, só pode, de fato, desaparecer com a realização da prestação devida, não se concebe, para Theodoro Júnior, que se continue a considerar prestada a missão do magistrado apenas com a prolação da sentença condenatória. Isto porque o credor que bateu às portas da justiça, pedindo fosse o devedor compelido a pagar-lhe, continua, sem dúvida, insatisfeito diante da prestação que lhe deu o órgão julgante, apenas na sentença de mérito. Seu direito só será realizado, após o pronunciamento judicial, se o devedor quiser, porque o juiz, na sistemática de nosso direito processual civil, se limitou a encerrar o processo com a condenação e nada mais. Diante de tal quadro, ele afirma que, a não ser que o mesmo credor proponha uma outra ação, isto é, a de execução forçada, jamais se interessará o órgão julgante pela sorte de sua sentença condenatória³⁷⁶.

Por todo o seu raciocínio, assim o autor se posiciona:

³⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 193-194.

³⁷⁵ Idem, ibidem, p. 195.

³⁷⁶ Idem, ibidem, p. 216.

Não me parece razoável, em boa lógica, que alguém, por obrigação de uma função, ordene qualquer coisa e não se preocupe com o cumprimento ou não do seu comando. Se se ordena qualquer prestação é porque se quer, pela própria natureza das coisas, que tal se cumpra. Daí porque ninguém, entre os juristas do sistema anglo-saxônico, compreende como se possa conceber a necessidade de uma outra ação da parte vencedora para compelir o magistrado a realizar a sua própria sentença contra a parte vencida. Quem exerce o direito único de ação deve ser satisfeito, em toda a extensão, com a prestação estatal a que corresponda tal direito³⁷⁷.

Portanto, enquanto não eliminada a lide por inteiro, não cumpriu o Estado a função inerente à jurisdição. Pelo que a conservação da dicotomia obrigatória de ação condenatória e ação de execução, em atividades separadas e estanques, é, ao ver de Theodoro Júnior, arcaísmo que só a lei da inércia explica e que, na ordem prática, só serve a retardar a consumação da prestação jurisdicional desde o início desejada e procurada pela parte, com acúmulo de atos estéreis e comprometedores da eficácia e do bom nome da Justiça³⁷⁸.

Em nome da celeridade processual e da efetividade da tutela jurisdicional mister se faz, portanto, a ruptura da dicotomia cognição-execução como forma de garantir a ampla e real prestação da jurisdição. O Estado, para exaurir sua função jurisdicional, deve não só proporcionar a satisfação jurídica da parte mas também a satisfação fática, sem a qual a frustração e o descrédito no poder estatal reinam absolutos. A satisfação do direito fundamental do cidadão ao acesso à justiça e sua inclusão social dependem de métodos céleres e efetivos e, sem dúvida alguma, o sincretismo processual se revela como um dos mecanismos capazes de realizar tais intenções.

3.3 O SINCRETISMO PROCESSUAL APÓS A LEI N.º 11.232/05

A reforma processual decorrente do advento da Lei 11.232/05 provocou grande reação entre os operadores do direito. Reações das mais variadas espécies, diga-se de passagem, pois os otimistas vislumbram um processo mais célere e

³⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 216.

³⁷⁸ Idem, ibidem, p. 217.

eficaz enquanto os pessimistas relutam em encontrar vestígios de alterações realmente significativas no plano fático.

O sincretismo processual, até então presente apenas nas ações executivas *lato sensu* e nas ações mandamentais, sugere agora sua extensão às ações condenatórias. A Lei n.º 11.232/2005 trouxe relevantes alterações na sistemática da execução das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa, conforme já ocorrera em matéria de obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, por força das regras contidas nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Desta forma, em se tratando de título executivo judicial, não há mais processo de execução distinto do processo de conhecimento, prevendo a nova Lei a unificação procedimental entre a ação condenatória e a ação de execução. Muito embora se alegue que o legislador pátrio, quando da unificação procedimental, foi influenciado pelo sincretismo processual, mais crível levar-se em conta a enorme pressão social, uma vez que a demora na prestação da tutela jurisdicional e os altos custos proporcionados por uma nova ação, desta vez de execução, vêm, há tempo, gerando verdadeiros arrepios aos jurisdicionados.

O legislador, no decorrer da década de 1990, promoveu várias alterações processuais no sentido de proporcionar a consecução das chamadas ações sincréticas, com repercussões mais visíveis advindas das Leis ns. 8.952/94 e 10.444/02, especialmente no que tange às tutelas específicas de fazer, não fazer e entregar coisa. Estas tutelas possuem mecanismos de satisfação fática no próprio processo de conhecimento em que a sentença foi proferida, dispensando ação autônoma de execução.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira indicam, como técnicas processuais para viabilizar a execução da sentença, a) processo autônomo de execução, no qual a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa predominante finalidade; b) fase de execução, em que a execução ocorre dentro de um processo existente, com uma de suas fases. Frisa o autor, assim, que nem toda execução de sentença ocorre, necessariamente, em um processo autônomo de execução, mas toda a execução se realiza em um processo de

execução, procedimento em contraditório, seja em um processo instaurado com esse objetivo, seja como fase de um processo sincrético³⁷⁹.

Fazendo um retrospecto das significativas reformas processuais ocorridas nos anos 90 e no início deste século, relembra Humberto Theodoro Júnior que o legislador as realizou em quatro etapas, pretendendo abolir por completo os vestígios da indispensável dualidade de processos para promover o acerto e a execução dos direitos insatisfeitos³⁸⁰.

Num primeiro momento, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, alterou o texto do art. 273 do CPC, acrescentando-lhe vários parágrafos (que viriam a sofrer adições da Lei nº 10.444, de 07.05.2002), com o que se implantou, em nosso ordenamento jurídico, uma verdadeira revolução, consubstanciada na antecipação da tutela³⁸¹.

A segunda etapa de modernização do procedimento de execução de sentença no processo civil brasileiro ocorreu com a reforma do art. 461 do CPC. Pela redação que a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, deu a seu *caput* e parágrafos (complementada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002), a sentença em torno do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer deve conceder à parte a tutela específica; de modo que sendo procedente o pedido, o juiz “determinará providências que segurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, adotando medidas de coerção e apoio para atingir essa finalidade (como multas, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade). Significa que o credor deve ter acesso aos atos de satisfação de seu direito, desde logo, sem depender do complicado procedimento da ação de execução da sentença.

Num terceiro e importante momento da seqüência de inovações do processo civil brasileiro, deu-se a introdução no CPC do art. 461-A, por força da Lei nº 10.444 de 07.05.2002. Já então, a novidade se passou no âmbito das ações de conhecimento cujo objetivo seja a entrega de coisa. Também em relação às obrigações de dar ou restituir, a tutela jurisdicional deverá ser específica, de modo que o não-cumprimento voluntário da condenação acarretará, nos próprios autos em que se proferiu a sentença, a pronta expedição de mandado de busca e apreensão

³⁷⁹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. v. II. Salvador: Podivm, 2007, p. 417.

³⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 110.

³⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 110.

ou de imissão na posse (art. 461-A, § 2º). Não cabe mais, portanto, a *actio iudicati* nas ações condenatórias relativas ao cumprimento de obrigações de entrega de coisas. Tudo se processa sumariamente dentro dos moldes da *executio per officium iudicis*³⁸².

Faltava, portanto, a sentença pecuniária.

Finalmente, assim é que a quarta etapa de abolição da ação autônoma de execução de sentença se consuma com a reforma de execução por quantia certa, constante da Lei nº 11.232, de 22.12.2005. Neste sentido, as condenações a pagamento e quantia certa, para serem cumpridas, também não mais dependerão de manejo da *actio iudicati* em nova relação processual posterior ao encerramento do processo de conhecimento. Ao condenar o devedor ao cumprimento de obrigação de quantia certa, o juiz assinará na sentença o prazo em que o devedor haverá de realizar a prestação devida. Não ocorrendo o pagamento voluntário, seguir-se-á, na mesma relação processual em que a sentença foi proferida, a expedição do mandato de penhora e avaliação para reparar a expropriação dos bens necessários à satisfação do direito do credor (novo art. 475-J)³⁸³.

Seguindo a “onda” de reformas e no intuito de promover a celeridade processual e preservar a efetividade da tutela jurisdicional, o legislador pátrio alterou os mecanismos de execução e estabeleceu novos parâmetros para a real satisfação fática do credor.

A Lei nº 11.232/05 pretendeu eliminar o processo autônomo de execução de sentença. Criou-se a fase de cumprimento da sentença (arts. 475-I a art. 475-R), que corresponde à execução da sentença, só que em uma fase de um mesmo procedimento, e não como objeto de outro processo.

Para melhor análise do tema, convém demonstrar, genericamente, as principais alterações ocorridas com a lei em comento. Como forma mais didática, vale-se da ilustração gráfica de Humberto Theodoro Júnior³⁸⁴:

³⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 111-112.

³⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95.

³⁸⁴ Idem, ibidem, p. 96.

Texto primitivo	Texto atual
Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato pelo qual o <i>juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito de causa.</i>	Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do <i>juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei.</i>
Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito	Art. 267. Extingue-se o processo, sem <i>resolução</i> de mérito:
Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento do mérito:	Art. 269. Haverá resolução de mérito:
Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz <i>cumpr e acaba o ofício jurisdicional</i> , só podendo alterá-la:	Art. 463. <i>Publicada a sentença</i> , o juiz só poderá alterá-la:
(Dispositivo sem correspondente no texto anterior do CPC.)	Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste capítulo.

Theodoro Júnior ressalta os pontos mais importantes da reforma, quais sejam, a) a sentença não é mais o ato que necessariamente põe fim ao processo; b) a sentença de mérito não é necessariamente um **juízo do mérito pelo juiz**, mas nela se contém sempre uma **resolução** do mérito da causa, mesmo que não seja por ato de juiz; c) a atividade de execução forçada não exige, mais, a movimentação da **ação executiva**, e realiza-se por meio do incidente de “cumprimento da sentença”, integrado, quase sempre, à mesma relação processual em que se prolatou o julgamento exequendo; d) o título executivo judicial não parte mais do padrão da sentença condenatória, bastando para sua configuração o reconhecimento, pelo ato do juiz, da “existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (art. 475-N), desde que, é claro, se revista de certeza, liquidez e exigibilidade (art. 586)³⁸⁵.

José Eduardo Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, de forma acertada, ressaltam que o aspecto mais importante, ou seja, “a espinha dorsal” da Lei 11.232/05 é, com efeito, a previsão dos arts. 471-I a 475-R, que acaba de vez com o processo de execução de título judicial e apresenta nova técnica de

³⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 97.

efetivação do julgado, a mesma usada pelos arts. 461 e 461-A, também com o propósito de agilizar o gozo do bem da vida reconhecido pela sentença³⁸⁶.

Desta forma, após a Lei n.º 11.232/05, a execução de sentença somente será processada como ação distinta da condenatória nos casos excepcionais de julgados proferidos contra a Fazenda Pública (art.730) e o devedor de alimentos (art. 732).

Analisando a redação do art. 475-I, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira indicam que, aparentemente, a **execução** da sentença ocorreria apenas nos termos dos art. 475-j e seguintes, destinados basicamente à execução de sentença pecuniária, e que a efetivação das decisões com fundamento nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil dar-se-ia pelo **cumprimento da sentença**, que não seria execução. Atentam para o fato de, curiosamente, as novas regras sobre o **cumprimento da sentença** são destinadas à execução pecuniária. Alegam ser tal redação uma verdadeira “mixórdia”, como se o **cumprimento das sentenças** dos arts. 461 e 461-a não fosse, substancialmente, uma atividade executiva³⁸⁷.

E prosseguem, demonstrando sua indignação:

A mistura terminológica não se justifica: há execução sempre que se pretender efetivar materialmente uma sentença que imponha uma prestação (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia), pouco importa a natureza desta prestação. Talvez o mais correto fosse dizer, para manter a terminologia do CPC, que a execução da sentença de fazer e de não fazer dar-se-á segundo os termos do art. 461-A; e a da sentença pecuniária, de acordo com as regras do cumprimento da sentença, previstas nos arts. 475-J e seguintes³⁸⁸.

É nesse sentido, também, a crítica de Barbosa Moreira, para quem as terminologias empregadas no caso em tela não foram felizes:

Raiaria pelo absurdo, note-se, pensar que a Lei n.º 11.232/05 pura e simplesmente ‘aboliu a execução’. O que ela aboliu, dentro de certos limites, foi a necessidade de instaurar-se novo processo, formalmente diferenciado, após o julgamento da causa, para dar efetividade à sentença – em linguagem carneluttiana, para fazer que realmente *seja* aquilo que *deve ser*, de acordo com o teor do pronunciamento judicial. Um dos fatores capazes de perturbar o raciocínio do intérprete e fazê-lo perder-se em labirinto de Ariadne que o socorro com o fio providencial é a falsa igualação de duas coisas perfeitamente distintas: execução e processo de execução. Ela transparece nos escrúpulos que sentem alguns em utilizar a palavra ‘execução’ com referência a quaisquer casos em que os atos ordenados à

³⁸⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da Sentença*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 9.

³⁸⁷ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Obra citada, p. 418.

³⁸⁸ Idem, ibidem, p. 418.

efetivação do julgado se praticam sem necessidade de instaurar-se processo de execução formalmente diferenciado³⁸⁹.

Conforme leciona o respectivo autor, os dispositivos contidos na referida lei deveriam estabelecer regras genericamente aplicáveis a toda efetivação do julgado. Ainda que assim parecesse à primeira leitura, Barbosa Moreira indica que o *caput* do primeiro dispositivo do Capítulo, o art. 475-I, logo cuida de advertir: “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei, ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”. Ora, por que a diferenciação? Ele manifesta sua indignação³⁹⁰:

Que se tira, imediatamente, da leitura desse texto? Que ‘cumprimento da sentença’, expressão usada na rubrica, é noção abrangente de mais de uma figura: autêntico gênero dividido em espécies. Invertendo a ordem adotada na redação, tem-se uma espécie de cumprimento peculiar à ‘obrigação por quantia certa’; e a tal espécie, unicamente a ela, se dá aí o nome de ‘execução’. A parte inicial do dispositivo cinge-se a remeter aos arts. 461 e 461-A, determinando que o cumprimento se realize na conformidade do que um e outro dispõem: o primeiro, sobre ‘ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer’, o segundo, para a ‘ação que tenha por objeto a entrega de coisa’ – subentendida em ambos os casos, é óbvio, a procedência do pedido. O art. 475-I, *caput*, abstém-se de indicar denominação específica para esse(s) tipo(s) de cumprimento; dá a entender, porém, *a contrario sensu*, que a nenhum dos dois convém o *nomen iuris* de ‘execução’.

Em seu conteúdo, entretanto, a reforma processual estabelece a execução como mera fase do processo e não mais como ação autônoma. Entende-se, assim, que a *execução* expressa na norma não mais vislumbra a idéia de um novo processo, vez que, após o esgotamento da demanda de conhecimento a sentença estará apta a promover o seu cumprimento.

Sob esse ângulo, classificado como processo **bifásico**, o processo caminhará obedecendo duas etapas distintas: a **primeira etapa**, de certificação do direito em

³⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Obra citada, p. 316.

³⁹⁰ Este não é o único equívoco da lei em comento apontado por Barbosa Moreira: “Não parece adequada, por sinal, a localização do novo Capítulo X, inserto no Título VIII do Livro I. A colocação nesse Livro já se mostra problemática, atenta a respectiva rubrica, que continuou a ser, ainda depois da reforma, “Do processo de conhecimento”- matéria da qual extravasa, a olhos vistos, todo o conjunto de disposições contidas no supracitado capítulo. Agrava-se o defeito, no entanto, com a inserção de tais disposições em título pertinente ao *procedimento ordinário*. Vê-se com facilidade que também sentenças proferidas em *procedimento sumário* podem apresentar características iguais àquelas a que diz respeito o Capítulo X, e por conseguinte merecem igual tratamento: basta recordar que muitas causas só em razão do valor, sem outra peculiaridade, se submetem àquele rito (art. 275, I). O mesmo se dirá de sentenças prolatadas em ações de *procedimento especial*: por exemplo, a do art. 899, § 2.º. Não existe razão para excluí-las do âmbito de atuação do “processo sincrético”, nem, portanto, para subtrai-las à aplicação dos arts. 475-I e s” (Idem, ibidem, p. 316-317).

favor do autor ou do réu, após ampla investigação fática realizada pelo magistrado, com o ônus que lhe é imposto de fundamentar a sentença judicial, em respeito ao sistema do livre convencimento racional ou motivado; e a **segunda etapa**, de realização do direito, apoiada na existência de uma sentença judicial que impõe o cumprimento da obrigação de pagar quantia certa ou apurada em liquidação³⁹¹.

Ao se inserir no mesmo procedimento elementos que fossem capazes de dar celeridade ao processo e reforçar sua eficácia, também se pretendeu buscar a mais plena tutela do direito material, sem se esquecer, entretanto, de obedecer a particularidade de cada caso em questão.

Humberto Theodoro Júnior ressalta a relevância da recente reforma processual:

Nessa ótica de encontrar a efetividade do direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada, visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no exercício efetivo do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem. Quanto mais cedo e mais adequadamente o processo chegar à execução forçada, mais efetiva e justa será a prestação jurisdicional³⁹².

Proclama o referido jurista que o maior objetivo das últimas reformas tem sido a ruptura com figuras e praxes explicáveis no passado, mas completamente injustificáveis e inaceitáveis dentro das perspectivas sociais e políticas que dominam o devido processo legal em sua contemporânea concepção de processo justo e efetivo. Neste sentido é a dicotomia cognição-execução, que trata como objeto de ações distintas e completamente separadas o accertamento e a execução dos direitos subjetivos violados, com perda de tempo e acréscimo de custos, incompatíveis com a efetividade esperada da tutela jurisdicional.

Portanto, é com essa intenção que, segundo as novas regras, na execução de sentença por quantia certa, no lugar da ação ou processo de execução comportar-se-á o **cumprimento** da obrigação através de simples requerimento e procedimento executório. Ressalte-se que a nova legislação procurou atacar os principais pontos que embaraçavam a prestação jurisdicional, primando, desta maneira, pela simplificação, agilização e efetividade do processo.

³⁹¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52.

³⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 99

Pode-se concluir, com a reforma ora analisada, que as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu* dispensam execução forçada, como processo judicial autônomo, cumprindo-se os seus comandos através do uso de medidas de apoio, previstas nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, sobretudo com a técnica do desapossamento (imissão na posse; busca e apreensão etc.). Por outro lado, tem-se que as sentenças condenatórias são executadas não mais por intermédio de processo autônomo, mantendo-se o uso da técnica da expropriação.

Comparando o sistema revogado com a atual realidade processual e nos valendo das explanações de Misael Montenegro Filho³⁹³, pode-se avaliar as regras diferenciais existentes entre os dois sistemas:

	SISTEMA ANTERIOR	SISTEMA CRIADO PELA LEI N.º 11.232/2005
Fixação de multa pelo descumprimento da obrigação de pagar	Não previa	Prevê, sendo fixada no percentual de 10% (dez por cento) sobre o <i>quantum</i> da dívida
Natureza jurídica da execução	Qualificava-se como processo autônomo judicial	Qualifica-se como mera fase do processo judicial, ulterior à sentença que resolveu o mérito ou, sendo terminativa, que impõe a condenação do autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios
Conteúdo do mandado expedido na abertura da execução	De citação e penhora	De penhora e de avaliação
Espécie de defesa utilizada pelo devedor no curso do processo	Embargos à execução	Impugnação
Efeitos em que a defesa do devedor é recebida	Suspensivo	Devolutivo
Natureza jurídica da decisão que desata a defesa apresentada pelo devedor	Sentença	Decisão interlocutória, como regra

³⁹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. Obra citada, p. 53.

O caput do art. 475-J estabelece, expressamente, que o devedor deve pagar a quantia ao credor em 15 dias. Trata-se de prazo legal criado com o objetivo de determinar o momento a partir do qual o devedor será considerado inadimplente³⁹⁴. O inadimplemento é um dos pressupostos para o início da atividade executiva. O devedor que não cumprir voluntariamente a obrigação nesse prazo será considerado inadimplente e, então, poderá o credor, agora exeqüente, requerer o início do cumprimento forçado da sentença³⁹⁵.

Frente à novidade processual, Cassio Scarpinella Bueno comenta:

Não me parece despropositado, muito pelo contrário, que se entenda que há uma ordem contida, embutida mesmo, no reconhecimento (declaração) judicial de que alguém deve alguma prestação a outrem. Seja um pagamento de soma em dinheiro; seja um fazer ou um não fazer; seja para entregar algum bem, isto pouco importa, é mais do que hora que entendamos, todos, que o juiz manda quando decide; não pede, nem faculta nada. A atividade jurisdicional, substitutiva, por definição, da vontade das partes, é (e assim deve ser entendida) totalmente avessa ao entendimento de que o cumprir o que o juízo determina é um ato de benevolência do devedor. Não é e, particularmente, sempre me pareceu que não poderia ser. O que destaco, para todos os fins, é que o devedor tem de pagar a quantia identificada na sentença, assim que ela estiver liquidada e não contiver nenhuma condição suspensiva, isto é, assim que ela tiver aptidão de produzir seus regulares efeitos. De forma bem direta: desde que a sentença tenha transitado em julgado ou desde que o credor requeira sua execução provisória, o devedor tem que pagar. E tem quinze dias para fazê-lo, sob pena de terem início as providências descritas nos parágrafos do art. 475-J, atividades executivas propriamente ditas³⁹⁶.

Dentre as inovações, observa-se que uma das alterações mais significativas foi a imposição de multa em caso de descumprimento da sentença. O art. 475-J do CPC diz que, “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento”. O legislador instituiu uma multa legal com o objetivo de forçar o cumprimento voluntário da obrigação pecuniária. Trata-se de medida de coerção indireta prevista em lei, que dispensa manifestação judicial: é hipótese de sanção legal pelo inadimplemento da obrigação. A multa tem, assim, dupla finalidade: servir como contramotivo para o inadimplemento (coerção) e punir o inadimplemento (sanção). Essa multa não tem

³⁹⁴ A multa legal prevista no art. 475-J não se aplica no caso de execução de sentença homologatória de acordo, judicial ou extrajudicial, em cujo bojo tenha sido fixada multa negocial pelo inadimplemento da obrigação. Haveria *bis in idem* injustificável.

³⁹⁵ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Obra citada, p. 418.

³⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83.

origem em decisão judicial, diferentemente do que ocorre com a multa coercitiva fixada nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC. Assim, é desnecessário que haja pedido da parte ou mesmo imposição expressa na decisão. A multa incorporar-se-á ao montante devido ao credor³⁹⁷. Trata-se de dispositivo favorável à efetividade processual, eis que prevê meios coercitivos para forçar o devedor a cumprir a decisão contida na sentença³⁹⁸.

Assim, o devedor, ciente de que se não pagar o valor da condenação nos quinze dias a que se refere a lei, terá de pagá-lo acrescido de 10%, a título de multa. Ressalta Cassio Scarpinella Bueno que este acréscimo monetário no valor da dívida, aposta o legislador, tem o condão de incentivar o devedor a pagar de uma vez, acatando a determinação judicial. As alternativas que se põem em face do devedor, destarte, são facilmente identificáveis: paga o que é devido em 15 dias ou pagará o que é devido com um acréscimo de 10% e, neste caso, independentemente de sua vontade e/ou colaboração. O pagamento incompleto, isto é, parcial, autoriza, nos termos do § 4º do art. 475-J, a incidência da multa de 10% sobre o valor da

³⁹⁷ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Obra citada, p. 418.

³⁹⁸ Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior discorre sobre o tema: "Tem-se indagado sobre a natureza jurídica da multa de 10% introduzida na legislação processual por força do *caput* do art. 475-J do CPC, para hipóteses de não-cumprimento de sentença que determinava a obrigação de pagar. Pra alguns, estamos diante de *astreinte*. Não nos parece, porém, essa a solução correta. A multa de dez por cento trazida no art. 475-J, em muito se difere, a nosso sentir, na multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC. Primeiro, registra-se que as *astreintes* podem ter seu valor majorado ou reduzido, a critério do magistrado, quando se verificar que a sua imposição não está surtindo os efeitos desejados. É o que se extrai da leitura do art. 461, § 6º, que aduz que 'o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso se verifique que se tornou insuficiente ou excessiva'. Tal prática, porém, não é admissível em relação à multa do art. 475-J do CPC, a qual tem valor fixo e inalterável, o qual é o de 10% sobre o débito. A segunda grande diferença reside, a nosso ver, no fato de que a imposição das *astreintes* é uma faculdade do magistrado, nos termos da leitura do § 4º do art. 461 do CPC. Na hipótese do art. 475-J do CPC, ao contrário, a multa se impõe por determinação legal, sendo vedado ao juiz recusar-se de aplicá-la no caso concreto, quando transcorridos os quinze dias sem o pagamento do quantum devido pelo executado. Segundo nossa interpretação ao dispositivo da lei em comento, presentes os requisitos para a sua incidência, a multa deverá ser aplicada de ofício pelo magistrado, independente de provocação do interessado. Outra diferença substancial reside no fato de que as *astreintes* são multas marcadas pelo elemento da periodicidade, ou seja, podem reiterar-se de tempos em tempos. Dessa forma tem-se que, em algumas situações são fixadas diariamente em outras têm incidência mensalmente. A multa contida no art. 475-J, ao contrário, tem aplicabilidade singular, incidindo apenas uma vez no processo, ainda que o devedor permaneça, por anos, inadimplente. A nosso ver, então, a multa de 10% introduzida no ordenamento brasileiro por meio do *caput* do art. 475-J do CPC não se confunde com as *astreintes*, sendo um mecanismo de pressão psicológica, com nítido caráter de penalidade pelo não-cumprimento da obrigação no prazo definido por lei. A nosso ver, aliás, foi o legislador bastante tímido na fixação do percentual dessa multa. Para que se tivesse realmente uma alteração substancial no cenário das execuções, impondo-se fundado temor aos inadimplentes, melhor seria que houvesse a lei definido a multa em patamares de 30% a 50% do valor do débito, a fim de que não apenas o devedor pensasse muitas vezes antes de se manter inadimplente, mas, também, o credor, após amargar anos de espera, tivesse uma significativa recompensa financeira pelos desgastes que lhe foram causados ante a inércia do devedor". (WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil – Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 355-357).

diferença. Para um “bom” devedor, a escolha da primeira alternativa é evidente. Para um “mal” devedor, só a aplicação da lei dirá³⁹⁹. O autor, ainda, alerta: “Mister que, a este respeito, vejamos, todos, o grau de aplicabilidade prática da regra, vale dizer, a quantidade de pagamentos ‘voluntários’, isto é, no prazo de 15 dias, dado pelo caput do art. 475-J, que serão efetuados após a vigência da Lei n. 11.232/2005”⁴⁰⁰.

Talvez uma das maiores novidades, senão a maior, introduzida no sistema processual brasileiro com a edição da Lei 11.232/05, refere-se a supressão da necessidade de citação do devedor para que cumpra o que restou decidido na sentença⁴⁰¹. Era de conhecimento de todos que a citação do devedor, necessária para marcar o início da execução, revela-se, com raras exceções, um dos momentos mais dolorosos do processo em face da ocultação do devedor. Muitos processos chegavam, inclusive, a se perderem, com a conseqüente remessa do arquivo, em razão da frustrada tentativa de localização do devedor para citação no processo executório.

A regra do art. 475-J do CPC, assim, ao unificar procedimentalmente as ações condenatória e de execução, encontra-se em sintonia com as modificações processuais na última década. Conseqüentemente, como as atividades jurisdicionais

³⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 83-84.

⁴⁰⁰ A respeito do tema, estabelece Cassio Scarpinella Bueno: “Minha última observação ganha em pertinência porque esta ‘técnica’ de acatamento de determinações judiciais já foi usada, com uma variante, pelo legislador processual civil mais recente. Refiro-me à chamada ‘ação monitoria’, em que, de acordo com o art. 1.102-C, § 1º, se o réu cumprir o mandado inicial (pagando ou entregando o que é devido), ele estará isento do pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado. A ‘variante’ que mencionei diz respeito à forma de convencer o réu a acatar, desde logo, o determinação judicial. Prefiro, àquela empregada pelo § 1º do art. 1.102-C, a adotada pelo art. 475-J. Na minha opinião, para fins de convencer o devedor de que o melhor que ele pode fazer é cumprir o que ele tem que cumprir é apenando-o monetariamente, é tornando sua dívida mais onerosa. E não, como pareceu ao legislador de 1995, tornando a atividade jurisdicional até então prestada ‘gratuita’, assim como o trabalho do advogado. De qualquer sorte, não há espaço para questionar o acerto ou o desacerto da opção do legislador mais recente. Porque não há qualquer razão séria para duvidar de sua constitucionalidade. Ela deve ser bem entendida e bem aplicada no dia-a-dia do foro com vistas ao atingimento de uma das finalidades da atividade jurisdicional : satisfazer aquele que foi declarado credor pelo próprio Poder Judiciário” (Idem, ibidem, p. 84).

⁴⁰¹ Nas palavras de Araken de Assis, “uma das novidades do procedimento instituído no art 475-J consiste na desnecessidade de (nova) citação. Realizada a penhora e a avaliação, intimar-se-á o executado apenas para impugnar a execução (art. 475-J, § 1º). E, de fato, tratando-se de execução de sentença civil (art. 475-N, I) ou de sentença homologatória (art. 475-N, III), à validade do processo só interessa a citação inicial (art. 214, caput), que já ocorreu no processo de conhecimento. Tornou-se inútil promover o chamamento do executado, haja ou não prévia liquidação, em decorrência de duas disposições que distinguem o procedimento *in executivis* fundado em título judicial da execução do Livro II: (a) o condenado desfruta do prazo de 15 dias, a partir do momento em que a prestação se tornou exigível, para solver espontaneamente a dívida, e somente após seu transcurso nasce a pretensão a executar (art. 475-J, *caput*), aumentado o valor da dívida com a multa de dez por cento; (b) eliminou-se o direito de nomear bens. Seguiu-se, neste passo, o vigente direito português (art. 812º-B, nº 1, c/c art. 812º-A, nº 1, a)” (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 258-259)

correspondentes a estas ações realizam-se na mesma relação jurídico-processual, não mais se justifica a cobrança de custas para a execução da sentença, sendo desnecessária, também, nova citação do réu/executado⁴⁰².

Assim, não mais haverá a necessidade de citação do devedor, bastando, apenas, que ele seja intimado, na pessoa de seu advogado, da decisão contrária a si, após o que passará automaticamente a fluir o prazo de quinze dias para que o mesmo honre a obrigação⁴⁰³. A intimação, nesse caso, se fará por meio da publicação da decisão na imprensa, de forma que, regularmente publicada a sentença (ou o acórdão, conforme o caso), não haverá mais a necessidade de qualquer outra intimação, notificação, citação ou coisa que o valha. Ressalta-se, então, a responsabilidade do advogado no presente caso⁴⁰⁴.

Nesta esteira de inovações, lembra Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior que foi omissivo o legislador quanto a estipulação expressa do momento processual a partir do qual estará aberta a contagem do prazo de quinze dias para pagamento da dívida, que, ao final, ao débito do devedor irá acrescer multa de dez por cento. A doutrina, então, ainda que a matéria seja atual, se antecipou em apresentar os mais diversos entendimentos quanto ao momento em que se deverá iniciar a contagem do prazo de quinze dias. Conforme ressalta o referido autor, para alguns, a contagem se iniciará a partir do trânsito em julgado da decisão, para outros, o prazo deverá ser contado a partir do dia em que a sentença for prolatada. Há quem sustente que para o início da contagem do prazo de quinze dias necessário se fará a intimação do devedor após o retorno dos autos à vara de origem. A referida intimação para alguns deverá ser feita de ofício pelo magistrado ao exarar o despacho “cumpra-se o v. acórdão” enquanto que para outros a intimação para pagamento dependerá de provocação do credor, que deverá peticionar junto à primeira instância, requerendo tal providência. Por fim, relembra o autor, alguns

⁴⁰² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 421.

⁴⁰³ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Obra citada, p. 352.

⁴⁰⁴ Wagner Junior alerta: “Sabemos que, via de regra, é o advogado o profissional que terá ciência da publicação da decisão, de forma que competirá a ele, de imediato, dar notícia da decisão a seu cliente, alertando-o quanto a necessidade de cumprir sua obrigação, sob pena de sofrer os reflexos legais pelo seu inadimplemento, em especial, a incidência de multa de 10% sobre o valor devido. Sugerimos, então, pela nossa experiência como advogado, que, para evitar problemas e discussões futuras quanto a sua responsabilidade processual, os profissionais tenham a cautela de notificar a clientela, por carta com aviso de recebimento ou qualquer outro meio apto a demonstrar, de forma inequívoca, que teria o destinatário recebido tempestivamente a informação de que contra ela estava em curso um prazo para o cumprimento da sentença” (Idem *ibidem*, p. 353).

discutem que a intimação para pagamento deverá ser feita na pessoa do advogado pela imprensa oficial, enquanto que outros acreditam que a intimação, ainda que na pessoa do advogado, deverá operar-se pessoalmente, havendo, ainda, quem sustente que o executado é que deverá ser pessoalmente intimado⁴⁰⁵. Wagner Junior então se manifesta:

Nosso posicionamento, no entanto, visa compatibilizar os ingredientes que, a nosso ver, pautaram as diretrizes da reforma, ou seja, a celeridade processual aliada, porém, a segurança jurídica, tudo com vistas à efetividade do processo. Entendemos, então, que o referido prazo tem início no momento em que a dívida passa a ser exigível diante do devedor. Alguns perguntariam: quando a dívida passa a ser exigível? Primeira resposta: há que ser líquida a decisão. Mas não é só alcançada a liquidez, seja em processo no qual a sentença fora proferida de forma líquida, seja em situação na qual a liquidez foi encontrada ao final da fase liquidatória, há a necessidade da intimação do devedor, o que se dará em duas hipóteses: a) Intimação da decisão, pela imprensa ou pessoalmente (para hipótese de não ter advogado nos autos), não havendo a interposição de qualquer recuso contra ela, ou, ainda, b) Intimação da decisão, pela imprensa ou pessoalmente (para hipótese de não ter advogado nos autos), havendo a interposição de recuso que, no entanto, não tenha sido recebido no seu efeito suspensivo⁴⁰⁶.

Em resumo, sustenta que a intimação pela imprensa, na pessoa do advogado, de uma decisão líquida, é o termo inicial da contagem do prazo de quinze dias para o cumprimento da sentença, salvo se, no curso desse prazo, houver a interposição de recurso que venha a ser recebido em seu efeito suspensivo.

Insiste Wagner Junior:

Por fim sustentamos que a intimação deverá realmente ser feita na pessoa do advogado por meio de publicação da decisão na imprensa oficial. Pensar em sentido contrário, exigindo a intimação pessoal do advogado ou mesmo a intimação pessoal do devedor com a devida vênua dos que assim sustentam, é não querer emprestar à reforma o cunho de celeridade e da efetividade que ela proclama⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ A respeito do referido termo *a quo*, já se manifestou o STJ: “LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%. (REsp 954859/RS, RECURSO ESPECIAL 2007/0119225-2, Terceira Turma – Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros – Julgado em 16/08/2007 – Publicado no DJ 27.08.2007, p. 252; REVJUR, vol. 359 p. 117)

⁴⁰⁶ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Obra citada, p. 353-354.

⁴⁰⁷ Idem, ibidem, p. 355.

Assim, como conclui Cássio Scarpinella Bueno⁴⁰⁸, intimadas as partes, por intermédio de seus advogados – desnecessária a intimação pessoal do devedor quando houver, nos autos, advogado representando-o – de que a decisão judicial tem condições de ser cumprida, está formalmente aberto o prazo de quinze dias para que tal decisão seja cumprida⁴⁰⁹.

Em que pesem as particularidades da Lei 11.232/05, no que diz respeito às mudanças como um todo, Humberto Theodoro Junior se mostra otimista diante das alterações processuais:

As reformas do Código de Processo Civil, tendentes à implantação da *executio per officium iudicis*, correspondem, inquestionavelmente, a um sadio projeto de medidas aparentemente singelas, mas que com *sabedoria* penetram na própria estrutura de nosso sistema processual, para, em nome de garantias fundamentais voltadas a meta do *processo justo*, extirpar reminiscências de romanismo anacrônico, incompatíveis na tutela jurisdicional⁴¹⁰.

Todavia, Theodoro Júnior alega que a abolição da ação de execução autônoma em relação às sentenças condenatórias, entretanto, não foi bem recebida

⁴⁰⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Obra citada, p. 89.

⁴⁰⁹ Alexandre Câmara, ao contrário da maioria doutrinária e jurisprudencial, não compartilha o mesmo entendimento, acreditando que a intimação deva ser pessoal, e não na pessoa do advogado do devedor. Ele explica seu posicionamento: “Uma série de questões, porém, têm de ser examinadas, para que se compreenda o exato sentido da norma aqui veiculada. Em primeiro lugar, deve-se buscar estabelecer o termo *a quo* desse prazo quinzenal. Autores há que sustentam que o prazo corre automaticamente, a partir do momento em que a sentença condenatória (ou a decisão do incidente de liquidação) começa produzir efeitos, o que se dá quando o provimento jurisdicional transita em julgado ou quando se recebe recurso contra ele interposto que não tenha efeito suspensivo. Há, também, quem considere que o prazo começa a correr de intimação, que deve ser dirigida ao advogado do devedor. Tenho para mim que nenhuma dessas duas posições é a melhor. Penso que o termo *a quo* desse prazo quinzenal é a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença. Não pode ser mesmo de outro modo. Em primeiro lugar, é expresso o art. 240 do CPC em afirmar que, salvo disposição em contrário, os prazos para as partes correm da intimação. Ora, se não há expressa disposição em contrário no art. 475-J (ou em qualquer outro lugar), o prazo de quinze dias ali referido tem de correr da intimação. Não pode, pois, ser aceita a idéia da fluência automática do prazo, por ser uma opinião *data venia* contrária à lei. Isso, porém, não é tudo. Há de se levar em consideração, ainda, o fato de que a fluência desse prazo de forma automática implicaria, a nosso ver, uma violação à garantia constitucional do processo justo, decorrente do devido processo legal, uma vez que poderia acontecer de a multa incidir sem que a parte sequer soubesse que já se iniciara o prazo para o pagamento. Basta pensar nos casos em que o advogado não comunica à parte o momento inicial da eficácia da sentença ou, pior ainda, aqueles casos em que por alguma razão haja dificuldade em estabelecer com precisão a partir de que momento se deu o início da produção dos efeitos da sentença. Não tenho, pois, qualquer dúvida em sustentar a necessidade de intimação pessoal do executado para que pague o valor da dívida, sob pena de incidir a multa referida no art. 475-J do CPC. Intimação pessoal, e não ao seu advogado, pois deve-se intimar a parte pessoalmente sempre que a finalidade da comunicação processual for provocar a prática de um ato que a ela caiba realizar pessoalmente (como, sem qualquer dúvida, é o ato de cumprir a sentença)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 114-116).

⁴¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 116-117.

por Leonardo Greco, para quem a inovação legislativa “fortalece a posição do credor, mas em contrapartida fragiliza a posição do devedor, que não mais desfrutará da possibilidade de oferecimento de embargos incidentes, com suspensão da execução, restrito o regime primitivo do Código às execuções fundadas em títulos extrajudiciais”⁴¹¹.

O jurista mineiro também cita Clito Fornaciari Júnior, o qual entende que não seria conveniente a reforma do processo de execução porque inseria num contexto de modificações legais não testadas em seus efeitos práticos pela estatística dos serviços do Judiciário e que melhor seria “preservar valores maiores afinados à plenitude de defesa”⁴¹².

Mas ele explica, defendendo as reformas recentes:

Se se melhora, porém, a situação do credor e se reduz a área de defesa do devedor, isto se deveu à constatação ampla no seio doutrinário e jurisprudencial de que o sistema primitivo apresentava-se deplorável justamente por frustrar os desígnios da instituição da execução forçada. Com efeito, se esta foi concebida justamente como uma atividade de satisfação do direito do credor e para sujeição do devedor a cumprir a prestação já acertada e liquidada pela sentença, como entender que fosse essencial ao direito de defesa do obrigado o ensejo à instauração de um novo e amplo contraditório em ação de conhecimento incidental de embargos? Era justamente esse expediente que propiciava ao devedor inadimplente postergar, maliciosa e indefinidamente, a realização do direito do exequente. Daí que o aprimoramento do processo para alinhar-se com o rumo da efetividade somente poderia ser feito à custa de redução das faculdades excessivas que o regime pretérito assegurava ao devedor⁴¹³.

Conforme assegura, de maneira alguma isto corresponde a alijar o executado do campo do contraditório, assegurado constitucionalmente, enquanto pender o processo, qualquer que seja sua natureza (cognitivo ou executivo)⁴¹⁴. Mas enfatiza: contraditório, contudo, não é sinônimo de ação de conhecimento, de sorte que a matéria que possa se contrapor à legitimidade do mandado de cumprimento da sentença poderá ser deduzida perante o juiz da causa e sua solução se dará com a

⁴¹¹ GRECO, Leonardo. A Defesa na Execução Imediata. Revista Dialética de Direito Processual. v. 21 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 117.

⁴¹² FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Nova Execução: Aonde Vamos? Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 33 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Idem, ibidem, p. 117.

⁴¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 117-118.

⁴¹⁴ Barbosa Moreira também é enfático neste ponto: “Parece fora de dúvida que o vencido nunca há de ficar ao total desamparo ante excessos ou outras irregularidades porventura ocorrentes quando da efetivação de quaisquer medidas de alcance material (ou de ‘repercussão física’). Constituiria rematado absurdo negar-lhe a possibilidade de reagir, seja qual for o caminho que para tanto se lhe abra” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva? In: _____. *Temas de Direito Processual* – Nona Série. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 189 e também em *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 114. p. 157, 2004).

bilateral audiência das partes. Isso porque os temas que se podem argüir contra a execução de sentença (CPC, art.741) sempre foram poucos e quase sempre de ordem pública, pelo que conhecíveis até mesmo de ofício pelo juiz, independentemente de embargos do devedor⁴¹⁵.

Relembra, ainda, o expediente da exceção de pré-executividade, que nada mais é do que o uso de simples petição (sem penhora ou depósito) para reclamar do juiz, sem forma de embargos, a extinção da execução irregularmente promovida⁴¹⁶.

Theodoro Júnior realiza seu raciocínio no sentido de acreditar na eficácia e na efetividade das novas orientações processuais:

Os benefícios para a efetividade e justiça da prestação jurisdicional são tão grandes com a abolição da ação autônoma de execução de sentença que não há lugar para escrúpulos exagerados no tocante aos reflexos operados na esfera do devedor condenado. De forma alguma terá sido arranhada a garantia constitucional do contraditório. Aliás, as ações executivas, como desejo, as possessórias, e outras de igual procedibilidade, seguem milenarmente o padrão unitário (acertamento e execução numa só ação e um único procedimento) sem que jamais se estivesse erguido voz alguma para qualificá-la como violadoras da garantia do contraditório e ampla defesa. O que a reforma está fazendo é apenas ampliar o uso de seu mecanismo unitário para outras ações. Não se está, pois, inventando método novo e, sim, utilizando sistema antiqüíssimo e consagrado⁴¹⁷.

Sua única crítica à reforma processual se dirige ao excesso de normatização do procedimento de cumprimento que condena ao pagamento de quantia certa. Conforme aduz, praticamente todas as regras da ação autônoma da extinta ação de execução de sentença foram explicitadas, dando a impressão de mera mudança de nomenclatura⁴¹⁸.

Mas, positivamente, alega que os casos de injuridicidade são, na verdade, exceções diante da singeleza com que deve ser cumprido o mandamento advindo de sentença predominantemente executiva. Expõe que regular em textos expressos e pormenorizados o procedimento que lhes diga respeito equivale a conferir-lhe a qualidade de porção necessária do *iter* procedimental. Daí, segundo afirma, tal previsão legal atuar como verdadeiro estímulo à prática do ato processual de oposição. Em lugar de um evento excepcional e de difícil aplicação, o incidente

⁴¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 118.

⁴¹⁶ Idem, ibidem, p. 118.

⁴¹⁷ Idem, ibidem, p. 119.

⁴¹⁸ Idem, ibidem, p. 122.

torna-se rotineiro, e a parte, no exercício do contraditório e ampla defesa, se vê na obrigação de utilizá-lo, exista ou não perspectiva segura de êxito⁴¹⁹.

E faz mais uma ressalva ao lembrar que a previsão da lei de qualquer recurso ou expediente procedimental cria uma espécie de obrigação para o advogado de praticá-lo, sob pena de o “cliente desconfiar de patrocínio incompleto e deficiente, sempre que não lograr êxito no pleito e o advogado não tiver esgotado todas as vias e remédios processuais previstos na lei”⁴²⁰.

Theodoro Júnior, com extremo discernimento, conclui:

Assiste, assim, inteira razão ao Prof. Athos Gusmão Carneiro, quando, diante da indagação *para onde vai o processo de execução?*, conclui-se que a execução forçada, no processo civil brasileiro, vai, sim, ‘melhorar’, em suas novas roupagens. Reforma que unifica o processo de condenação e execução, aliás, cumpre com propriedade a garantia de duração razoável e observância de medidas de aceleração da prestação jurisdicional, em boa hora incluída entre as garantias fundamentais pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com a instituição do inciso LXXVIII adicionado ao art. 5º da Constituição. Uma advertência, contudo, se impõe: não se pode esperar que, com uma simples alteração legislativa, o processo se torne automaticamente perfeito e garantida esteja a concretização de tudo aquilo visado pela reforma. Entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários vai uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da Justiça – cuja erradicação se coloca como a principal inspiração da reforma do processo de execução – decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente⁴²¹.

Por isso, um aprimoramento efetivo da prestação jurisdicional só se poderá alcançar quando se resolver enfrentar a modernização dos órgãos responsáveis pela Justiça, dotando-os de recursos e métodos compatíveis com as técnicas atuais da ciência da administração, e preparando todo o pessoal envolvido para adequar-se ao desempenho das mesmas técnicas⁴²².

Entretanto, como não poderia deixar de ser, vozes ecoam na doutrina processualista pátria, as quais nada vislumbram de diferente com relação aos

⁴¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 123.

⁴²⁰ Idem, ibidem, p. 124.

⁴²¹ Idem, ibidem, p. 126-128.

⁴²² Idem, ibidem, p. 128.

institutos processuais anteriores à Lei n.º 11.232/05. Entre eles, Araken de Assis, que desta forma se manifesta:

Nada mais igual do que a execução antes e depois da reforma promovida pela Lei 11.232/2005. O nosso generoso e fiel leitor há de compreender, de saída, a razão dessa afirmativa. Ela se prende a um aspecto decisivo da teoria geral do processo. Uma sentença não tem força executiva, porque os atos executivos se realizam no mesmo processo. A sentença terá força executiva quando os atos de execução recaírem em bens integrantes do patrimônio do vencedor. E terá simples efeito executivo quando, ao invés, os atos executivos atingirem bens integrantes do patrimônio do vencido. Logo, a Lei 11.232/2005 não transformou todas as sentenças em executivas e, muito menos, em 'executivas *lato sensu*', por sinal expressão altamente imprópria, pois subentende uma sentença executiva *stricto sensu*. E não logrou o referido diploma transformar água em vinho, porque a classificação das sentenças por suas forças e por seus efeitos – declaração, constituição, condenação, execução e mandamento – assenta no direito material. Nele, há longos séculos, abriga-se o princípio da responsabilidade material, explicando no art. 391 do CC-02, do qual nem se fala abrir mão. Tudo ficará como sempre, portanto, antes e depois da reforma: condenar (atrevo-me a usar o verbo, apesar da redação do art. 475-N, I) alguém desprovido de patrimônio – por exemplo, o catador de papel usado que arranhou o carro do leitor com sua carroça de metal – é perfeitamente inútil⁴²³.

Prescreve Araken de Assis que a Lei n.º 11.232/2005 pretendeu concentrar atos do procedimento executivo, economizando tempo e esforços, cujo objetivo é elogiável. Todavia, ressalta que, entre a intenção e a realização, vai grande distância, aduzindo que tais modificações possuem com **propósitos econômicos**: em primeiro lugar, não há uma nova citação do vencido para cumprir o julgado, que desfruta do prazo de quinze dias para pagar e, uma vez ultrapassado o prazo de espera, suportará uma multa, cuja previsão visa a induzi-lo ao cumprimento; segundo, porque não há direito de o executado nomear bens; em terceiro lugar, o oficial de justiça, via de regra, realizará a avaliação; quarto, a intimação da penhora realizar-se-á, preferentemente, na pessoa do advogado do executado, desde que haja advogado constituído nos autos; e por fim, para executar provisoriamente, basta instruir a petição inicial com as peças do art. 475-O, § 3º⁴²⁴.

De forma altamente crítica, o referido jurista questiona:

Tudo isso é bom? Pondere-se, em relação a cada uma das novidades (na verdade, um sopão com ingredientes reaproveitados, ao qual se deitou um imperceptível e fraco temperinho novo, prato louvado como obra-prima de *chef* laureado), o seguinte. A dispensa de nova citação é relativa. Sobrevive a necessidade de nova citação sempre que, antes da execução, não

⁴²³ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 9.

⁴²⁴ Idem, ibidem, p. 9.

tramitou processo (civil) em que se haja realizado uma 'primeira' citação – daí o disposto no art. 475-N, parágrafo único. O prazo de quinze dias de cumprimento, no curso do qual o vitorioso não pode executar, fluirá da exigibilidade do crédito, o que se pressupõe a liquidez. Ora, tal solução é insatisfatória: passível o julgado de recurso desprovido de efeito suspensivo (por exemplo, o recurso especial), quando os autos retornarem ao juízo de origem o prazo já terá fluído. Há autores que advogam, então, a necessidade de uma intimação (pessoal) do executado para abrir o prazo. Nada mal. Porém, então parece melhor restaurar a boa e velha citação [...]. E aí acabaria a base da reforma. Além disso, em lugar da técnica da sanção (multa), a nosso ver conviria adotar a técnica do incentivo (prazos longos para pagamento parcelado ou desconto para pagamento imediato da condenação) para induzir ao cumprimento. O tempo mostrará se a multa de dez por cento estimulará os vencidos. Parece pouco provável que formem uma fila às portas do foro para depositar o valor a que foram condenados. Em alguns casos, no direito anterior à Lei 11.232/2005, já não existia nomeação. Por sem dúvida, há economia neste ponto. Esqueceu-se o legislador, entretanto, que uma das finalidades da nomeação era a de induzir o executado a apresentar um bem para o sacrifício, aliviando o exequente da árdua tarefa de localizá-lo. Apesar de o art. 474-J, § 3º, prever a possibilidade de o exequente indicar os bens a serem penhorados, não se previu nenhuma medida concreta para descobri-lo [...]. E ninguém ignora a resistência à quebra dos sigilos bancário e fiscal. Fica a questão em aberto⁴²⁵.

Barbosa Moreira também se manifesta incrédulo no que diz respeito às reais alterações que a lei se dispôs a realizar, instigando o estudioso do direito a questionar o alcance das reformas⁴²⁶:

Reforma-se o Código, suponhamos, para determinar que o órgão judicial mesmo, em vez de aguardar a iniciativa da parte, assumia desde logo o comando da atividade destinada à efetivação da norma sentencial, em que se contém a exigibilidade pecuniária. Que mudou, em comparação com a disciplina anterior? Insistirão alguns, como quem recita um mantra: tudo passou a realizar-se no *mesmo processo*. Temos de confessar a nossa incapacidade de comover-nos a fundo com mudança desse gênero; podemos (e até devemos) louvá-la na medida em que ela constitua fator de efetividade, mas jamais nos animaríamos a reconhecer-lhe a importância científica de uma revolução copernicana⁴²⁷.

⁴²⁵ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 10.

⁴²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva? In _____. *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 188 e também em *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 114, p. 156, 2004.

⁴²⁷ Em seu texto “‘Cumprimento’ e ‘Execução’ de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais”, Barbosa Moreira trilha o mesmo posicionamento crítico: “Ao nosso ver, decisiva é a linha limítrofe que separa, de um lado, as sentenças bastante em si mesmas para proporcionar ao litigante vitorioso toda a tutela a que aspiram (sentenças meramente declaratórias e constitutivas), e de outro, as que necessitam de atividade complementar – variável por mais de um aspecto – tendente a adaptar o mundo fático ao *dictum* judicial. Nessa perspectiva, não vemos razões para atribuir conseqüências apocalípticas à circunstância de levar-se a cabo no mesmo processo ou em processo formalmente diferenciado essa atividade complementar – nem, adite-se *a latere*, para proscrever, em relação a tal ou qual caso, o *nomem iuris* que tradicionalmente se lhe tem aplicado, no Brasil e alhures: *execução*. A união ou a separação de processos é aí assunto entregue à mera opção do legislador, tomada ao nível da política jurídica, e sujeita a variações contingentes no tempo e no espaço. Não fosse assim, e não se explicaria que a Lei n.º 11.232 haja retirado a sentença de

O jurista carioca, ainda que claramente ponha em dúvida a inovação propagada pela lei em comento, reconhece a boa intenção legislativa e persevera uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional:

Houve, sim, tecnicamente, modificação formal; se preferirem, modificação estrutural. Terá havido também modificação substancial? O que *in concreto* passou a acontecer é tão diferente assim do que acontecia antes? Permitimo-nos pô-lo em dúvida. Em qualquer caso, cuida-se de levar a cabo uma atividade jurisdicional complementar, tendente a conformar a realidade àquilo que se julgou. A constância desse traço parece-nos muito mais importante que a eventual variação dos revestimentos externos do fenômeno; e tal variação por demais tênue para justificar a convocação de que, na sistemática anterior, se houvesse de qualificar de condenatória a sentença, ao passo que na conseqüente à reforma ela passe a merecer outro rótulo, o de executiva (com o esdrúxulo complemento “lato sensu” ou sem ele) – além do que, a seu respeito, já não se possa falar corretamente de execução⁴²⁸.

Diante de várias opiniões a respeito da recente reforma processual advinda da Lei n.º 11.232/05, preferimos nos filiar à corrente mais otimista, uma vez que o sincretismo processual proposto por ela demonstra, senão ao menos boa vontade do legislador, uma “luz no fim do túnel” para aqueles que militam na atividade forense, desacreditados diante da morosidade da prestação jurisdicional em razão de atos processuais desnecessários e protelatórios. A prestação jurisdicional, para ser efetiva, deve ser tempestiva, sem dilações indevidas, obedecendo-se sempre o devido processo legal. A sociedade somente sentirá segurança quando todos os cidadãos puderem confiar nos instrumentos postos à disposição pelo Estado para

procedência em ação relativa a “obrigação por quantia certa” do âmbito daquelas que – salvo cumprimento (voluntário) do devedor – reclamavam a instauração de novo processo, formalmente diferenciado, para a efetiva satisfação do credor, e a tenha deslocado para a área das que prescindem da dualidade de feitos. Podia, à evidência, fazê-lo sem afetar qualquer princípio superior ou imposição substancial: tão legítima quanto a anterior é a ‘arrumação’ atual; o resta a discutir é a superioridade prática de uma ou de outra. A Lei n.º 11.232 decerto fez o que fez por entender que a eliminação de certas formalidades, entre as quais a nova citação da parte vencida, facilitará e abreviará aquela satisfação – resultado que, se comprovadamente for atingido, à luz dos elementos objetivos, colhidos na experiência forense, deporá com eloqüência a favor da reforma. Mas decididamente é por essa via que se poderá construir uma classe homogênea de sentenças merecedoras da designação de ‘executivas’, com ou sem o esdrúxulo complemento ‘lato sensu’” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “Execução” de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais. In: _____. *Temas de Direito Processual* – Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315).

⁴²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva? In: _____. *Temas de Direito Processual* – Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 188-189 e também em *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 114, p. 157, 2004.

garantir um acesso à Justiça real e efetivo, com a garantia de que não sofrerá abalos pessoais, emocionais e econômicos em razão da deficiência da máquina judiciária.

3.4 AÇÕES SINCRÉTICAS E DIREITO INTERTEMPORAL

Questão relevante a ser abordada é a que diz respeito ao direito intertemporal face às novas alterações processuais.

A previsão de um longo período de *vacatio legis* é necessária para que o operador do direito tenha condições de conhecer e de assimilar o texto da lei, considerando sua importância e a profunda modificação que impõe a lei nova. Nem sempre a convivência de dois textos legais se mostra pacífica⁴²⁹, um sendo revogado e/ou derogado, o outro vindo em sua substituição, sobretudo considerando que a lei incidirá em relação a processos pendentes, o que reclama de nossa parte um posicionamento a respeito de alguns atos processuais que podem ser alcançados com a vigência da novel legislação⁴³⁰.

A Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que introduziu o procedimento de “cumprimento da sentença” para as obrigações de quantia certa, em moldes sumários e sem a necessidade de abrir nova relação processual, foi publicada no *Diário Oficial* de 23 de dezembro de 2005, com previsão de entrar em vigor no prazo de seis meses (art. 8º).

⁴²⁹ Neste sentido, manifesta-se Mário Luiz Delgado: “O conflito de leis, decorrente da coexistência de duas normas distintas regulando uma mesma relação jurídica, surge a partir do momento em que são violados os limites temporais ou espaciais de aplicação de determinados preceitos jurídicos. Tais limites são dados, por um lado, pelo território, e, de outro, pelo tempo. Assim é que as normas procedentes de determinado Estado soberano não podem disciplinar relações formadas no território de outro, enquanto as relações constituídas sob o manto de norma cuja vigência se expirou não poderão, em regra, sofrer os efeitos da lei sucessora. Entretanto, esses limites não são absolutos, exigindo as necessidades das relações internacionais que as relações formadas num Estado sejam às vezes disciplinadas pelas normas de outro, e as da vida interna que às relações constituídas sob o império de um preceito se aplique retroativamente um preceito posterior, além de que a complexidade dos elementos de que se constituem todas as relações não permite sempre aplicar a cada uma a norma do lugar ou do tempo em que surgiu, devendo ter-se em conta o lugar ou o tempo em que ela se torne perfeita ou deva produzir os seus efeitos” (DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-2).

⁴³⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. Obra citada, p. 119.

Segundo o art. 132, §3º, do atual Código Civil, os prazos contados em meses expiram no dia de igual número do de início. O seis meses previstos no art. 8º da Lei 11.232 se completaram no dia 23 de junho de 2005. A Lei Complementar nº 95/1998, que disciplina a técnica legislativa, prevê que a entrada em vigor da lei nova se dá no dia subsequente à consumação integral do prazo de vacância (art. 8º, §1º). Desta forma, somente a partir de 24 de junho de 2006 está vigendo em juízo o procedimento unitário que dispensa a ação de execução autônoma para expedir contra o vencido o mandado de penhora e avaliação, sem prévia citação e sem oportunidade para manejar os embargos à execução. Durante os seis meses da *vacatio legis* as sentenças em questão continuaram sendo executadas por meio de ação executória separada, segundo o rito primitivo do Código de Processo Civil, prevalecendo, todavia, as normas do Livro II, Título II, Capítulo IV do CPC, em sua totalidade⁴³¹.

Cumprir destacar que, com relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, as normas de sumário cumprimento da sentença já estão em vigor há bastante tempo (arts 461 e 461-A), sem maiores inovações trazidas pela Lei nº 11.232 nesta área.

Mudança significativa decorrente da Lei nº 11.232 ocorreu na sistemática da execução de sentença sobre obrigação de quantia certa.

Humberto Theodoro Júnior informa a respeito:

As ações de execução de sentença iniciadas antes da vigência da Lei nº 11.232/2005 prosseguirão até o final dentro dos padrões da *actio iudicati* prevista no texto primitivo do Código. As sentenças anteriores que não chegaram a provocar a instauração da ação autônoma de execução submeter-se-ão ao novo regime de cumprimento instituído pela Lei nº 11.232/2005, mesmo que tenham transitado em julgado antes de sua vigência⁴³².

Na posição de Misael Montenegro Filho, se a lei vier a vigorar quando já expedido o mandado de citação e penhora, recebido pelo devedor, a este ainda é conferida a prerrogativa de pagar o valor da dívida ou nomear bens à penhora, posto que tal direito já havia sido incorporado à sua esfera de interesses antes do início de vigência da nova lei. Se a lei começar a vigorar quando já formalizada a penhora judicial, com a intimação do devedor, entendemos que este não pode se opor à

⁴³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 130.

⁴³² Idem, ibidem, p. 131.

construção através da apresentação dos embargos à execução, devendo utilizar a figura da impugnação, no prazo de quinze dias. Na sua perspectiva, a apresentação da impugnação se mostra como providência mais singela, se comparada à oposição dos embargos, devendo ser respeitado o **princípio da menor onerosidade para o devedor**.

Adota-se a posição de Humberto Theodoro Júnior, entendendo que, em caso de sentenças proferidas anteriormente à Lei nº 11.232/2005 e que não chegaram a instaurar ação de execução autônoma, deve ser aplicado, em toda a sua totalidade, o novo regime estabelecido pela nova lei para o cumprimento da sentença.

CONCLUSÃO

Há tempos a sociedade sofre com as mazelas do Poder Judiciário. Um dos principais problemas diz respeito à morosidade da prestação da tutela jurisdicional. Não há como se conceber a idéia de efetividade processual se a justiça vier a destempo. A demora na prestação jurisdicional gera, além de frustração e desamparo, a absoluta falta de credibilidade do Poder Judiciário, provocando desequilíbrio e insegurança social.

A interpretação que deve ser dada ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não se coaduna com a existência de dois processos distintos e autônomos para a realização do mesmo bem da vida. Isso porque o acesso à justiça não se esgota com o mero ingresso em juízo daquele que requer uma resposta do Poder Judiciário sobre a existência ou não de seu direito alegado. Para se falar em “acesso à justiça”, mister sejam levados em conta todos os mecanismos aptos a promover a justiça de forma real e efetiva. Por um processo realmente efetivo entenda-se aquele capaz de satisfazer, em toda a sua plenitude (jurídica e faticamente) o direito do credor, vale dizer aquele que apresente meios de, adequadamente e de forma eficaz, possa garantir ao jurisdicionado uma resposta capaz de alterar sua realidade fática.

Uma das formas de se promover a efetividade processual é garantir a tempestividade da tutela jurisdicional. Não foi por outro motivo que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 trouxe a “razoável duração do processo” e a celeridade como direitos fundamentais do cidadão, antes implícitos em princípios como o do acesso à justiça e o do devido processo legal. Desta forma, a inserção do inciso LXXVIII ao art. 5.º da Constituição Federal traz a garantia de um processo sem dilações indevidas, bem como de meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Elevada a *status* constitucional, a celeridade processual se faz imperativa para a consecução da Justiça e da satisfação do demandante.

As dilações processuais indevidas podem ocorrer por inúmeras situações: falta de aparelhamento do Judiciário, número insuficiente de magistrados, comportamento abusivo das próprias partes por atos processuais meramente protelatórios, excessiva quantidade de recursos, falta de técnica processual por parte dos juízes, além de previsão de procedimentos impregnados de entraves que

dificulta o deslinde rápido da demanda. Nestes entraves reside a dicotomia cognição-execução. A existência de dois processos distintos para resolução de um mesmo problema parece ilógica quando levados em consideração os direitos ao acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional.

O sistema processual brasileiro, por tradição do direito romano-germânico, adota a dualidade de processos: o processo de conhecimento, para a satisfação jurídica do direito do credor e o processo de execução para a sua satisfação no plano fático. O sincretismo processual, neste sentido, é totalmente convergente com a necessidade de respeito a uma razoável duração do processo. Tal sincretismo se caracteriza pela junção das tutelas cognitivas e executivas em um único processo, abreviando-se, desta forma, o tempo do processo. Não há porque esperar anos, quiçá décadas, para a realização do direito pleiteado.

O bom senso exige que não mais se mantenha a dualidade de relações processuais (conhecimento e execução) quando o pedido for condenatório. Fazer com que o credor seja submetido a dois processos para a satisfação de um único conflito de interesses denota excessiva preocupação formalística, idéia que não se amolda com a atual instrumentalidade do processo.

A existência de dois processos distintos não é bem diluída pelo jurisdicionado, uma vez que, ao buscar a prestação estatal, visualiza a jurisdição como uma e indivisível. Por certo que se pode falar em satisfação jurídica e satisfação fática, mas é esta última que persegue o credor. Não faz sentido frear a atividade jurisdicional quando se é revelado o direito para que a parte vencida novamente se manifeste em outro processo, desta vez de execução, para lhe entregar aquilo que já lhe foi garantido no processo de conhecimento.

A prestação jurisdicional não se exaure com a prolação da sentença, pois, enquanto a jurisdição não entrega o bem da vida ao credor não há que se falar em realização do direito. Aquele que invoca a prestação jurisdicional deve ter seu direito satisfeito em toda a sua extensão, nos exatos moldes de seu direito material.

Por isso, as ações sincréticas, que permitem o cumprimento da sentença no mesmo processo em que foi proferida, promovem a celeridade processual, uma vez que abreviam o tempo do processo e atingem a efetividade do processo, eis que esta é embasada no ideal de uma prestação jurisdicional adequada, rápida e eficaz.

Neste sentido, as inovações trazidas pela Lei n.º 11.232/05 apontam para a ruptura da dicotomia cognição-execução, estendendo também a satisfação no plano

fático às ações condenatórias, que, a exemplo do que já ocorria com as ações executivas *lato sensu* e com as ações mandamentais, terão sua realização prática, ou seja, o seu cumprimento, no próprio processo de conhecimento em que foi proferida a decisão.

A expectativa que ronda as recentes alterações, ainda que estas não promovam a superação de todos os obstáculos que impedem a realização da efetividade do processo, é de que o mecanismo processual vai melhorar. Já é tempo de se buscar meios reais e eficazes para a satisfação dos novos direitos invocados pelo jurisdicionado. A prestação jurisdicional, quando não prestada em seu tempo devido, causa abalos em todas as esferas, sejam individuais ou coletivas, patrimoniais ou emocionais, sociais ou jurídicas, além de causar mais descrédito no Poder Judiciário e maior insegurança social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. v. I. São Paulo: RT, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da Sentença*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. v. I. São Paulo: RT, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição Constitucional da Liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro, 1993.

BAUMÖHL, Debora Ines Kram. *A Nova Execução Civil – A Desestruturação do Processo de Execução*. São Paulo: Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional – Fundamentos Teóricos*. v. I. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. v. II. Salvador: Podivm, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil – Temas Atuais de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleat. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sugestões para uma Nova Sistemática de Execução. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 102, 2001, 139-152.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. v. I. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. III, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 8. ed. v. I Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o Minidicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Ações Sincréticas e Embargos de Retenção por Benfeitorias no Atual Sistema e no 13.º Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil – Enfoque às Demandas Possessórias. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 98, 2000, p. 7-25.

_____. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC – Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIUZA, Cesár. *Direito Civil – Curso Completo*. 8. ed. Belo Horizontes: Del Rey, 2004.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável Duração do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUIMARÃES, Ulisses. O Discurso do Presidente da Constituinte, Ulisses Guimarães (Sessão de Abertura dos Trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte). In: ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 2. ed. Lisboa: Universitária, 2004.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1997.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar – Teoria Geral e Poder Geral de Cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. v. II. São Paulo: RT, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. I. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As Reformas do Código de Processo Civil: Condições de uma Avaliação Objetiva. In: *Temas de Direito Processual – Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Cumprimento” e “Execução” da Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais. In: *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Efetividade e Técnica Processual. In: *Temas de Direito Processual – Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Emenda Constitucional n.º 45 e o Processo. In: *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In: *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O Problema da Duração dos Processos: Premissas para uma Discussão Séria. In: *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Por um Processo Socialmente Efetivo. In: *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva: 2004.

_____. Questões Velhas e Novas em Matéria de Classificação das Sentenças. In: *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. In: *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sentença Executiva? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 114, 2004.

_____. Sentença Executiva? In: *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos Julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo sobre o Tema. In: FIUZA, César Augusto de Castro et. al. (Coord.). *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey: 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social – Revitalizando as Regras do Jogo Democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

_____. *História do Direito Processual Brasileiro – Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. São Paulo: Manole, 2002.

_____. Reforma do Poder Judiciário e Celeridade Processual sob a Perspectiva da Tridimensionalidade do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2002.

_____. *Uma Visão Crítica da Jurisdição Civil*. Leme: LED, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Humanos: Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

_____. Los Derechos Fundamentales apud BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional – Fundamentos Teóricos*. v. I. São Paulo: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

REIS, Patrícia Elache Gonçalves dos. *A Razoável Duração do Processo como Novo Direito Fundamental Segundo a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito [Orientadora: Profa. Dra. Gisela Maria Bester]. Faculdade de Direito de Curitiba. 2006

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: Acesso à Justiça e Prazo Razoável na Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento*. 11. ed. v. I. São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. ed. v. I. São Paulo: RT, 2002.

_____. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: AMARAL, Guilherme, Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional nas Perspectivas das Relações entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Sentença e Coisa Julgada: ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5.º da CF Inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. A Jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um Balanço Crítico. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. III, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Execução da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. *Processo Cautelar*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Sentença e Coisa Julgada Civil*. Belém: Cejup, 1984.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A Garantia Fundamental Contra a Demora no Julgamento dos Processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 1999.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil – Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)