

Classificação das tutelas jurisdicionais segundo a técnica processual empregada para a satisfação do direito.

Nelson Rodrigues Netto

Pós-Doutor em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário: 1 – Introdução. Parte I – O Direito Material. 2 – O Direito Objetivo e o Direito Subjetivo. 3 - A Classificação dos Direitos Subjetivos. Parte II – A Tutela Jurisdicional. 4 – A Tutela Jurisdicional de Direitos. 5 – A Superação do Modelo Original do Código de Processo Civil pelo Processo Híbrido (Sincrético). 6 – Tutela Jurisdicional Satisfativa e Tutela Jurisdicional Não-Satisfativa. 7 – A Tutela Jurisdicional de Direitos Potestativos. 7.1 – Tutela Declaratória. 7.2 – Tutela Constitutiva. 8 – A Tutela Jurisdicional de Direitos à uma Prestação. 8.1 — Tutela Condenatória. 8.2 – Tutela Executiva. 8.3 – Tutela Mandamental. 9. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho propõe uma classificação das tutelas jurisdicionais segundo a técnica processual empregada para a satisfação do direito material.

Abstract: The present essay proposes a classification of the legal remedies in accordance to the different legal procedures and the substantive right to be protected.

Palavras-chave: Tutelas jurisdicionais; Técnica processual; Satisfação do Direito.

Keywords: Remedies; Legal procedures; Protection; Substantive right.

1 – Introdução

A chamada *Reforma Processual de 2006 e 2007* alterou, em grande extensão e de modo profundo, o Código de Processo Civil. Ao lado de outros diplomas, as Leis nº 11.232/05¹ e nº 11.382/06² provocaram mudanças de ordem formal, e mais importante, de natureza substancial no CPC. As alterações seguem o plano inicial da década de noventa das *mini-reformas* e vão consolidando uma nova dogmática do direito processual civil brasileiro.

A doutrina tem debatido intensamente sobre diversas questões que a *Reforma* fez aflorar. Considerando a criação de um processo híbrido (sincrético) para as pretensões que têm por objeto uma quantia certa, é nosso objetivo investigar se sobrevive a tutela condenatória, e em quais situações ela se aplica como técnica de satisfação do direito material. Ao procurar obter essa resposta estaremos reconsiderando a classificação das tutelas jurisdicionais segundo suas eficácias e aproveitando para, quando pertinente, externar nossas opiniões sobre outros pontos da reforma processual.

No presente artigo procuraremos identificar e classificar, a partir dos direitos subjetivos, as tutelas jurisdicionais para sua proteção, segundo as suas eficácias e as respectivas técnicas empregadas para a produção de efeitos no mundo dos fatos.

¹ A Lei nº 11.232 é datada de 22.12.2005 e foi publicada no Diário Oficial da União de 23.12.2005. Apesar de ter sofrido retificação publicada no D.O.U de 26.06.2006, para acrescentar a palavra *caput* ao §1º, do art. 475-O, não houve modificação do termo inicial de sua vigência. Escoado o prazo de 6 meses de *vacatio legis*, entrou em vigor em 24.06.2006, observada a regra de contagem que determina a inclusão do dia da publicação da lei e o último dia do prazo de vacância, vigendo a partir do dia subsequente à sua consumação integral, consoante o art. 8º, §1º, da LC nº 95/98, na redação da LC nº 107, de 26.04.2001.

² A Lei nº 11.382 é datada de 06.12.2006 e foi publicada no Diário Oficial da União de 07.12.2006. Apesar de ter sofrido retificação publicada no D.O.U de 10.01.2007, para substituir a palavra “houver” por “houverem” no inciso III, do art. 656, não houve modificação do termo inicial de sua vigência. Escoado o prazo de 45 dias de *vacatio legis*, entrou em vigor em 22.01.2007, por aplicação da norma geral do art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil e observada a regra de contagem explicitada na nota anterior.

Parte I – O Direito Material

2 – O Direito Objetivo e o Direito Subjetivo

Ao se comparar diferentes direitos subjetivos é notória a diversidade de atuação da jurisdição para satisfazê-los. Assim, considerando o direito material a ser protegido, podem variar o tipo de pedido, a tutela jurisdicional e a forma de sua realização.

Em que pese a divergência dogmática na distinção e conceituação de direito objetivo e de direito subjetivo, para os fins deste trabalho, aceitamos que o primeiro concerne ao conjunto de normas jurídicas gerais e abstratas que regem, dentro de um certo período, uma determinada sociedade (*ius est norma agendi*), ao passo que o segundo é a faculdade, conferida pelo direito objetivo, ao sujeito de direito para seu exercício (*ius est facultas agendi*).³

3 - A Classificação dos Direitos Subjetivos

Os direitos subjetivos podem ser reunidos em duas grandes categorias: *direitos à uma prestação e direitos potestativos*.

Ao definir a natureza jurídica da ação como sendo um direito potestativo, Chiovenda utilizou-se das referidas categorias, afirmando que os direitos à uma prestação são “direitos tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros”, e os direitos potestativos são “direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente”.⁴

Os direitos à uma prestação são caracterizados pela possibilidade de serem lesionados pela omissão do devedor em cumpri-los, enquanto tal não ocorre com os

³ Para uma visão crítica do tema, consultar: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 145/154; Wilson de Souza Campos Batalha, *Nova Introdução ao Direito*, pp. 493/512 e pp. 593/634; Goffredo Telles Júnior, *O Direito Quântico*, pp. 385/411.

⁴ *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. p. 36. O referido critério tem forte aceitação doutrinária, ver entre outros, Satta-Punzi, *Diritto Processuale Civile*, pp. 266/7; Schönke, *Derecho Procesal Civil*, p. 152.

direitos potestativos, pois estes se “exaurem no poder de produzir um efeito jurídico”, ou seja, esgotam sua potencialidade com a alteração de um estado jurídico.

Com efeito, assevera Chiovenda que: “Ao aludirmos à lesão dos direitos, tivemos presentes exclusivamente os direitos a uma prestação; e isso porque só estes podem ser *lesados*. Os direitos *potestativos*, por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser *lesados* por ninguém” (destaques no original).⁵

A doutrina é válida e tem grande utilidade na solução de outras questões, como por exemplo, na distinção entre prescrição e decadência. Somente os direitos à uma prestação são passíveis de ser violados, razão pela qual provocam a pretensão material de seu titular de exigi-los, sujeitando o seu exercício em juízo (pretensão processual) a prazo prescricional. Não havendo possibilidade de violação dos direitos potestativos, não há o que se falar em exigência, e, portanto, pretensão material, de sorte que somente o direito material subjacente é que poderá caducar.⁶

Feitas estas considerações, surge a necessidade de extremar a pretensão de direito material da pretensão processual.

O art. 189, do Código Civil vigente estipula, em sua primeira parte, que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. O dispositivo não possui correspondente no Código revogado, mas é possível notar uma nítida inspiração no Código Civil alemão.⁷ Com efeito o §194 (1), do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) prescreve ser a pretensão (*Anspruch*) “o direito de exigir de outrem um fazer ou não fazer (...)”.⁸

⁵ Ob. cit., p. 47.

⁶ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Código Civil e o Direito Processual*, Revista Forense nº 364, p. 185/6; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, pp. 37/8.

⁷ O Código Civil de 1916, dentro de sua concepção imanentista, prescrevia ao disciplinar os Fatos Jurídicos, em seu art. 75, que: “A todo direito corresponde uma ação”. Não há dispositivo correspondente no Código Civil atual. A doutrina processualista moderna passou a fazer uma releitura do referido artigo legal, à luz do princípio constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF), e com olhos voltados à efetividade do processo, segundo a máxima chiovendiana de que o processo deve dar, quanto praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que a parte tenha direito de conseguir.

⁸ “§194 (1). *Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), (...)*”.

Logo, definições de pretensão, tais como: “pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”⁹, ou “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”,¹⁰ são formuladas com base em uma pretensão de direito material, o que pode vir a provocar uma confusão com a pretensão processual.

Na Alemanha, considerava-se a pretensão de direito material deduzida, a partir da definição de pretensão do BGB, para se estabelecer em que consistia o objeto do litígio perante o *Zivilprozeßordnung* (ZPO – Código de Processo Civil alemão). O objeto do litígio na linguagem do nosso CPC é o mérito da causa. A referida interpretação há muito é considerada inadequada, subsistindo na atualidade o tema como um dos mais estudados e controvertidos na processualística tedesca.¹¹

Na presente exposição não interessa analisar as diversas opiniões sobre a compreensão do objeto litigioso, bastando apontar que contam com o apoio majoritário as teorias que adotam um conceito de pretensão processual autônoma. O conteúdo da pretensão processual é determinado pelo pedido formulado na petição inicial, que por seu turno, fixa o objeto do litígio.¹² O ponto de divergência dogmática reside em saber em que medida, ou se de alguma forma, a fundamentação fática é necessária para a delimitação do objeto litigioso.¹³

Fique claro, portanto, que pretensão de direito material não se confunde com a pretensão processual. Esta é uma afirmação jurídica, afirmação da titularidade de um interesse jurídico, e ao mesmo tempo a exigência de sua proteção.¹⁴

⁹ Carnelutti, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, p. 40; *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, p. 32.

¹⁰ Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, § 6, 52. O autor adota, ainda, um conceito de ação de direito material.

¹¹ Na doutrina clássica, Schönke, ob. cit., p. 150/1. Entre autores modernos, Leible, *Proceso Civil Alemán*, p. 178.

¹² Cf. Leible, ob. cit., p. 179.

¹³ Discorrendo sobre diversas posições modernas, Jauernig, *Direito Processual Civil*, pp. 203/217. Ver, ainda, Leible, ob. cit., p. 178/183

¹⁴ Cf. Schönke, ob. cit., p. 150. Arruda Alvim esclarece que: “pretensão, pois, é a opinião de ter direito; é o retrato, existente no processo, do direito que o autor afirma ser seu”, *Curso de Direito Processual*, p.

De tal sorte, temos que a pretensão processual é aquilo que se pede em juízo: uma determinada providência judicial para que através dela se obtenha um bem da vida. Neste passo, deve ser bastante ressaltado que *bem da vida* não é sinônimo de *coisa*, mas de um interesse juridicamente protegido pelo ordenamento.

Retornando à classificação dos direitos subjetivos proposta por Chiovenda, notamos que ela não contempla o direito à mera declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, conforme expressamente autorizado pelo art. 4º, do CPC brasileiro.

Neste aspecto, ao passar do plano do direito material para o do direito processual, Chiovenda acabou por admitir que a proteção dos direitos potestativos se faz tanto por uma tutela constitutiva, quanto por uma declaratória.¹⁵ Nada obstante, ele distingue as diversas espécies de tutelas (ele se refere a sentenças) considerando o objeto do litígio: “O autor que requer uma sentença declaratória, não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais”.¹⁶

Em que pese o direito à uma declaração jurídica não corresponder a um direito à modificação de um estado jurídico a ele é assimilável na medida em que ambos não são direitos tendentes à uma prestação, ambos têm eficácia já com a prolação da decisão, e não comportam serem lesados, conforme acima exposto.

Considerando que para nós tutela jurisdicional é a efetiva realização do direito (bem da vida) no plano dos fatos, verifica-se que é possível, a partir da eficácia da tutela jurisdicional prestada, e tomando de empréstimo a divisão acima referida dos direitos subjetivos, formular uma classificação tanto mais abrangente.

398. O autor admite, explicitamente, a distinção entre pretensão material e pretensão processual, apontado que é esta última que define o objeto litigioso, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, n. 138, pp. 453/5.

¹⁵ Ob. cit., pp. 301/2 e 318/9.

¹⁶ Idem, pp. 302/3.

Parte II – A Tutela Jurisdicional

4 – A Tutela Jurisdicional de Direitos

A tutela jurisdicional é fenômeno multifacetado que exige, para uma melhor compreensão, identificar o ângulo de análise que se adota. Isto não significa ser incompatível o exame da tutela jurisdicional combinando seus diversos prismas.

Visando formular uma definição, temos que a tutela jurisdicional, em um primeiro momento, apresenta-se como o resultado da atividade jurisdicional. Neste ponto, é significativa a alteração do art. 463, *caput*, do CPC.¹⁷ Foi suprimida a noção de que “ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”. Esta asserção, realmente, não correspondia à verdade, sob dois aspectos: (i) a tutela jurisdicional não se confunde com o pronunciamento judicial que a veicula, seja ele uma sentença, uma decisão interlocutória, ou um acórdão; (ii) a sentença de mérito pode não ter o condão de outorgar a tutela jurisdicional, como ocorre, por exemplo, com os chamados processo híbridos ou sincréticos.¹⁸

Numa segunda aproximação, verifica-se que este resultado da atividade jurisdicional deve corresponder, no mundo fenomênico, à *realização* do direito do demandante vencedor. Pode-se dizer que a *tutela do réu*, no processo, configura a proteção de seu interesse de ver rejeitada a pretensão do autor, solucionando-se o conflito de interesses e eliminando-se a incerteza jurídica que se estabelecera.

Estes elementos, contudo, não são suficientes: a tutela jurisdicional que é o resultado da atividade jurisdicional e que satisfaz o titular do direito, está indissociavelmente ligada ao meio, técnica, método, estabelecido na lei para sua consecução.¹⁹

¹⁷ Na redação anterior, lia-se: “Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo altera-la: (...)”. A nova redação dada pela Lei nº 11.232/05, é a seguinte: “Art.463. Publicada a sentença, o juiz só poderá altera-la: (...)”. Os incisos I e II mantiveram-se inalterados.

¹⁸ No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 1, pp. 261/2; Luiz Rodrigues Wambier, *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*, pp. 33/5

¹⁹ Igualmente, Flávio Luiz Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, pp. 30/3.

A despeito de tais ponderações, a tutela jurisdicional pode ser classificada sob diferentes critérios, que igualmente, podem ser válidos e operacionais. Assim, por exemplo, considerando o momento dentro do *iter* procedimental em que é prestada, o seu grau de estabilidade, a atividade jurisdicional exercida, a individualidade ou coletividade de partes, a especificidade (infungibilidade) ou a generalidade (fungibilidade) de seu objeto e etc.

O critério que empregamos é o da eficácia da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional é classificada consoante a técnica processual empregada para a satisfação do direito. É nesse sentido que se utiliza a palavra eficácia como o elemento discriminador das diversas categorias.

Eficácia, segundo os léxicos, é a “virtude ou poder de (uma causa) de produzir efeitos; é a qualidade ou caráter do que é eficaz”²⁰, ou ainda, “a qualidade daquilo que é eficaz; qualidade daquilo que produz o resultado esperado”.²¹

Verifica-se, portanto, que o *resultado esperado* é a tutela jurisdicional, ou seja, a proteção outorgada pelo Judiciário ao litigante que demonstra fazer jus a ela. A *capacidade de produzir tal efeito* é do método processual utilizado.²² Logo, em verdade, em verdade, a classificação é mais da técnica processual para lograr alcançar a tutela jurisdicional do que propriamente desta, que, contudo, encontram-se umbilicalmente conectadas.

Esta é a acepção que utilizamos para classificar a tutela jurisdicional segundo sua eficácia, vale dizer, a tutela jurisdicional é classificada com base na capacidade de produzir o efeito de satisfazer a pretensão deduzida, a partir da técnica processual adotada para tanto.

²⁰ Cf. Dicionário Eletrônico Houaiss.

²¹ Cf. Dicionário Michaelis.

²² Dobbs afirma que “as normas processuais concernem ao procedimento de ir do direito (material) ao remédio”, *Law of Remedies*, p. 2. O termo *remédio* corresponde ao de tutela jurisdicional. Por seu turno, Yarshell realça esta distinção correlacionando *resultados* (efeitos substanciais proporcionados pelo processo) com *remédios*, e os *meios* (para obtenção de tais resultados) com *instrumentos*, ob. cit., pp. 34/5.

Como vimos, a pretensão (processual) é deduzida com o ajuizamento da demanda, é o que se pede em juízo, como por exemplo, a desconstituição do vínculo matrimonial (divórcio), a declaração da nulidade de cláusula contratual, ou o reconhecimento da existência de uma obrigação de entregar cem sacas de feijão (utilizando a nova nomenclatura do CPC, art. 475-N, inciso I).

Destrinchando-se a pretensão, é possível divisar dois aspectos ou objetos do pedido: um *imediato*, a providência jurisdicional solicitada; outro, *mediato*, o bem da vida pretendido.

A tutela jurisdicional, por seu turno, corresponde ao acolhimento pelo órgão judicial da pretensão deduzida. Resta claro que a tutela jurisdicional engloba, a um só tempo, a providência e o bem da vida pedidos.²³

O ponto nodal da classificação que se pretende empreender reside nisto: *a eficácia da tutela corresponde à técnica empregada para sua realização, que por sua vez, sempre está adstrita ao bem jurídico a ser protegido*. Efetivamente, a abrangência da tutela jurisdicional demonstra que se for possível obter o bem da vida por diferentes técnicas processuais, poderá variar a tutela jurisdicional.

A primeira ilação que logramos obter consiste no fato de que é o bem da vida que determina o método processual a ser empregado para sua obtenção. A tutela jurisdicional para poder produzir efeitos no mundo fenomênico, vale dizer, sua eficácia, deve estar adequada à pretensão formulada. Analisando sob outra ótica, o objeto imediato do pedido deve estar em consonância com o seu objeto mediato, correspondendo ambos em conjunto à tutela jurisdicional.

A segunda conclusão, verificável empiricamente, é a de que a técnica, o método, o meio, a ser utilizado pode ser: (i) único, fechado, típico; ou, (ii) variável, aberto, atípico.

No primeiro caso, pode-se dizer que para um dado bem da vida (ou objeto mediato do pedido), a tutela jurisdicional somente poderá ter uma eficácia preponderante.

²³ Neste sentido, Bueno, ob. cit., v. 1, p. 261.

Todavia, em outras situações é possível que o processo disponha de mais de uma técnica para satisfazer a pretensão declinada. Nestes casos, em acréscimo, pode o processo estabelecer: (i) um mesmo procedimento para a prestação de diferentes eficácias da tutela; ou, (ii) exigir diferentes procedimentos para produzir diferentes eficácias. Surge uma concorrência de tutelas jurisdicionais que, contudo, não são concomitantes (*electa una via tertium non datur*). É cabível haver uma concorrência entre as eficácias possíveis, subsistindo a preponderância à luz do caso concreto, de modo a permitir uma alternância na eficácia que logra satisfazer a pretensão, v.g., a alternância entre uma tutela mandamental e uma tutela executiva.

Destacamos que, muito embora a classificação de tutela jurisdicional utilizada esteja voltada ao direito material lamentado (bem da vida), ela não incide na crítica de ser formada a partir do direito material. Ao contrário, é uma classificação que emprega elementos exclusivamente processuais: o meio processual adotado para a potência e a efetiva produção de efeitos no plano dos fatos para realização do direito. As diferentes eficácias dependem das diferentes técnicas do processo para outorgar, em concreto, a proteção jurídica ao titular do direito violado ou ameaçado. Daí decorre a aderência da tutela jurisdicional à pretensão lamentada, razão porque empregamos a expressão *tutela jurisdicional de direitos*.²⁴

Em que pese aceitarmos a premissa de que a tutela jurisdicional pode estar impregnada de mais de uma eficácia, exsurgindo uma como a preponderante, afastamos em larga medida da classificação quinária proposta por Pontes de Miranda.²⁵

Primeiramente, porque distinguimos a tutela jurisdicional do ato judicial que a veicula, não havendo o que se falar em classificação de sentenças. Em segundo lugar, não identificamos em toda tutela jurisdicional, todas as eficácias possíveis. Em terceiro lugar, defendemos a autonomia, a abstração, e a instrumentalidade do direito de ação, de modo que não é rigorosamente correto apontar diferentes *ações* a propiciar uma

²⁴ O tratamento da matéria como tutela jurisdicional de direitos não tem ranço concretista da ação, tampouco, isola o pólo ativo do processo, de maneira que não incide na crítica de Dinamarco, *Tutela Jurisdicional*, n. 2, pp. 55/6 e n. 11, pp. 71/3. Utilizam a mesma terminologia empregada no texto, entre outros, Micheli, *Derecho Procesal Civil*, Luiz Fux, *O Novo Processo de Execução*, p. 294, p. 47, Bueno, ob. cit., v. 1, p. 266; Yarshell, ob. cit., pp. 28/9.

²⁵ *Tratado das Ações*, §§ 25 a 41, pp. 117/228.

classificação de ações.²⁶ Entretanto, o quarto e mais importante fator de afastamento da doutrina de Pontes de Miranda, é o do elemento definidor da eficácia da tutela jurisdicional residir no método de realização da pretensão deduzida em juízo.

Entendemos que o critério da eficácia, para a classificação da tutela jurisdicional, é de superior utilidade, exatamente porque ele reflete o método adotado no processo para a concretização do direito.

Utilizaremos indistintamente as palavras método, meio e técnica ao analisar os diferentes procedimentos previstos na lei para a realização dos direitos.

5 – A Superação do Modelo Original do Código de Processo Civil pelo Processo Híbrido (Sincrético)

Como apontado, a tutela jurisdicional pode ser classificada sob diferentes critérios. Levando em conta a classificação que adota como *discrímen* a atividade jurisdicional exercida no processo, temos que a tutela jurisdicional pode ser de *conhecimento* (ou *cognitiva*) ou de *execução* (ou *executiva*).

Na tutela cognitiva, a atividade jurisdicional está circunscrita a *atos intelectuais*, por meio dos quais o juiz conhece o direito, ou seja, analisa os fatos jurídicos, o direito e as conseqüências jurídicas, e formula a norma jurídica concreta para solucionar o litígio. A seu turno, na tutela executiva, o juiz pratica no processo *atos reais, materiais*, para a realização (satisfação) do direito.

Por ser o processo o instrumento para o exercício da jurisdição, um método para solução de conflitos intersubjetivos, não é absolutamente correto falar-se em *espécies de processos*. Entretanto, o CPC foi concebido, originalmente, com uma estrutura onde as diferentes atividades jurisdicionais eram, majoritariamente, aprisionadas em compartimentos estanques. Esta a razão de sua divisão em livros, tratando o primeiro deles, do processo de conhecimento, e o segundo, do processo de execução. Assim a

²⁶ É necessário, fazer uma ressalva esclarecendo que o uso de *adjetivações* para as ações quer pela lei, quer pela força da tradição da praxe forense, tem o valor de revelar, de imediato, *v.g.*, qual a espécie do procedimento adotado ou o objeto da pretensão como na ação ordinária ou na ação possessória, cf. Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, pp. 119 e 272.

atividade de conhecimento, e a respectiva tutela cognitiva, existiam apenas no processo de conhecimento, ao passo que a tutela executiva, consistente na prática de atos de realização do direito, estava confinada ao processo de execução.

Nesta linha, o mesmo pode-se afirmar com relação ao processo cautelar, alojado no Livro III, do CPC. No estágio atual do direito processual brasileiro não remanesce justificativa para a existência deste “processo” cautelar. No tocante à tutela jurisdicional, adotando-se o critério de classificação da existência de ameaça ou de efetiva lesão de direito, o CPC dispõe sobre um gênero, as *tutelas de urgência*, que reúne as espécies *tutelas cautelares* e *tutelas antecipadas* (recorde-se que nem toda antecipação de tutela esta inserida neste grupo, *e.g.*, hipótese do art. 273, §6º), que admitem fungibilidade (art. 273, §7º) e prescindem de um “processo” cautelar. O Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Ministro Athos Gusmão Carneiro, elaborou um esboço de anteprojeto com a finalidade de alterar o Livro III, do Código de Processo Civil, adaptando-o à esta realidade, o que trará uma harmonia interna ao seu sistema, inclusive para o futuro Código de Processo Civil.

Este *modelo* compartimentado visava a preservação dos valores segurança e certeza para as relações de direito material, por meio de “dois elementos cardiais do processo civil clássico: (i) a *coisa julgada material*, a qual constitui requisito necessário para o ajuizamento do processo de execução e configura elemento divisório entre cognição e execução; (ii) o *sistema típico de tutela executiva*, pelo qual é vedado conferir ao juiz qualquer poder para promover os atos necessários para a satisfação do demandante, salvo aqueles meios predeterminados pelo sistema, através dos quais cada situação de fato num deles deve se enquadrar, sob risco de não poder ser tutelada, ou ao menos, não tutelada adequadamente”.²⁷

A *primeira fase* da reforma do Código de Processo Civil eliminou esta dicotomia, generalizando o processo híbrido (ou sincrético), onde num mesmo processo o juiz formula e atua o direito. Isto ocorreu, primeiramente, com as pretensões relativas às obrigações de fazer ou de não fazer, por força da alteração do art. 461, do CPC, realizada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.

²⁷ Cf. o nosso, *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva ‘Lato Sensu’*, pp. 87/96.

Posteriormente, o processo híbrido foi adotado pela *segunda fase* da reforma processual para as obrigações de entregar coisa, mediante a criação do art. 461-A, do CPC, pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.²⁸

Atualmente, a *Reforma dos anos de 2006 e de 2007* veio fechar o círculo relativo à tutela jurisdicional de direitos à uma prestação, implantando o processo híbrido para a tutela das obrigações de pagar quantia em face de devedor solvente, consoante a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Remanesceram, contudo, duas exceções dentro do sistema do CPC: uma concernente à execução em face da Fazenda Pública (arts. 730 e 731), e a outra, relativa à execução de sentença de prestação alimentícia (art. 732).

Percebe-se que a estrutura do CPC, visando disciplinar as tutelas jurisdicionais, sob o critério da atividade jurisdicional realizada, por meio de diferentes *processos*, já perdeu seu sentido lógico e prático.

O processo de execução corresponde, atualmente, a um *processo não-cognitivo*, haja vista que o título que lhe rende ensejo é extrajudicial, formado consoante os ditames da lei²⁹, sem intervenção do Poder Judiciário, e inexistindo atividade cognitiva em relação à pretensão que ele veicula, qualquer que seja a prestação nele prevista: fazer ou não fazer, entregar coisa, e pagar quantia. Em acréscimo, a insurgência contra o título, a relação de direito material que o ensejou, ou ainda, o desenvolvimento válido e regular do processo ou o exercício do direito de ação, é realizada em ação autônoma, embora conexa e incidental, dos embargos do devedor.

Hoje, atos judiciais de realização do direito não estão restritos ao *processo de execução*, haja vista a existência do processo híbrido. Contudo, também não estão limitados à fase executiva do processo híbrido, em virtude da generalização da técnica de antecipação de tutela, *ex vi* dos arts. 273, 461, §3º, e 461-A, §3º, do CPC. Deste modo, entendemos ser mais correto utilizar as expressões *híbrido* (ou *sincrético*) e *não-*

²⁸ Sobre o tema, ver os nossos, *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva 'lato sensu' nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02*; e, *A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo*.

²⁹ Pode-se afirmar que impera o princípio da reserva legal com relação aos requisitos do título executivo extrajudicial. É a lei que pormenoriza quais os requisitos formais que deve conter o título para ser executivo. Lei tem o significado de *lei federal*. A disciplina do título executivo, por ser este o instrumento para o desencadeamento da atividade jurisdicional executiva, é de direito processual estrito, logo, de competência legislativa privativa da União, conforme o art. 22, I, da CF.

cognitivo, para destacar as atividades jurisdicionais preponderantes, mas não exclusivas, que são desenvolvidas no processo.

Comporta destacar que, neste tópico do ensaio, o elemento classificatório da tutela jurisdicional foi a atividade jurisdicional desenvolvida, a qual não se confunde com o critério da eficácia. Nada obstante, as diferentes categorias não são obrigatoriamente excludentes entre si. Constata-se, por exemplo, que uma tutela satisfativa também é uma tutela cognitiva, entretanto, uma tutela não-satisfativa nem sempre é uma tutela executiva.

6 – Tutela Jurisdicional Satisfativa e Tutela Jurisdicional Não-Satisfativa

A classificação dos direito subjetivos em direitos à uma prestação e direitos potestativos, permite uma aproximação do método de tutela jurisdicional adotado pelo Código de Processo Civil e realçado com a Reforma 2006/2007. Assim, a tutela jurisdicional pode ser dividida em *satisfativa* e *não-satisfativa*. Apesar do neologismo, adotamos as expressões *satisfativa* e *não-satisfativa* porque seu uso é consagrado em relação à tutela jurisdicional, e principalmente, porque reproduz com bastante precisão as situações concretas que retratam.

É *satisfativa* a tutela jurisdicional que decorre diretamente da prolação da decisão judicial, atuando no plano normativo (jurídico, do processo) para a satisfação do direito do demandante vitorioso, de modo que dispensa qualquer atividade física (real, material), no plano dos fatos, para sua concretização.³⁰

A tutela jurisdicional satisfativa esgota “todas as virtualidades de proteção jurisdicional”³¹, tornando-se definitiva com o trânsito em julgado da decisão que lhe veicula, prescindindo de comportamento do demandado ou de subsequente atividade do órgão jurisdicional para a realização da pretensão lamentada.

³⁰ Ao tratar da tutela declaratória, Palácio aponta: “La característica fundamental de este tipo de pretensiones consiste en que la mera declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de quien las propone y, por lo tanto, para agotar el cometido de la función jurisdiccional”, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 128.

³¹ Cf. Barbosa Moreira, *Tendências na Execução de Sentenças e Ordens Judiciais*, p. 216.

Ao contrário, quando se tratar de *tutela jurisdicional não-satisfativa*, o mero pronunciamento da decisão judicial, e a respectiva tutela por ele carreada, não terão o condão de satisfazer, no plano dos fatos, o demandante vencedor. Surge, nestes casos, a necessidade de um comportamento do demandado, ou de uma atividade jurisdicional substitutiva de sua conduta, para a obtenção do bem da vida.

À luz das ponderações feitas, concluímos que a tutela jurisdicional é satisfativa quando prestada para pretensões processuais fundadas em direitos potestativos e em direitos à declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica.

Por outro lado, tutela jurisdicional é não-satisfativa quando veicula pretensões concernentes a direitos à uma prestação. Nestes casos, a efetiva outorga do bem da vida não ocorre com o mero reconhecimento, certificação, acolhimento da pretensão, mas exigirá atividade subsequente para que sejam produzidos efeitos no plano dos fatos. Daí serem tratadas como tutelas não-satisfativas e subdividas conforme o meio processual empregado para a efetiva obtenção do bem da vida pretendido.

7 – A Tutela Jurisdicional de Direitos Potestativos

A tutela jurisdicional de direitos potestativos é *satisfativa*, uma vez que sua atuação se dá no plano normativo; a pretensão do autor, em caso de procedência do pedido, exaure-se com a obtenção da tutela que afeta diretamente o mundo fático, independentemente de atividade judicial subsequente ao trânsito em julgado. São as hipóteses de tutela declaratória e de tutela constitutiva.

Realmente, verifica-se que, *e. g.*, a sentença que acolhe o pedido, declarando a nulidade de uma cláusula contratual, produz imediatamente o efeito de tutelar a pretensão deduzida. Igualmente, a sentença que decreta o divórcio, rompendo o vínculo matrimonial, produz imediatamente o efeito de constituir um novo estado jurídico para as partes, o estado civil de divorciados, tutelando-lhes plenamente.

7.1. Tutela Declaratória

Preliminarmente, é importante ressaltar que toda tutela jurisdicional é impregnada (apesar de não ser a preponderante) de eficácia declaratória, quando for necessária *atividade jurisdicional cognitiva* para o reconhecimento (a *declaração*) do direito, antes de sua efetivação no plano dos fatos.

Logo, a declaração de certeza representada pela atividade jurisdicional de reconstrução dos fatos e de sua subsunção ao direito é constante no processo cognitivo, qualquer que seja a tutela jurisdicional a ser obtida. É o que ocorre quando a técnica processual adotada previr um processo híbrido para a obtenção da tutela jurisdicional.

Por outro lado, se o direito material estiver representado em um título executivo extrajudicial, o meio para sua tutela se faz por um *processo não-cognitivo*, prescindindo de atividade jurisdicional cognitiva.

Em segundo lugar, destacamos que a tutela declaratória emprega um método que conceituamos de *único, fechado, ou típico*. A pretensão somente pode ser satisfeita, ou por outras, o bem da vida somente é alcançável, por uma única técnica processual, revelando apenas uma eficácia de tutela adequada para o caso. Há uma *relação unívoca* (ou *biunívoca*) entre o bem da vida e a tutela jurisdicional, considerando a técnica processual utilizada. O bem da vida pretendido será alcançável conforme o método que para tanto disponha o processo.

Para ilustrar melhor a situação, adotemos como exemplo um pedido de declaração de nulidade de uma cláusula de um contrato. O interesse do autor cinge-se à mera declaração de nulidade da cláusula contratual, e em sendo acolhida sua pretensão, bastará uma tutela que declare o referido vício. Os efeitos sensíveis, alcançando o mundo fático, exsurtem do plano normativo. Nenhuma nova atividade, seja do réu, seja da Justiça, é necessária. *E mais importante, a tutela jurisdicional não pode ter outra eficácia, senão declaratória.*

A tutela declaratória consiste no provimento atinente à existência ou inexistência, ou o modo de ser, de uma relação jurídica, conforme prescreve o art. 4º, do CPC. A doutrina tradicional que classifica a tutela jurisdicional considerando as chamadas *crises de direito material*, segundo a qual, variando a crise do direito, variará também a sua proteção em juízo, aponta que a tutela declaratória visa extinguir uma *crise de certeza*.

Apesar de tratar-se da incerteza sobre um fato (e não propriamente de uma relação jurídica), nosso ordenamento permite a dedução de uma pretensão voltada a declarar a autenticidade ou falsidade de um documento (art. 4º, II, do CPC).³² A justificativa é de que a demonstração da falsidade material do documento (formação com vício ou adulteração, independentemente da veracidade de seu conteúdo, conforme o art. 387, do CPC), é legítima já que dele emana diretamente relações jurídicas.

Cabe acrescentar que a tutela declaratória possui eficácia *ex tunc*, ou seja, o seus efeitos projetam-se para o passado, reconhecendo a existência de uma dada relação jurídica desde o seu nascedouro, ou declarando que ela nunca existiu. Por exemplo: a declaração de nulidade de uma cláusula contratual, retroage à data da celebração da avença, nada obstante até o momento do pronunciamento judicial o contrato estar sendo cumprido integralmente.

7.2. Tutela Constitutiva

A tutela constitutiva realiza o direito ao alterar, já no plano normativo (do processo), um estado jurídico, seja constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica.³³

Diz a doutrina tradicional que a tutela constitutiva agrega ao elemento declaratório outro, qual seja, o de constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Visa solucionar uma *crise de situação jurídica* no plano do direito material.

Verifica-se, segundo nosso posicionamento, a presença da eficácia declaratória da tutela jurisdicional, mas a supremacia, para a efetiva realização do direito subjetivo pretendido, da eficácia constitutiva. Logo, além de *declarar* que os pressupostos legais para a alteração da situação jurídica estão presentes, a tutela constitutiva produz estes efeitos, irradiando-os, a partir do processo, para o plano dos fatos, sem a necessidade de atuação do órgão jurisdicional no mundo fenomênico.

³² Cf. João Batista Lopes, *A Prova no Direito Processual Civil*, p. 121.

³³ Pais de Amaral afirma: “As ações constitutivas são, assim, na grande generalidade dos casos, o meio processual adequado para ao exercício de certos direitos potestativos”, *Direito Processual Civil*, p. 20.

A criação, a modificação ou a extinção da relação jurídica ocorre com a decisão judicial, e produz efeitos entre as partes, desde o seu trânsito em julgado, o que revela dois pontos a serem frisados. Primeiro, a eficácia da tutela constitutiva é sempre *ex nunc*, ou seja, atua somente depois do trânsito em julgado da decisão. Em segundo lugar, por força de preceito legal, a publicidade e a eficácia perante terceiros exige o registro do pronunciamento judicial, como por exemplo, o registro da carta de sentença de uma separação judicial. Este ato posterior é comumente designado de *execução imprópria*, já que não corresponde a uma atividade jurisdicional, mas apenas um ato registrário.³⁴

Acrescentamos, por último, que a tutela constitutiva, assim como a declaratória, emprega uma *técnica típica, fechada*, para obtenção do bem da vida. Assim, o divórcio (rompimento do vínculo conjugal) que consiste na alteração de um estado jurídico, somente é alcançado por uma tutela constitutiva (negativa) ou desconstitutiva.

8 – A Tutela Jurisdicional de Direitos à uma Prestação

Os direitos à uma prestação se traduzem perante o CPC em três grupos de pretensões processuais relativas à uma obrigação: (i) de fazer ou de não fazer; (ii) de entregar coisa certa ou incerta; e (iii) de pagar quantia em dinheiro. Pode-se dizer que há uma *triade de pretensões*. Se este ponto não é realmente uma novidade, ele não era tão explícito como veio a se tornar com a *reforma* dos anos de 2006 e 2007.

Com efeito, ao iniciar o novo capítulo do cumprimento da sentença (Capítulo X, do Título VIII, do Livro I), criado pela Lei nº 11.232/05, o art. 475-I prescreve: “O cumprimento de 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”.

Os arts.461 e 461-A disciplinam, como vimos, o *processo híbrido* para tutela de direitos relativos a obrigações de fazer ou não fazer e de entregar coisa, respectivamente. A remissão feita pelo art. 475-I reforça o modelo que vem sendo

³⁴ Cf. Liebman, *Processo de Execução*, p. 51.

adotado pelo CPC. Atualmente, consoante a tríade de pretensões, o direito à uma prestação será alcançável por meio de um processo híbrido.

Corroborando esta perspectiva de um novo modelo ou estrutura do CPC, a substituição do art. 584, I, pelo art. 475-N, I, ambos preceptivos legais concernentes ao primeiro título executivo judicial arrolado no CPC. O art. 475-N, I, do CPC, estabelece que é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”, no lugar da “a sentença condenatória proferida no processo civil”, prevista pelo revogado art. 584, I.

Enfatize-se que a chamada *tríade de pretensões* é uma opção de política legislativa que objetiva um ideal de eficácia do processo. Considerando cada um dos três grupos de pretensões, estabelece o legislador um modelo para conferir tutela jurisdicional, compreendida como a realização, a satisfação, do direito. A tutela jurisdicional é eficaz quando o método, meio ou técnica para sua realização também o é. A exteriorização desta técnica é o procedimento. As diferentes tutelas jurisdicionais, considerando suas eficácias, revelam as diferentes técnicas empregadas em razão dos diferentes direitos subjetivos a serem satisfeitos no plano empírico.

No campo do direito privado, desde as *Institutas* de Justiniano, conceitua-se a obrigação como o vínculo jurídico entre partes para solver uma prestação (*obligatio est vinculum juris quae necessitate adstringimur, alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis juris* – Liv. 3, T. 13, §1º).³⁵

O Código Civil ao classificar as modalidades de obrigações, considerando o objeto da prestação, prevê apenas obrigações de dar, fazer e não fazer (arts. 233 a 251), diferentemente da *tríade de pretensões* do CPC. A prestação material de entregar dinheiro está incluída na obrigação de dar.³⁶

Confirma-se, portanto, que a diversidade de procedimentos para prestação da tutela jurisdicional é uma questão de escolha do legislador processual, visando dar ao

³⁵ Cf. Edson Bini, *Institutas do Imperador Justiniano*, p. 154; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, p. 4; Everaldo Augusto Cambler, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, pp. 37/8.

³⁶ Cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, p. 74; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, pp. 89/98; Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 55 e ss.; Paulo Nader, *Curso de Direito Civil*, pp. 90/3.

processo a melhor eficácia para a realização do direito. A instrumentalidade do direito processual exige esta aderência entre a tutela jurisdicional e o direito subjetivo a ser tutelado.

A tutela de direitos a uma prestação é não-satisfativa, o que significa dizer que a efetiva obtenção do bem da vida exigirá providências subseqüentes ao pronunciamento judicial, que se dividem em *mecanismos sub-rogatórios* ou *mecanismos coercitivos*, que por sua vez propiciam as diferentes classificações da tutela jurisdicional.

8.1 – Tutela Condenatória

Tradicionalmente, a doutrina relaciona o direito à uma prestação com a ação condenatória.³⁷ Nesta linha, não se faz distinção entre as diferentes prestações e as respectivas tutelas para sua satisfação. De modo reducionista, afirma-se que a *crise de adimplemento*, no plano do direito material, deve ser resolvida por meio de uma tutela condenatória. O raciocínio é correto na medida em que a exigência em juízo do direito à uma prestação decorre do reconhecimento de seu inadimplemento, mas disso não se infere que toda tutela jurisdicional para sua satisfação seja condenatória.

Neste ponto cabe um pequeno parêntesis. Este é o sentido que emprestamos ao novo art. 475-N, I, do CPC. A expressão ‘reconheça a existência’ contida na norma deve ser lida como ‘reconheça o inadimplemento e a exigibilidade’ de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. O inadimplemento do devedor continua sendo o chamado requisito prático para a execução³⁸, remanescendo inalterada a rubrica (e o seu sentido) “Do Inadimplemento do Devedor”, da Seção I, do Capítulo III que trata ‘Dos requisitos necessários para realizar qualquer execução, do Título I, do Livro do Processo de Execução. Além disso, as novas redações dos arts. 580³⁹ e 586,

³⁷ Goldschmidt assevera: “La acción de prestación o, más exactamente, la acción de condena persigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación a favor de demandante, y, en algunos casos, exclusivamente a permitir la ejecución forzosa”, *Derecho Procesal Civil*, p. 100. Igualmente, Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, p. 175.

³⁸ Cf. Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, n. 31, pp. 81/2.

³⁹ Desde a promulgação do CPC, o art. 580 utilizava expressamente a palavra *inadimplemento*, correspondendo à conduta do devedor que deixava de cumprir obrigação exigível retratada em título

criadas pela Lei nº 11.383/06, deixam claro que, a par de certa e líquida, a obrigação deve ser exigível para a regular instauração e desenvolvimento da execução.

Por outro lado, referida interpretação mantém a harmonia entre o citado preceptivo legal e a norma do art. 4º, parágrafo único, do CPC, que autoriza a tutela declaratória mesmo que a obrigação já tenha sido inadimplida. O sistema processual brasileiro autoriza a referida pretensão processual, de sorte que este é o limite imposto pelo pedido à atividade cognitiva do juízo, sendo certo que a sentença que deste limite se descurar estará eivada de vício, por violação dos princípios dispositivos e o da correlação ou concatenação entre o pedido e a sentença, insculpidos nos arts. 128, 262, e 460, do CPC. Esta sentença *extra petita* poderá vir a ser objeto de cassação pelo Tribunal, ao ser provida apelação contra ela interposta, para que seja adaptada aos devidos limites estabelecidos pelo autor em sua demanda.

Observadas as ressalvas apontadas, aplaudimos as alterações dos dispositivos citados, cuja proposta de alteração teria sido feita pelo Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça.^{40 41}

executivo, *verbis*: “Art. 580. Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo”.

⁴⁰ De modo bastante sintético, o pensamento do autor consiste em que o fenômeno da atuação das normas no plano social comporta três momentos distintos: (i) primeiro, da formulação abstrata dos preceitos normativos, atividade do legislador; (ii) segundo, definição da norma jurídica concreta; e (iii) terceiro, da execução da norma individualizada. Os dois últimos seriam, normalmente, realizados de modo espontâneo, voluntário, pelo sujeito passivo da obrigação. Entretanto, acaso não haja a identificação e a realização da norma concreta de maneira espontânea, haverá necessidade de atuação da função jurisdicional. Para a execução judicial é necessária a identificação formal da norma jurídica concreta, que se consubstancia no título executivo, cujos requisitos são estabelecidos pelo legislador. Ademais, prossegue afirmando que não é o pronunciamento judicial (sentença) que cria a sanção jurídica, que é o pré-requisito indispensável para a execução forçada. A sanção deriva da própria norma e a executividade de uma sentença decorre da identificação completa de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, a força de autorizar a pretensão à tutela jurídica. “Se há ‘identificação completa’ da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional *autorizada* para a situação é a executiva”. Em conclusão, assevera que, em regra, a sentença declaratória cinge-se a formular enunciado de certeza de “um ou mais elementos da norma jurídica concreta, mas não sobre o seu todo (endonorma e perinorma) (...)”, mas se ela trouxer “(...) definição de certeza a respeito, não apenas da existencia da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida, não há como negar-lhe, categoricamente, eficácia executiva”, *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*, pp. 46/53, especialmente, pp. 51 e 52. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confira, entre outros, o Resp. 588.202/PR, rel. Min. Teori Zavascki, v.u., j. 10.02.2002, DJU 25.02.2004, p. 123.

Até o advento da Lei nº 11.232/05, a satisfação de uma obrigação de pagar quantia exigia a aplicação do binômio condenação-execução. Isto significava que o autor deveria primeiramente ingressar com uma ação de conhecimento, instaurando um processo de conhecimento, e posteriormente, havendo o reconhecimento do direito de crédito, o seu efetivo recebimento (independente de conduta do devedor) seria obtido por meio de um novo processo, o processo de execução.

Como é sabido, agora as atividades jurisdicionais de declaração e satisfação do direito são realizadas em um processo único (denominado de híbrido ou sincrético), consistindo de fases ou etapas, cognitiva e executiva, de um mesmo processo. A atividade de conhecimento da jurisdição é dispensada quando, a existência, a liquidez e a exigibilidade da obrigação pecuniária já estiverem retratadas em documento que configure um título executivo, denominado de título extrajudicial.

A omissão do legislador em alterar a previsão do art. 732, do CPC, tem provocado uma polêmica na doutrina. Parcela dos autores entende que remanesce válida a remissão que o dispositivo faz ao Capítulo IV, do Título II, do Livro II, do CPC, de sorte que uma prestação alimentícia reconhecida em sentença deve ser satisfeita por meio de processo não-cognitivo (processo de execução).⁴²

Noutro extremo, corrente divergente afirma que o preceptivo legal é inconsistente com o regime jurídico de cumprimento de sentença, o qual se estende a todas obrigações de pagar quantia contra devedor solvente.⁴³

⁴¹ Admitindo que o art. 475-N, I, do CPC, estabeleceu título executivo fundado em sentença declaratória, Arruda Alvim, *Manual*, v. 1, n. 123, p. 426/7; e v. 2, n. 290, p. 570/1; Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, n. 662, p. 75. Adotando posição contrária: Nelson e Rosa Nery, destacando em especial a inconstitucionalidade formal do dispositivo, por violação do processo legislativo, posto que a redação final é do Senado Federal não tendo sido submetida para apreciação da Câmara Federal, *Código de Processo Civil Comentado*, pp. 749/50; Ada Pellegrini Grinover, *Cumprimento da Sentença*, pp. 18/20; Barbosa Moreira, *A Nova Definição de Sentença (Lei nº 11.232)*, p. 81, Araken de Assis, *Manual da Execução*, n. 27.1, pp. 156/60; Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., v. 3, p. 79 e ss.

⁴² Cf. Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, pp. 270/1; Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., n. 891-a, p. 416; Araken de Assis, ob. cit., nº 399, p. 903 e nº 404, p. 912.

⁴³ Cf. Ernani Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, nº 1.328, p. 229; Jones Figueirêdo Alves, *A Execução de Alimentos em Face da Lei nº 11.232/05 e da Legislação Conexa. Considerações Pontuais e Convergentes*, pp. 275/8; Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, pp. 229/230.

Inclinamo-nos em aderir à segunda linha de pensamento. Nossa compreensão é no sentido de que a Reforma do CPC de 2006 e 2007 tem como tônica a efetividade do processo, certamente preferindo o processo híbrido, ressalvadas hipóteses onde a qualidade das partes ou a natureza da relação de direito material justifique o uso da dualidade de processos conhecimento-execução.

Isto ocorre na execução contra a Fazenda Pública, cujo objeto é quantia certa, que segue o preceituado nos arts. 730 e 731, do CPC. A execução far-se-á conforme os dispositivos citados, quer fundada em título executivo judicial, quer em título extrajudicial, assim, o verbete nº 279, da *Súmula* do Superior Tribunal de Justiça: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.⁴⁴ Nestas hipóteses não será utilizado o processo híbrido do cumprimento de sentença (art. 475-I e seguintes, do CPC), continuando a existir o binômio processual conhecimento-execução para as obrigações de pagar quantia.

A justificativa reside no fato de que a satisfação de pretensão por quantia em face da Fazenda Pública não adota o método da tutela condenatória, vale dizer, não é realizada pelo método da expropriação de bens, posto que seus bens são impenhoráveis por serem inalienáveis (art. 648, c.c. 649, I, do CPC).⁴⁵

O que importa destacar é que a eficácia da tutela jurisdicional é igual, quer se trate de processo híbrido, quer se trate de processo não-cognitivo.⁴⁶ O método

⁴⁴ Vicente Greco Filho defende a posição de que a execução contra a Fazenda Pública somente pode ser fundada em título judicial, argumentando que o art. 100, da CF, disciplina requisições e precatórios resultantes de decisões judiciais, e que por ser o devedor ente público (Fazenda Pública), deve haver a revisão obrigatória da decisão condenatória na forma do art. 475, do CPC, que inexistente em face de título extrajudicial (*Direito Processual Civil Brasileiro*, pp. 109/110). Em sentido contrário, acompanhando o entendimento sumulado pelo STJ, Nelson e Rosa Nery, ob. cit., p. 1063, nota 5 ao art. 730; Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., n. 883, p. 404.

⁴⁵ O art. 100, do CC, prescreve: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Ao passo que os bens dominicais (que constituem patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real) podem ser alienados na forma prevista em lei (art. 101, c.c. art. 99, III, do CC). Como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, é necessária a desafetação dos bens de uso comum ou uso especial (trespasse para categoria de bens dominicais) para alienação de bens públicos, precedida, de regra, por autorização legislativa, avaliação e licitação, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 837/850, especialmente, pp. 839/840, e 849/850. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 436 e ss.; e, Marcelo Terra, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, pp. 657/665.

⁴⁶ O art. 475-R, do CPC, prevê a aplicação subsidiária das normas que regem o processo de execução (Livro II) ao cumprimento de sentença (processo híbrido para obtenção de quantia certa).

processual para obtenção da quantia certa, que revela a tutela jurisdicional, é o da *expropriação* de bens do devedor. Com efeito, o art. 646, do CPC, estipula que a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor para satisfazer o direito do credor. O dispositivo faz referência ao capítulo da responsabilidade patrimonial, onde o art. 591 reforça a idéia de que as obrigações pecuniárias são satisfeitas com os bens presentes e futuros do devedor.

Rigorosamente, a expropriação de bens é a técnica processual empregada para a tutela jurisdicional, enquanto que o objeto (mediato) do pedido é o dinheiro. A tutela condenatória, segundo sua eficácia, é aquela que atinge o bem da vida pretendido por meio de expropriação de bens do devedor, método que se caracteriza como *sub-rogatório e indireto (mediato)*, já que exige a invasão da esfera jurídica do demandado mediante a apreensão, a expropriação e o conseqüente pagamento do crédito.^{47 48}

A tutela condenatória adota técnica de tutela *típica, única ou fechada*, pois a efetiva obtenção do bem da vida pretendido somente pode ocorrer pela expropriação de bens.

A expropriação, propriamente dita, pode se dar por adjudicação, alienação (particular ou pública), usufruto de bens (art. 647, I a IV), ou ainda, desconto em folha de pagamento (art. 734), de modo que o procedimento pode variar sem, contudo, alterar sua natureza de meio sub-rogatório indireto de tutela jurisdicional de direitos.

O CPC identifica os diferentes meios de realização do método expropriatório, contidos nos quatro incisos do art. 647, com o meio de conclusão da técnica, ao prever que o pagamento ao credor se fará pela entrega do dinheiro, pela adjudicação dos bens

⁴⁷ Explicitamente no mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., v. 1, p. 301. Semelhantemente, Araken de Assis assevera que: “Quando os atos de execução, por força do direito material, realizam-se no patrimônio do vencido, e, não, no do vencedor, a sentença tem natureza condenatória (efeito executivo diferido)”, ob. cit., n. 3.5, p. 88. Todavia, o autor entende parecer arbitrário restringir a tutela condenatória às prestações pecuniárias, ob. cit., n. 3.3, p. 84.

⁴⁸ Há autores que diferenciam as fases da execução para pagamento de quantia certa, v.g., Castro Mendes apontando: *demanda*, em atenção ao princípio dispositivo (efetivamente, mesmo com o procedimento híbrido do CPC brasileiro, exige-se requerimento para dar início à fase ou etapa executiva *ex vi* do art. 475-J, *caput*, c.c. o seu §5º), *penhora, venda coativa, e, pagamento ao credor, Ação Executiva*, p. 43.

penhorados ou, por último, pelo usufruto de bens móveis ou imóveis (art. 708⁴⁹). A satisfação da pretensão do exequente, com o seu pagamento, é feita pela entrega do dinheiro, quando a conclusão da expropriação é feita por meio da alienação ou usufruto dos bens do devedor, ou pelo desconto em folha de pagamento, e pelo seu equivalente em bens apreendidos do devedor, quando o demandante requerer-lhes a adjudicação (arts. 685-A e 685-B c.c. 708, II, do CPC).

Não é demais recordar que, segundo nossa conceituação, a tutela jurisdicional corresponde à efetiva proteção do direito lamentado. Assim, a tutela condenatória, analisada segundo o critério da eficácia, é considerada conforme o método utilizado para a satisfação da pretensão deduzida. Além disso, considerando a atividade desenvolvida pelo órgão judicial, a tutela pode ser cognitiva ou executiva. Logo, em que pese tratar-se de *atividade* jurisdicional executiva utilizando-se, assim, de um método sub-rogatório para a satisfação do direito, independentemente da conduta do demandado, sua *eficácia* é mediata, uma vez que exige um procedimento dilargado, com a prática de diversos atos processuais, os quais podem variar consoante o tipo de expropriação, até consecução do bem da vida.

8.2 – Tutela Executiva

A primeira fase da reforma processual, nos idos da década de 90, colocou em evidência a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, conforme a redação dada ao art. 461 pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. O legislador teve em mira a obtenção de tutela específica da obrigação, ou o resultado prático equivalente ao seu adimplemento, utilizando-se de um processo híbrido dotado de meios coercitivos (461, §4º) e antecipação da tutela pretendida (461, §3º). Neste contexto falava-se em tutela executiva *lato sensu*, destacando-se que a satisfação da pretensão era obtida por uma

⁴⁹ Note-se que o art. 708 não foi adaptado à nova norma do art. 647, IV, do CPC, que expressamente autoriza o usufruto de bem móvel, interpretação já adotada anteriormente na doutrina, continuando a falar em usufruto de imóvel ou empresa. A nova Subseção IV (da Seção II, do Capítulo IV, do Título II, do Livro II), já traz a rubrica “Do Usufruto de Móvel ou Imóvel”, estando seus dispositivos atualizados. O que o Código mantém válido é o usufruto de empresa, como fase do pagamento ao credor, conclusiva da expropriação, quando aquela tiver sido objeto de penhora (art. 726, c.c. arts. 677 e 678), que não há que se confundir com a penhora de rendimentos da empresa, cf. Araken de Assis, ob. cit., n. 249, pp. 652/3.

técnica direta, imediata, dispensando-se um processo subsequente de execução, como ocorria com a tutela das obrigações de pagar quantia. A *tutela executiva lato sensu* definia-se pela possibilidade de obtenção da prestação específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação, por intermédio de medidas necessárias determinadas pelo juiz e realizadas por auxiliares da Justiça ou terceiros, independentemente de qualquer atividade do demandado (técnica sub-rogatória imediata ou direta).⁵⁰

Excepcionalmente, a tutela específica é convertida em perdas e danos (ou seja, pagamento de dinheiro, correspondendo à uma tutela genérica, em contraposição à especificidade do pedido), somente quando aquela não pudesse ser obtida por se ter tornado impossível seu atingimento (impossibilidade jurídica ou fática, dependente ou não de conduta do devedor), ou, se assim o desejasse o demandante (art. 461, §1º).

O uso da expressão ‘execução *lato sensu*’, além de consagrado na doutrina e jurisprudência, visava diferenciar o processo híbrido, cuja tutela era imediata à prolação da sentença, do binômio conhecimento-execução. Esta distinção já não se faz mais necessária ao se ter fechado o círculo dos direitos à uma prestação deduzíveis todos por meio de processo híbrido, com a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, disciplinando as obrigações de pagar quantia nos art. 475-I e seguintes do CPC (anteriormente, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, já havia estabelecido o processo híbrido para as obrigações de entregar coisa ao inserir o art. 461-A no CPC). De tal sorte, o processo híbrido cederá espaço a um processo não-cognitivo, quando a prestação já estiver retratada em título executivo extrajudicial.

A tutela executiva se caracteriza pelo emprego de um método *sub-rogatório imediato* para obtenção do bem da vida. Ela não se confunde com a técnica da expropriação mediante a apreensão, expropriação propriamente dita de bens, e pagamento ao credor, denotando uma eficácia mediata, indireta de tutela jurisdicional. Não há a expropriação, mas sim, o *desapossamento de bens*, mediante apreensão física e imediata de bens que estão no patrimônio do devedor, contudo, reconhecidos como

⁵⁰ Cf. o nosso, *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva ‘lato sensu’ nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02*, p. 196.

pertencentes ao credor.⁵¹ Neste sentido, Pontes de Miranda afirma: “A sentença favorável nas ações executivas retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante.”⁵²

Verifica-se, desde logo, que a tutela executiva é vocacionada à satisfação de obrigações de entregar coisa. Com efeito, as normas contidas no art. 461-A, *caput* e §3º, estabelecem para o processo híbrido, que o juiz ao conceder a tutela específica fixará prazo para a entrega da coisa, e não sendo a obrigação cumprida dentro do prazo, expedirá mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. Observadas as peculiaridades do processo não-cognitivo, dispositivos com conteúdos idênticos são encontrados nos arts. 621 e 625, do CPC.⁵³ A eficácia da tutela para entrega de coisa é *sub-rogatória*, pois independe e atua até contra a conduta do demandado, e *imediata*, o objeto da pretensão é alcançável imediatamente por meio de mandado judicial que transfere sua posse (e propriedade, em sendo o caso) ao demandante.

No tocante às obrigações de fazer e não fazer, a doutrina tradicional assevera que a sua execução forçada é realizada por um meio que denomina de *transformação*.⁵⁴ Rigorosamente, o que é efetivamente transformada é a obrigação existente entre o credor e o devedor. O direito à uma prestação (específica) de fazer ou de não fazer é transformado em um direito à uma prestação (genérica) de pagar quantia, a ser satisfeita mediante a técnica da expropriação de bens do devedor. *O devedor demandado a fazer ou a não fazer algo, em verdade, nada realiza, sendo a prestação obtida de um terceiro*

⁵¹ Cf. Bueno, ob. cit., v. 1, p. 305.

⁵² Ob. cit., § 38, p. 212. Reforça Araken de Assis, apontando que: “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 (...), na ação que nasce com simples efeito executivo (eficácia mediata ou diferida), o ato executivo recairá sobre bem integrante do patrimônio do ... vencido”, ob. cit., n. 3.5, p. 87.

⁵³ A principal diferença entre os diferentes processos está na técnica de apresentação de resistência do demandado: enquanto no processo híbrido ela é feita por meio de contestação (ou outra resposta do réu cabível no caso), no processo não-cognitivo ela se dá por meio de embargos do devedor. Os arts. 621 e 622 não foram adaptados às regras do art. 736, que permite a oposição dos embargos, independentemente de garantia do juízo, que surge como requisito para eventual deferimento de efeito suspensivo pelo juiz (art. 739-A, e §1º).

⁵⁴ Cf. Carnelutti, *Instituições*, n. 38, pp. 59/60, e nn. 735 a 740, pp. 573/5; Enrico Allorio, *Problemas de Derecho Procesal*, pp. 196/7.

*ou realizada pelo próprio credor, cujas despesas são impostas ao devedor, contudo, sendo adiantadas pelo credor.*⁵⁵ A eficácia da tutela, como a efetiva proteção do direito do demandante, é condenatória, uma vez que o demandante somente estará integralmente satisfeito após o pagamento pelo demandado da quantia correspondente aos custos do fazer ou não fazer (art. 634, parágrafo único, do CPC).⁵⁶

Em acréscimo, a transformação somente pode ser requerida em se tratando de obrigação *fungível*, onde o que interessa é o resultado da prestação (de fazer ou não fazer) e não a pessoa que a realiza. Este o teor do art. 634, *caput*, do CPC, que prescreve “se o fato puder ser realizado por terceiro (...)”.⁵⁷ Em se tratando de obrigações infungíveis, como por exemplo, um não fazer que corresponda à uma abstenção ou tolerância de conduta, jamais poderá ser realizado por terceiros. Nestas últimas hipóteses, a tutela jurisdicional para proteção do direito adota outra técnica, resultando na eficácia *mandamental*.

Analisada sob o aspecto da tipicidade de técnica empregada, observamos que a tutela executiva é *variável, aberta, ou atípica*. O §5º, do art. 461, aplicável às prestações de fazer ou não fazer, estendível às prestações de entregar coisa, por força do art. 461-A, §3º, estabelece que para “a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar 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, se necessário com requisição de força policial”. Esta “medidas necessárias” são as chamadas *medidas de apoio* ou *inominadas*.

Logo, sempre que adotadas medidas de apoio que empreguem técnica *subrogatória direta*, v.g., remoção de pessoas, seqüestro de dinheiro (art. 731, do CPC),

⁵⁵ O art. 249, parágrafo único, do Código Civil, autoriza, em casos de urgência, que o credor, independente de autorização judicial, execute ou mande executar a prestação de fazer, sendo posteriormente ressarcido pelo devedor. Idêntica previsão contém o art. 251, parágrafo único, do CC, em relação à prestação de obrigação de não fazer que exige uma prestação positiva, ou seja, um desfazimento daquilo que, por lei ou convenção, estava o devedor impedido de realizar.

⁵⁶ O procedimento da transformação vem disciplinado nos arts. 632 a 645, e foi bastante simplificado pela Lei nº 11.382/06. Sua aplicação é subsidiária ao processo híbrido do art. 461, por força do art. 644, ambos do CPC.

⁵⁷ No mesmo sentido, o art. 249, *caput*, do Código Civil.

intervenção judicial (arts. 69 a 78, da Lei nº 8.884, de 11.06.1994), para a *satisfação imediata* da pretensão do vencedor, estaremos diante da tutela executiva.

8.3 – Tutela Mandamental

Desde a concepção da ação mandamental por George Kuttner (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 1914) na Alemanha, diferentes formulações sobre sua natureza têm surgido alhures e no Brasil.⁵⁸

Principiamos, destarte, apontando que, para nós, a *tutela mandamental* caracteriza-se por uma ordem expedida pelo juiz, determinando a observância de uma dada conduta, reforçada por uma medida coercitiva pecuniária, ou restritiva de liberdade ou de conduta, respeitados os permissivos constitucionais (art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal), que devem vigorar até que o demandado cumpra a determinação judicial, ou que esta não possa mais ser cumprida, por motivos a ele atribuíveis ou não.

Enquanto a tutela executiva emprega técnica *sub-rogatória direta*, com satisfação *imediata* da pretensão por meio de atos reais de invasão da esfera jurídica do demandado, determinados pelo juiz e independentemente ou até contra a vontade do demandado, a eficácia da tutela mandamental se revela pelo *método de coerção* do demandado para o cumprimento da ordem judicial de uma prestação de fazer ou não fazer (abstenção, tolerância ou permissão de condutas) ou de uma prestação de entregar coisa.⁵⁹

A peculiaridade das medidas coercitivas está no fato de que elas cessam assim que o devedor cumpre com a prestação devida, todavia, a sujeição do devedor até o exaurimento da coação não o exime de cumprir a obrigação imposta judicialmente. Assim, por exemplo, o esgotamento do prazo de restrição de liberdade não dispensa a o

⁵⁸ Como representantes expressivos, ver Goldschmidt, ob. cit., p. 113 e ss; Pontes de Miranda, ob. cit., T. VI; Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 333 e ss.

⁵⁹ A técnica processual mandamental é amplamente adotada nos Estados Unidos por meio do instituto do *contempt power*, cf. Owen Fiss e Doug Rendleman, *Injunctions*, p. 831 e ss.; Friedenthal-Kane-Miller, *Civil Procedure*, p. 731 e ss; Dobbs, ob. Cit., *passim*. No direito continental europeu, verifica-se sua aplicação, entre outros ordenamentos, na Alemanha, nos §§ 888 e 890, da ZPO, em Portugal, no art. 829-A, do Código Civil, e na Espanha, nos arts. 709 a 711, da Ley de Enjuiciamiento Civil.

pagamento da pensão alimentícia, do mesmo modo que, o demandado não está desobrigado de pagar o valor correspondente à coerção pecuniária, pelo período que ela perdurou até o efetivo cumprimento de uma obrigação de fazer. O fato de a prestação devida ter se tornada impossível de ser obtida, quer em virtude de conduta do próprio devedor, quer por fato a ele alheio, impede a realização da tutela específica, de modo que a satisfação do demandante deverá ser feita por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro, derivada da liquidação das perdas e dos danos sofridos.

Os meios coercitivos da tutela mandamental se apresentam como: (i) pecuniários; ou, (ii) restritivos de liberdade ou de conduta. No primeiro grupo surge a multa coercitiva, cujos imponibilidade, valor e periodicidade são balizados pelo juiz dentro de um critério de operacionalidade, significa dizer, de forma que sejam adequadas para compelir o demandado a cumprir a ordem judicial. No segundo grupo, podem ser apontadas: a denominada prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF), e a proibição de falar nos autos até a purgação do atentado (art. 881, do CPC).

Neste passo, outras multas previstas em lei, despidas destas características de operacionalidade e flexibilidade, elementos fundamentais da técnica de coação, não se configuram como dotadas de eficácia mandamental. É o que ocorre com a nova multa prevista no art. 475-J, do CPC. Realmente, o réu que deixa de efetuar o pagamento de quantia, transitada em julgado a decisão que a reconheceu como exigível, sofre uma sanção pecuniária, no valor correspondente a 10% da obrigação inadimplida. Todavia, a efetiva obtenção do bem da vida (o dinheiro devido, acrescido da multa) somente será alcançada por meio de uma tutela condenatória, resultante da aplicação do método processual de expropriação de bens. Em que pese todo sancionamento à uma conduta exigível, conter um componente pedagógico para induzir ao seu cumprimento, a natureza da multa em apreço é sancionatória, uma vez que não contém os elementos acima apontados para se afigurar como medida coercitiva.⁶⁰

No particular das obrigações de pagar quantia, fundadas em prestações alimentícias, o demandante poderá optar por diferentes eficácias da tutela jurisdicional. Todavia, cada uma das espécies de tutela jurisdicional adota um procedimento diferente.

⁶⁰ Igualmente, Bueno, ob. cit., v. 1, p. 302, e, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, pp. 94 a 103. Contra, entendendo tratar-se de multa coercitiva, Wambier, ob. cit., p. 41.

Para a tutela mandamental, que impõe restrição de liberdade ao demandado, deve ser adotado o procedimento previsto no art. 733, do CPC.⁶¹ Além disso, o demandante tem esta opção limitada pela jurisprudência assentada do Superior Tribunal de Justiça, conforme o verbete nº 309 de sua Súmula: “O débito alimentar, que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Logo, prestações alimentícias vencidas há mais tempo não podem ser satisfeitas por meio da tutela mandamental.

Outrossim, para a tutela condenatória segue-se o rito da expropriação de bens, quer ela se realize por meio de desconto em folha de pagamento, quer por alienação de bens do devedor. Por estar calcado no princípio da menor onerosidade da execução (art. 620, do CPC), nada impede que o demandante, que tenha formulado pretensão à tutela mandamental, dela desista e prossiga no mesmo processo buscando obter uma tutela condenatória. O contrário é inviável exatamente pela maior gravidade da medida coercitiva, que exige um procedimento diferenciado em atenção ao princípio do devido processo legal.⁶²

A tutela mandamental também se apresenta como técnica *atípica* de proteção de direitos, tanto pela flexibilidade necessária para tornar operativa a sanção pecuniária⁶³, quanto por uma certa *fungibilidade subsidiária* em relação à tutela executiva, sem a exigência de diferentes procedimentos para tanto. Não satisfeita a prestação específica pela tutela executiva, poderá o juiz aplicar, de ofício ou mediante requerimento, a tutela mandamental, dentro do mesmo procedimento. É a peculiaridade dos direitos a entrega de coisa ou de fazer e não fazer que permite este *trânsito* entre as eficácias mandamental e executiva da tutela jurisdicional.

Vejamos, como exemplo, que a eficácia preponderante da tutela do direito a entrega de coisa, como já afirmado, é executiva, por meio da expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse (art. 461-A, §2º, e art. 625). Nada impede,

⁶¹ Inclusive por remissão expressa do art. 18, da Lei nº 5.478, de 25.07.1968, quando fundados na Lei de Alimentos.

⁶² Igualmente, Araken de Assis, ob. cit., n. 408.2, p.929.

⁶³ Neste sentido, Bueno, *Curso*, v. 1, p. 307.

contudo, que não localizada a coisa móvel, imponha o juiz uma multa diária ao demandado para que a entregue (arts. 461-A, §3º, c.c. 461, §§ 4º e 6º, e art. 621, parágrafo único). Apesar de soar mais incomum, exatamente por causa de sua menor eficácia, havendo um pedido de entrega de coisa móvel, mediante a aplicação de multa diária, e esta se revelando ineficiente, estará o juiz autorizado a expedir mandado de busca e apreensão para tentativa de localização do bem.

A norma do art. 461, do CPC, é uma *diretriz basilar, via geral* ou *norma geral*, tendo aplicação nos processos híbridos para satisfação de obrigações de fazer ou não fazer, e também de entregar coisa consoante previsão do art. 461-A, §3º. Assim, a tutela mandamental, mediante a técnica coercitiva pecuniária, incidirá em ambas as espécies de prestações. Acrescente-se que a multa coercitiva está também expressamente estipulada para os processos não-cognitivos para entrega de coisa (art. 621, parágrafo único), e para obrigações de fazer ou não fazer (art. 645).

9. Conclusão

Para concluir, vamos apontar os principais enunciados que decorreram do raciocínio desenvolvido no presente ensaio.

Primeiramente, verificamos que os direitos subjetivos são divididos em duas categorias: a) direitos potestativos; e, b) direitos à uma prestação.

Em seguida, definimos a tutela jurisdicional como o resultado da atividade jurisdicional, que satisfaz o titular do direito, mediante um dado método processual.

Em terceiro lugar, destacamos que considerando o direito subjetivo a ser tutelado, varia a eficácia da tutela jurisdicional e seu método de realização.

Em quarto lugar, realizando uma primeira aproximação, apontamos que os direitos potestativos são protegidos por uma tutela satisfativa, enquanto que para os direitos à uma prestação a tutela jurisdicional é não-satisfativa.

Posteriormente, constatamos que aos direitos potestativos correspondem duas eficácias da tutela jurisdicional: declaratória e constitutiva.

Por último, vimos que as eficácias condenatória, executiva e mandamental da tutela jurisdicional empregam métodos diferentes para a realização do direito subjetivo,

e que, em regra, as prestações de pagar quantia são satisfeitas pela primeira, enquanto que as prestações de entregar coisa e de fazer e não fazer são obtidas tanto pela tutela executiva, quanto pela tutela mandamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América S.A., 1963. Tomo II.
- ALVES, Jones Figueiredo. *A Execução de Alimentos em Face da Lei nº 11.232/05 e da Legislação Conexa. Considerações Pontuais e Convergentes*. In, *Execução Civil e Cumprimento de Sentença* (Coord. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura). São Paulo: Método, 2006. Volume 2, p. 273-289.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARRUDA ALVIM NETTO. José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007. Vol. 1.
- _____, *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2006. Vol. 2.
- _____, *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1971. Volume I.
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____, A Nova Definição de Sentença (Lei nº 11.232). *Revista Dialética de Direito Processual* São Paulo: Oliveira Rocha, nº 39, jun/2006 p. 78-85.
- _____, *O novo Código Civil e o Direito Processual*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 364, [], p. 181-193.
- _____, *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*. In, *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215-241.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Nova Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.
- _____, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol. 3.
- _____, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 1.
- BINI, Edson. *Institutas do Imperador Justiniano*. Bauru: Edipro, 2001.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. (coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936. Vol. I.
- _____, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Barcelona: Bosch, 1942.
- CASTRO MENDES, João. *Acção Executiva*. [], Edição AAFDL, 1980.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Edição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1942. Volume I.
- DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT, 1986.
- _____, *Tutela Jurisdicional*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 81, jan/mar, 1996, p. 54-81.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2.
- DOBBS, Dan B. *Law of Remedies*. St. Paul: West Publishing Co., 1993.
- FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FISS, Owen M. RENDLEMAN, Doug. *Injunctions*. 2nd Ed. New York: The Foundation Press, Inc., 1984.
- FRIEDENTHAL, Jack H. KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. 3RD Ed. *Civil Procedure*. St. Paul: West Group. 1999.
- FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. Volume 3.
- GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Volume 3.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cumprimento da Sentença*. In, *Execução Civil e Cumprimento da Sentença* (coord. Gilberto G. Bruschi). São Paulo: Método, 2006, p. 13-20.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002.
- KISCH, W. *Elementos de Derecho Procesal Civi*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.
- LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Biblioteca Juridica Diké, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957. Vol. I.
- _____, *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.
- LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª Ed. São Paulo: RT, 1990.
- MICHAELIS: *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970. Volume I.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 2.
- NERY Júnior, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2007.
- PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973. Tomo I.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª Ed., 2004. Vol. I.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970. Tomo I.
- _____, *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. Tomo I.

- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 2.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva 'Lato Sensu'*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____, *Notas sobre as tutelas mandamental e executiva 'lato sensu' nas Leis nº 10.358/01 e 10.444/02*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 110, abr/jun, 2003, p. 196-224.
- _____, *A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 373, mai/jun, 2004, p. 449-458; e, Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 31, jan/mar, 2004, p. 163-176.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Volume 2.
- SATTA, Salvatore. PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 13ª Ed. Padova: Cedam, 2000.
- SCHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch, 1950.
- SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1998. V. 2.
- TELLES Júnior, Goffredo. *O Direito Quântico*. 5ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.
- TERRA, Marcelo. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. (coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. I.
- THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. II.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. 2.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues., *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2006.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 109, jan/mar/2003, p. 45-56.