

COLABORAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

COLLABORATION IN THE ENFORCEMENT OF THE JUDICIAL DECISION

Lívio Goellner Goron

*Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Público.
Procurador da Fazenda Nacional.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tutela nos planos material e processual; 1.1 Considerações sobre a relação entre direito material e tutela processual; 1.1.1 Primeiro modelo: a “ação de direito material” como pólo metodológico; 1.1.2 Segundo modelo: a “tutela” como pólo metodológico e a autonomia dos valores do processo; 1.2 Tutelas jurídicas no plano no direito material; 1.3 Tutelas jurídicas no plano do direito processual; 2 A atividade de concretização da

decisão da causa; 2.1 A “pessoalização” dos direitos, a universalização da sentença condenatória e sua superação; 2.2 Decisões auto-suficientes e não-auto-suficientes; 2.3 A atividade material do juízo: sua “jurisdicionalização” e “constitucionalização”; 3 Colaboração na concretização da decisão da causa; 3.1 Escopo da colaboração no âmbito da atividade material do juízo; 3.2 Colaboração na efetivação da tutela mandamental; 3.3 Colaboração na efetivação da tutela executiva *lato sensu*; 3.4 Colaboração na efetivação da tutela executiva *stricto sensu*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A relação entre direito e processo é justificada a partir de diferentes posturas metodológicas, cada qual com sua ênfase específica, como as da *ação material* e da *tutela material*. A tutela material representa, na atualidade, o pólo metodológico mais adequado para explicitar esse vínculo. Embora inegável a influência do direito material sobre o processo, a escolha da tutela processual também é definida por valores processuais. Superada a generalização da tutela processual condenatória, está reconhecida pela doutrina a autonomia das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*. A atividade jurisdicional/material do juízo está plenamente constitucionalizada, recebendo um forte sentido cooperativo, que ilumina o impulso dos atos materiais e o controle da correção e da legitimidade da atividade jurisdicional. Essa concepção acarreta exigências específicas de colaboração das partes na efetivação das tutelas mandamental, executiva *lato sensu* e executiva *stricto sensu*.

PALAVRAS-CHAVE: Ação de direito material. Tutela material. Tutela processual. Pessoalização dos direitos. Concretização da decisão. Colaboração no processo. Processo cooperativo.

ABSTRACT: The relation between substantive law and process is explained from different methodological points of view. Each has its own emphasis, such as the “action in the substantive law” and the “substantive protection” The idea of a “substantive protection” represents the most appropriate methodological point of view to explain such relation. Although the influence of the substantive law in the judicial process is undebiable, the choice of the form of procedural protection is also defined by procedural values. Process Law has overcome the universalization of condemnatory judicial decisions (*condemnatio*) and recognized the

autonomy of injunctive and executive (*lato sensu*) decisions. The jurisdictional/material activity of the courts is entirely submitted to the Constitution, as has therefore assumed a strong cooperative sense, which illuminates the practice of material acts and the control of their correction and legitimacy. This requires the specific collaboration of the parties in the enforcement of injunctive and executive (*lato sensu* and *stricto sensu*) decisions.

KEYWORDS: Action in the substantive law. Substantive protection. Procedural protection. Personalization of rights. Enforcement of the decision. Collaboration in the judicial process. Cooperative process.

INTRODUÇÃO

A idéia de uma concepção cooperativa do processo civil – tema que começa a inspirar relevante produção científica na doutrina brasileira¹ – suscita um olhar renovado sobre os institutos processuais, um ponto de vista que considere os aportes teóricos da fase metodológica atual da ciência processual. O presente artigo pretende dar conta de alguns aspectos da *cooperação na concretização da decisão da causa*, isto é, na atividade material que se segue, *ex intervallo*, aos provimentos mandamentais e executivos (*lato sensu*), e, em fase subsequente do processo, às decisões condenatórias. Para tanto, serão inicialmente dispostas noções sobre a relação entre direito material e tutela processual, expondo-se dois modelos teóricos distintos que pretendem iluminar essa vinculação (centrados, respectivamente, nos núcleos da “ação material” e da “tutela”). A seguir, serão examinadas, sucintamente, as existentes formas de tutela material e processual, e explicitado o persistente fenômeno da universalização das sentenças condenatórias, que denota compromisso com alguns pressupostos ideológicos largamente superados.

Estabelecidas essas premissas, tratar-se-á da atividade material propriamente dita da concretização da decisão da causa, apontando sua relação com o *modelo constitucional do processo civil* e abordando as formas de tutela que implicam na prática de atos materiais. O objeto é investigar as consequências de uma visão cooperativa de tal atividade – tanto no que respeita à *efetividade* da tutela dispensada no processo, como no que se refere ao controle da *legítima atuação* do órgão judiciário.

¹ Indica-se, por todas, a obra de Daniel Mitidiero – *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 –, que, a par do exame aprofundado da cooperação em todo o procedimento processual civil, apóia-se em farta bibliografia sobre o tema.

1 TUTELA NO PLANOS MATERIAL E PROCESSUAL

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E TUTELA PROCESSUAL

Se a escola processual italiana do início do século XX teve um mérito inegável, este foi o de buscar reconstruir o processo em base publicísticas, emprestando-lhe autonomia e dignidade científica. No entanto, tal desiderato afastou perigosamente os processualistas de seus compromissos com as necessidades do direito material². A elaboração teórica da ação abstrata, paradigma desse projeto autonomista, criou uma perigosa cisão entre direito material e processo, colaborando para formar a convicção – hoje sabidamente equivocada – de que a tutela jurisdicional pode assumir uma forma única e neutra, indiferente aos interesses substanciais³. A fórmula da ação processual uma e abstrata representou um traumático rompimento com a diferenciação e adequação das tutelas ao direito material⁴. No procedimento ordinário, caracterizado pela cognição plenária (no plano horizontal) e exauriente (no plano vertical), encontra-se o modelo dessa tutela *indeferenciada*, supostamente apta a enfrentar todas as possíveis crises do direito substancial.

Boa parte do esforço da ciência processual civil nos últimos 50 anos dirigiu-se à desconstrução desse “paradigma da ordinariedade” e do mito da unidade dos procedimentos judiciais. Na tônica contemporânea a proposta é a edificação de procedimentos informados pelo direito material⁵, capacitados para assegurar a tutela efetiva dos direitos. Esse novo modelo envolve a compreensão de que o processo não se limita a receber influência do direito material, mas interfere no campo normativo substancial, de maneira por vezes decisiva. É o

2 MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos In: *Polêmica sobre a ação*: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 209.

3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

4 Ovídio Baptista da Silva sublinha a contradição inerente ao discurso dos cultores dessa fase metodológica da ciência processual: “ninguém se questiona como a ‘ação’ processual, que eles concebem como sendo uma e abstrata, poderia ter conteúdo declaratório, ou constitutivo ou condenatório, sem tornar-se ‘azioni della tradizione civilistica’. O prodígio de alguma coisa que, não tendo substância, por ser igual a si mesma, e a todos indistintamente concedida, possa ser declaratória, constitutiva ou condenatória é uma contradição lógica que não chega a ofender a racionalidade dos juristas que lidam com processo.” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 179).

5 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 47.

que se verifica, por exemplo, quando o processo, por deficiência de seu instrumental, não permite a realização plena da tutela prometida pelo direito material, “amputando”, por assim dizer, o próprio direito substancial. A consideração não é puramente teórica⁶, bastando recordar a inexistência, no processo civil brasileiro, até época recente, de técnicas adequadas para concretizar a tutela mandamental, o que resultou no virtual apagamento das tutelas (de direito material) inibitórias do horizonte do direito material.

Respondendo à necessidade de uma reelaboração do vínculo entre o direito material e as tutelas fornecidas pelo processo, a teoria processual, na sua etapa metodológica contemporânea, preocupada com a atuação dos direitos fundamentais no âmbito do processo – fase que recebeu da doutrina denominações diversas, como “neoprocessualismo” e “formalismo-valorativo”⁷ – propõe diferentes abordagens para o problema, cumprindo, pois, na seqüência, identificá-las e caracterizá-las.

1.1.1 PRIMEIRO MODELO: A “AÇÃO DE DIREITO MATERIAL” COMO PÓLO METODOLÓGICO

A teoria da “ação de direito material” remonta uma concepção da ciência jurídica que pretendia fundar a ação no direito subjetivo: vincula-se à escola da *Zivilprozesstheorie* (1800-1850) e projetou seus efeitos sobre a Escola Histórica, encontrando em Savigny (1841) um teórico exponencial da noção de ação de direito material⁸. No Brasil, a concepção de que ora se trata, defendendo que a construção do procedimento processual deve como norte a noção da “ação de direito material”, pode ser reconduzida, claramente, a Pontes de Miranda⁹. Para a teoria em questão a ação de direito material está inserida numa cadeia lógica causal, que se inicia com o direito subjetivo, transita pela pretensão e deságua na ação (material)¹⁰.

6 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 122.

7 O formalismo-valorativo coincide em muitos de seus pontos com a visão instrumentalista, que o antecedeu, mas sua especificidade, além de uma consideração acentuada pelo valor dos direitos fundamentais, está em ver no núcleo do fenômeno processual o conflito entre efetividade e segurança, sem que a nenhum destes caiba, isoladamente, a posição de “sol que ilumina todo o sistema processual”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21).

8 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação*: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 295.

9 MITIDIERO, 2004, p. 110.

10 MITIDIERO, 2004, p. 96.

A pretensão material é concebida a partir da noção de direito subjetivo. Quando a vantagem encerrada pelo direito deixa de ser atendida, seu titular investe-se do poder de exigí-la, residindo justamente nesse *poder*, ou *faculdade*, a pretensão material. A pretensão não constitui um novo direito subjetivo, porém um estado especial, uma virtualidade da qual passa a se revestir aquele direito¹¹. O exercício da pretensão reclama do titular o desempenho de um certo comportamento ativo – exigir de alguém uma determinada pretensão –, mas que ainda não representa o agir para satisfação¹².

Uma vez frustrada a tentativa de exercer a pretensão, nasce do direito outra potencialidade: a ação. A ação, no plano do direito material, consiste na faculdade do titular de reagir contra sua violação ou ameaça de violação¹³. Trata-se, então, do “agir para a realização do direito”, independentemente da vontade ou do comportamento do devedor¹⁴. A teoria da ação de direito material, cumpre assinalar, reconhece a existência de situações jurídicas subjetivas que não obedecem à estrutura da referida cadeia lógica. Os direitos potestativos, por exemplo, não originam pretensão, embora deles possa nascer ação de direito material. Também inexistiria, segundo a correspondente doutrina, ação de direito material à condenação¹⁵.

Segundo essa teoria dualista da ação, a teoria civilista não estava errada, pois aquilo que se compreende por teoria civilista da ação constituiria uma *correta representação da ação de direito material*, em lugar de uma compreensão equivocada da ação processual¹⁶. Assim, a teoria dualista reconhece valia à noção da ação de direito material, vislumbrando nessa “ação” – entre aspas, para distingui-la da abstrata ação processual – um elemento prévio e indispensável, no plano do direito material, para que seja proferida uma sentença de procedência. Concebe, portanto, duas ações, uma de direito material e outra de direito

11 MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 112.

12 MITIDIERO, 2004, p. 113.

13 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito material e processo*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61, 2006.

14 MITIDIERO, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 113.

15 MITIDIERO, 2004, p. 102.

16 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito material e processo*. In: Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

processual, justificando, assim, o adjetivo “dualista” que lhe é aposto¹⁷. Segundo essa concepção a ação de direito material não se confunde com o direito à tutela processual. Um e outro operam em planos distintos¹⁸. Na atualidade, com a proibição quase completa da auto-tutela, exerce-se ação de direito material, segundo tais autores, invocando essa ação em juízo, ou seja, na ação processual¹⁹.

A doutrina da teoria dualista concebe uma ligação entre as eficácias expressas nas sentenças de procedência e as ações de direito material que o processo recebe como um pressuposto. A pretensa autonomia do direito processual não lhe permite transformar a seu bel prazer as realidades do direito material, como se fosse possível, por exemplo, transformar uma ação de divórcio – de notória natureza constitutiva – em ação executiva ou mandamental²⁰. O processo, ao receber os direitos subjetivos, as pretensões e as ações de direito material, está obrigado a tratar essas posições segundo as eficácias específicas dadas pelo direito material²¹.

A teoria dualista, criticando a concepção contrária, que nega toda utilidade à idéia da ação de direito material, acusa-a de não poder explicar como nascem as diferentes eficácias das sentenças e como se elas se distinguem entre si. Enfim: as tutelas processuais não poderiam se diferenciar por outro elemento que não uma faculdade do direito material²². Daí a defesa do caráter indispensável da ação material.

1.1.2 SEGUNDO MODELO: A “TUTELA” COMO PÓLO METODOLÓGICO E A AUTONOMIA DOS VALORES DO PROCESSO

A doutrina que nega a formulação baseada na ação de direito material considera que ela não identifica adequadamente a relação entre o direito material e o processo. Essa doutrina observa que somente existe ação de direito material naqueles raros casos remanescentes no sistema

17 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210.

18 MITIDIERO, 2004, p. 93.

19 MITIDIERO, 2005, p. 113.

20 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito material e processo*. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 68.

21 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 180.

22 SILVA, 2006, p. 73.

em que o titular pode agir para a satisfação do direito sem a necessidade do processo²³. Fora daí, a ação de direito material seria inteiramente supérflua, já que não poderia ser exercida de maneira autônoma. Sob outro ângulo, a crítica endereçada à teoria da ação de direito material entende-a fadada ao fracasso por não levar em consideração a natureza incerta do direito litigioso discutido no processo. A ação de direito material, como parte do direito material deduzido em juízo, estaria submetida a essa mesma incerteza, não podendo, assim, condicionar, por si só, o futuro conteúdo da sentença. Aponta-se, além disso, que a teoria dualista tem feição privatística, uma vez que coloca acento demasiado no plano do direito material, desconsiderando os valores próprios do plano processual e a força imperativa da sentença judicial²⁴. Indica-se, por fim, a inadequação do conceito de ação de direito material para explicitar o que ocorre quando interesses difusos são discutidos em juízo, eis que a própria categoria do direito subjetivo parece pouco apropriada ao tratamento da questão. Enquanto se pode afirmar que todos têm direito à tutela de interesses difusos, ninguém, individualmente considerado, teria pretensão ou ação de direito material contra o ofensor²⁵.

Em síntese, não haveria como conceber uma vinculação prévia da tutela processual a uma tutela material anterior. Uma das razões para tanto é que o direito material ingressa no processo como uma hipótese (*in status assertionis*). Frente à incerteza desse direito afirmado, não faria sentido, notadamente em sociedades complexas, pressupor uma ação material determinada antes do início do processo. Aliás, afirma-se também que de uma mesma situação de direito material podem surgir, plasticamente, várias tutelas processuais possíveis, traduzindo-se em diversas eficácias voltadas para a efetividade da tutela.

A crítica à teoria dualista, acima desenhada, aborda aspectos bastante relevantes sobre a relação entre direito e processo. Embora seja verdade que a tutela prestada pelo juiz está apoiada no plano do direito material, é preciso admitir que seus efeitos, em bom número de casos, são diversos dos contidos no plano substancial, pois a decisão judicial é marcada pelos atributos da soberania, que corresponde à

23 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 106.

24 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 248.

própria autonomia do direito processual em face do direito material²⁶. Evidentemente, o direito material exerce grande influência sobre a forma de tutela processual. Existe, invariavelmente, uma relação de adequação entre o modo como é (ou pode ser) efetivado o direito material e os meios empregados pelo processo²⁷. Todavia, a escolha da tutela processual não é definida, exclusivamente, pelo conteúdo do direito material, havendo fatores próprios do plano processual que interferem na questão²⁸. Assim, além dos valores em jogo, do direito material envolvido e do caso concreto, outros elementos – a exemplo dos princípios da efetividade e da segurança e do princípio da demanda, ou dispositivo em sentido material – incidem na escolha das diferentes formas e técnicas de tutela no plano processual²⁹.

O processo apresenta caráter publicístico e força própria na conformação das tutelas jurisdicionais. A situação de direito material afirmada no processo é um dado relevante para a solução jurisdicional, porém não a condiciona inteiramente. Aceitar de forma incondicional a teoria da ação de direito material, como principal núcleo metodológico da questão, significa, sob certo aspecto, colocar em segundo plano o valor inerente do processo, que projeta seus efeitos sobre as situações jurídicas materiais, por força da soberania do Estado e da legitimação dada pelo procedimento em contraditório³⁰. Um exemplo claro reside na tutela condenatória, que propicia a realização, *ex intervallo*, da atividade de concretização da decisão. Tal espécie de tutela relacionada às obrigações pecuniárias nasce de um valor caracteristicamente processual, o princípio da segurança, que inspira a adoção dessa solução em virtude do fato de que a expropriação incide sobre bens que estão colocados *legitimamente* no patrimônio do devedor. Desta forma, o princípio da segurança reclama a estruturação do processo em

26 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89-90.

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 310. Conforme acentua Michele Taruffo, a conexão entre situações de direito material e técnicas de tutela está na base de um princípio de adequação, que vincula a atuação executiva do Poder Judiciário às necessidades específicas do caso concreto (A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 72-97, jul-set/1990. p. 78).

28 OLIVEIRA, 2008, p. 137.

29 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

30 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

bases que revistam de maior formalidade a atividade expropriatória, em atenção ao direito fundamental de defesa do executado. Poderia o emprego da tutela executiva *lato sensu* justificar-se, nesse cenário, por considerações restritas ao plano do direito material, mas cede passo pela consideração dos valores do processo³¹. Mesmo um autor firmemente comprometido com a teoria dualista, como Ovídio Baptista da Silva, ao negar a existência da ação de direito material condenatória, ao mesmo tempo em que admite a sentença condenatória como categoria própria, debitando-a a uma *criação puramente processual*³², acaba por reconhecer, em alguma medida, essa realidade.

Em síntese, parece correto afirmar que a ação e a pretensão de direito material, conceitos outrora relevantes e de considerável valia, não são mais suficientes para explicar a relação entre direito e processo, mostrando-se mais adequado trabalhar com o conceito de “tutela”, que melhor se ajusta aos tempos atuais de constitucionalização do processo civil e de atuação dos direitos fundamentais³³. Verifica-se, na realidade, uma *confluência* de fatores materiais e processuais no processo. A tutela dispensada no processo leva em conta tanto os aspectos processuais, que convergem no pedido imediato, como os aspectos substanciais, condensados no pedido mediato (bem da vida), podendo-se daí concluir que a decisão judicial que aprecia o mérito *une o direito processual e o material*. Nessa decisão – na sentença ou no provimento antecipatório da tutela – reside a vinculação mais próxima entre esses planos que interagem entre si, vinculação que “possibilita a transição do processo no domínio da vida, do direito material”³⁴.

A despeito da controvérsia existente sobre o valor da ação de direito material para explicitar as relações entre direito e processo, uma compreensão que se generaliza é a de que *o direito material também contempla formas de tutela*³⁵. As tutelas prestadas pelas normas de direito material compõem, neste sentido, “tutelas normativas”, e assim sucedem

31 OLIVEIRA, 2008, p. 172.

32 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

33 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 61. Em sua crítica à teoria que prestigia a noção da “tutela”, Ovídio Baptista da Silva acentua o caráter “perigoso de tal concepção, que reduziria o processo a pira técnica, “instrumento vazio constituída por ‘formas de tutela” (*Curso de processo civil*. V. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46-47).

34 OLIVEIRA, 2008, p. 95-96.

35 MARINONI, 2008, p. 113.

à inobservância das normas que protege direitos subjetivos³⁶. *A idéia de tutela parece consistir, portanto, num valor capaz de permitir, ao menos num certo nível, o diálogo entre as duas concepções teóricas referenciadas neste capítulo*. A diferença que persiste entre essas teorias localiza-se, sobretudo, na *ênfase dada a cada um dos planos (material e processual)*. Os autores contrários à idéia da ação material atribuem às tutelas materiais um caráter abstrato, negando que elas integrem o “núcleo fisionômico” dos direitos subjetivos, por serem elementos exteriores à sua estrutura³⁷. Tais processualistas reconhecem, no entanto, a utilidade da identificação das tutelas de direitos no plano substancial, vendo nessa formulação uma “valiosa contribuição”. E admitem que essa teoria dá um passo importante ao preservar a autonomia das tutelas processuais e distingui-las como técnicas ou instrumentos para concretizar as tutelas dos direitos. Faltaria, unicamente, reconhecer a “potencialidade criativa” do processo, consubstanciada na eficácia substancial do processo, que o transforma em instrumento “potencializador do direito material”³⁸. De todo modo, *para essa doutrina a tônica continuaria residindo, como já era sua concepção anterior, no plano do processo*, haja vista que a tutela de direito material estaria prevista em abstrato no plano material e apenas seria concretizada depois de exercida a função jurisdicional, retornando então, de forma qualificada, à esfera do direito material, como uma autêntica tutela de direitos³⁹.

1.2 TUTELAS JURÍDICAS NO PLANO NO DIREITO MATERIAL

A organização das tutelas existentes no plano do direito material e do direito processual não tem caráter excludente. Trata-se de classificações essencialmente complementares, na medida em que as

36 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 288.

37 Idem, *ibidem*.

38 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

39 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 106. Para os adeptos da teoria dualista, por outro lado, a convicção com as tutelas substanciais é relativamente confortável, pois sempre defenderam a associação das eficácias processuais a elementos do direito material. A contribuição das tutelas materiais estaria na maior flexibilidade e atualidade do conceito, que permite estruturar uma relação menos esquemática entre direito e processo do que ocorre com a ação material. Para quem defende a teoria dualista da ação, o acento metodológico permanece sempre mais no plano material do que no processual.

formas de tutela consideradas nesses dois planos interagem entre si⁴⁰. Mostra-se conveniente, portanto, apresentar uma exposição sucinta das tutelas que podem ser identificadas no plano do direito material.

A *tutela certificatória*, como denota sua denominação, relaciona-se à instituição de um estado de certeza sobre uma determinada relação ou situação jurídica. A *tutela modificatória* diz respeito à modificação de uma dada relação jurídica. Tal tutela esta associada, geralmente, à titularidade de direitos *potestativos (formativos)*. À guisa de exemplo, o art. 138 do Código Civil prevê a possibilidade de anular os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro. Ao investir o sujeito de um direito potestativo de anulação, a lei civil estrutura, no plano material, tutela modificativa de situação jurídica⁴¹.

A *tutela inibitória* é a tutela de natureza preventiva destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito⁴². Seu pressuposto é a probabilidade do ilícito, não do dano, do qual, aliás, sequer se merece cogitar no âmbito das providências de natureza inibitória⁴³. Essa espécie de tutela encontrou pronunciadas dificuldades na sua afirmação no plano do direito material. O obstáculo ao seu reconhecimento deveu-se, fundamentalmente, à associação historicamente registrada entre *ilícito civil* e *dano*, por força da qual só haveria tutela destinada a reparar o dano, não para inibir ou remover o ilícito que (ainda) não o causou⁴⁴. A ação inibitória é uma consequência do novo perfil do Estado e das novas situações de direito material presentes na vida cotidiana. Percebe-se a necessidade de oferecer uma real proteção preventiva aos direitos, e, sobretudo, aos direitos de conteúdo não patrimonial⁴⁵. São expressivos os exemplos de tutela inibitória, inclusive no plano constitucional. A Constituição, no art. 5º, inc. X, ao dispor serem invioláveis a intimidade, a vida, privada, a honra e a imagem das pessoas, concebe tutela inibitória aos titulares desses direitos⁴⁶; o art. 12 do Código Civil, ao investir a

40 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 144.

41 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 289.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. 2008, p. 192.

43 MARINONI, 2008. p. 195.

44 MARINONI, 2008. p. 123.

45 MARINONI, 2008. p. 193.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO,

pessoa natural do poder de exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito de personalidade, institui típica tutela inibitória no plano do direito material⁴⁷.

A *tutela do adimplemento* é voltada a proporcionar ao titular do direito obrigacional o bem ou a utilidade econômica que constitui objeto da obrigação. Tem lugar, na forma *específica*, quando a obrigação, embora inadimplida, ainda pode ser cumprida, sendo tal cumprimento do interesse do titular do direito. Assim, o inadimplemento ou adimplemento imperfeito são pressupostos da tutela específica. Atua igualmente no caso de cumprimento imperfeito ou defeituoso, caso em que o credor pode exigir que o dever atue no sentido da correção da imperfeição ou do feito⁴⁸. Quando a obrigação não puder mais ser cumprida a tutela pode ser prestada *peço equivalente ao valor da prestação*. Não se confunde, todavia, a tutela aqui mencionada com a tutela do equivalente ao valor do dano, já que a primeira atende à expressão econômica da obrigação inadimplida, não do prejuízo eventualmente decorrente do inadimplemento (que poderá ser objeto, em sendo o caso, de tutela ressarcitória)⁴⁹. A tutela específica do adimplemento prescinde do requisito culpa. O credor tem direito à entrega do bem ou ao cumprimento da prestação devida quer tenha ocorrido culpa ou não do inadimplente. Enquanto possível e pretendida a prestação obrigacional, a valoração da conduta mostra-se irrelevante para efeitos de proteção do credor⁵⁰.

A *tutela de remoção do ilícito* tem por objetivo afastar uma situação de contrariedade ao direito ou remover os efeitos concretos dela decorrentes. Aparta-se, nesse sentido, da tutela inibitória, que, tendo natureza genuinamente preventiva, visa a inibir a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito⁵¹. Trata-se de uma tutela repressiva em relação ao ilícito, tendo como pressuposto um ilícito capaz de deixar efeitos concretos permanentes. Não se dirige contra um agir continuado, e sim contra uma

Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 213

47 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 288.

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 283

49 MARINONI, Luiz Guilherme; MARINONI, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*, p. 426.

50 MARINONI, 2008. p. 288.

51 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 425.

ação já exaurida cujos efeitos de prolongam no tempo, deixando aberta a possibilidade de provocar danos⁵². Ao remover os efeitos do ilícito, afasta-se a probabilidade de que os mesmos venham, futuramente, a causar dano.

A *tutela ressarcitória* supõe dano causado por ato contrário a direito, e sua função consiste em restabelecer a situação de fato que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido. Essa modalidade de tutela considera a presença do dano e também da responsabilidade de seu causador⁵³. O ressarcimento pode dar-se na forma específica ou em pecúnia. A tutela de ressarcimento deve operar, preferencialmente, na forma específica. Na prática a tutela ressarcitória específica sempre cedeu lugar à indenização pecuniária. Isto se deveu, em primeiro lugar, a uma persistente tendência de “monetização” dos direitos, em função da qual se passou a considerar a reparação monetária como suficiente para compensar a lesão (tal afirmação, diga-se de passagem, passou de contestável a inadmissível com a emergência de novos direitos inteiramente destituídos de patrimonialidade). Por outro lado, a legislação processual concebeu uma forma de execução inteiramente inadequada à prestação de tutela no plano do processo, determinando que o direito à reparação, quando trazido para o interior do processo, fosse *transfigurado* em direito à indenização em dinheiro⁵⁴. Em realidade, a tutela ressarcitória específica já era concebida pelo direito material⁵⁵; faltava-lhe técnica adequada e dotada de real efetividade para sua concretização, atualmente encontrada no âmbito do art. 461 do CPC.

1.3 TUTELAS JURÍDICAS NO PLANO DO DIREITO PROCESSUAL

As tutelas existentes no plano do direito processual⁵⁶ têm feição própria. Nenhum dos verbos característicos da tutela jurisdicional – declarar, constituir, mandar e executar – apresenta relevância no

⁵² MARINONI, 2008. p. 205.

⁵³ MARONONI, 2008. p. 310 e 323.

⁵⁴ MARINONI, 2008. p. 310.

⁵⁵ A Constituição, no art. 5º, inc. X, ao prever o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, estrutura a tutela ressarcitória pelo equivalente. Da mesma forma, assegurando no mesmo art. 5º, inc. X, o direito de resposta, proporcional ao agravo, a Constituição está a instituir a tutela ressarcitória na forma específica (MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 213).

⁵⁶ Importa registrar a inadequação da denominação de “técnicas” às eficácias das decisões processuais. Com efeito, a expressão “tutela” é a mais apropriada para representar o fenômeno, permitindo assim, distinguir entre as diferentes tutelas de direito processual – declaratória, mandamental, executiva, etc.. Reserva-

plano do direito material, sendo inerentes ao processo e ao império da atividade jurisdicional⁵⁷. O exame das diferentes tutelas processuais permite reconhecer, em cada uma, um princípio/valor preponderante, dado o binômio entre efetividade e segurança que subjaz à dinâmica do sistema processual. Assim, as tutelas *declaratória*, *constitutiva* e *condenatória* correspondem à predominância do princípio da segurança, ao passo que as tutelas *mandamental* e *executiva* (*lato sensu*) remetem a um predomínio do princípio da efetividade⁵⁸.

A *tutela declaratória* visa à obtenção de certeza jurídica⁵⁹. Sua função consiste em tornar certa, como eficácia principal, uma determinada situação jurídica de direito material, sem condenar, mandar, constituir ou executar, ainda que desse preceito declaratório também emane, secundariamente, uma eficácia mandamental que determina o respeito à situação declarada⁶⁰. A tutela declaratória não se presta para declarar a invalidade de ato ou de negócio jurídico, eis que tal questão não concerne ao plano da existência (própria da declaração), e sim da validade. As sentenças que decretam invalidades, não obstante dotadas de efeitos retroativos, são nitidamente constitutivas. A *tutela constitutiva* opera no plano jurídico a modificação de uma situação jurídica, compreendendo-se “modificação” em sentido lato, isto é, como a criação, extinção ou alteração de situações jurídicas⁶¹. É tradicional seu atrelamento à categoria dos direitos potestativos ou formativos⁶², definindo-se como constitutiva a tutela que atua, processualmente, os efeitos dessas posições.

A *tutela condenatória* opera, além da declaração da existência de uma relação jurídica, a aplicação de uma sanção⁶³, decorrente de um juízo

se a designação de “técnicas” aos instrumentos – aprioristicamente neutros – de que se serve o sistema processual para alcançar os fins dessas tutelas.

⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 293.

⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 140.

⁵⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115.

⁶⁰ OLIVEIRA, 2008. p. 146.

⁶¹ OLIVEIRA, 2008. p. 167.

⁶² AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 124.

⁶³ Esta a definição de Liebman (MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 155)..

de valor que coloca o devedor em posição de desvantagem, investindo o autor do poder de submetê-lo a uma execução forçada perante o juízo⁶⁴. A subsistência da tutela condenatória no sistema reflete um fenômeno tipicamente processual, gerando perplexidade para aquela parcela da doutrina que acolhe a ação de direito material como elemento de conexão entre direito material e processo.

Para aqueles que, seguindo Pontes de Miranda, pressupõem a noção da ação de direito material, a sentença condenatória, embora constitua uma realidade processual, não corresponde, no plano do direito material, a nenhuma ação “condenatória” do autor da demanda; seria uma pretensão que não chega a se “inflamar em ação”⁶⁵ “Estar-se-ia, em resumo, diante de uma ação de direito material preponderantemente executiva, porém “mutilada”, tendo em vista que não proporciona o exercício direto da atividade executiva em seguimento à sentença⁶⁶. Para Ovídio Baptista da Silva, a sentença condenatória consiste numa sentença parcial de mérito inserida no caminho procedimental de uma ação de direito material executiva⁶⁷. A tutela condenatória caracteriza-se por conservar uma “linha discriminativa” entre os patrimônios do autor e do réu, determinando, assim, que o autor ainda encontre o “direito real do condenado” a interpor-se entre ele e a satisfação de seu direito judicialmente reconhecido⁶⁸. Tal pressuposto, aliado à prevalência, no caso, do valor segurança, justifica, do ponto de vista procedimental, a segregação da atividade executiva num processo autônomo ou numa fase subsequente do procedimento. Não é possível dar execução imediata à sentença, na medida em que ela não torna ilegítima, por si só, a presença dos bens do patrimônio do réu⁶⁹.

Por força das recentes reformas do CPC (Lei 11.232/2005) o campo da tutela condenatória foi diminuído, tornando-se próprio e exclusivo das chamadas obrigações pecuniárias. Essa limitação da

64 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 126

65 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 102.

66 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação*. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 711-734, out-dez/2002. p. 685.

67 Direito material e processo. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

68 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2a. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17.

69 MARINONI, 2008. p. 72.

tutela condenatória ao âmbito indicado, para além do valor segurança, atende ao valor da *efetividade*, por mostrar-se, em linha de princípio, a mais adequada para extrair dinheiro do patrimônio do demandado⁷⁰. As alterações procedimentais do CPC, especialmente as contidas no art. 475-J do Código, não eliminaram o binômio condenação-execução: apenas simplificaram-no do ponto de vista formal. Foi eliminada a necessidade de um novo processo, porém continuou dedicada à execução uma fase própria e preservada, nessa seara, a tipicidade dos meios executivos⁷¹. A tutela, em resumo, continua sendo condenatória⁷², a despeito das simplificações formais inseridas, mantendo-se prestigiado o princípio processual da segurança⁷³. Assim, mais do que permitir a superação da técnica de condenação⁷⁴, pode-se afirmar que as reformas reconduziram-na ao seu espaço adequado dentro do sistema processual.

A doutrina, presa aos conceitos de uma jurisdição meramente certificadora de direitos, tem dificuldade em clarificar as tutelas com base na atividade que se realiza depois da sentença de procedência (atividade que fora considerada, por largo tempo, como “não jurisdicional”)⁷⁵. Eis um dos fatores que explicam a dificuldade de visualização da *tutela mandamental* pela doutrina majoritária do processo civil, dificuldade que recém agora começa a ser transposta. A tutela mandamental define-se pela ordem que é expedida pelo juiz, dirigindo-se em geral ao demandado, para que cumpra voluntariamente o provimento judicial⁷⁶. Sua nota essencial reside no caráter imperativo do mandamento contido na decisão⁷⁷. A tutela mandamental tem seu campo natural

70 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 171.

71 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 138.

72 Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

73 OLIVEIRA, 2008. p. 173.

74 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 124.

75 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 218-219)
SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

76 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

77 MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 104-105.

de incidência quando o escopo é agir sobre a *vontade* da parte, e não sobre seu patrimônio; a essa forma de tutela corresponde o emprego de técnicas ou medidas coercitivas, capazes de atuar sobre a vontade do réu, coagando-o a cumprir a decisão⁷⁸. O campo de abrangência dos provimentos mandamentais, ao contrário do que supunham seus primeiros teóricos, ultrapassou o das ordens dirigidas a órgãos estatais, incluindo-se entre seus destinatários os particulares⁷⁹.

A categoria das sentenças mandamentais foi buscada por Pontes de Miranda na obra pioneira de Georg Kuttner (*Urteilswirkungen assuerhalb des Zivilprozesses*), que concebeu, no princípio do século passado, as chamadas decisões ordenadoras (*Anordnungsurteile*), com o sentido restrito de ordens que não eram dirigidas ao réu vencido, mas a órgão ou autoridade estatal estranha ao processo, como efeito secundário da sentença. A despeito da adesão da Golschmidt, a doutrina das *Anordnungsurteile* teve vida efêmera e desapareceu das considerações dos doutrinadores alemães contemporâneos. O conceito ressurgiu do outro lado do Atlântico, trabalhado por Pontes de Miranda na 1ª edição de seus Comentários ao Código de Processo Civil de 1939. Ali a ação mandamental recebeu aceção mais elástica, tendo como destinatários quaisquer órgãos do Estado, pessoas físicas ou jurídicas⁸⁰.

Embora superado o dogma da intangibilidade da vontade humana associado ao Estado Liberal, que invalidou, por longo tempo, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer – sendo acolhidas, na atualidade, as medidas coativas que incidem sobre a vontade do indivíduo –, a tutela mandamental ainda encontra certos limites. Seguem tidas por incoercíveis, v.g, as obrigações que envolvem atividade criativa do devedor, caso em que a ausência de cumprimento voluntário da decisão determina a conversão em perdas e danos⁸¹.

Por fim, a abordagem da *tutela executiva lato sensu* demanda um exame inicial do que sejam atos executórios. A atividade executiva é desenvolvida por meio de sub-rogação. Nos atos sub-rogatórios o

78 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 183.

79 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil. V. 1, tomo II*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 253-254.

80 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54-59

81 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 146-147.

Estado-juiz substitui-se à vontade do réu, assegurando a satisfação do demandante de maneira forçada. Essencial ao conceito é que tal satisfação opera-se *sem a participação do réu, que seria originalmente necessária*⁸². A tônica da distinção entre a tutela mandamental e a executiva reside na constatação de que a execução é ato privado da parte, sendo empreendida substitutivamente pelo juízo, em lugar da parte que deveria tê-lo realizado. A tutela mandamental corresponde à atuação do juiz naquilo que somente ele, na sua *estatalidade*, está capacitado a realizar⁸³.

Realiza-se atividade executiva tanto na execução autônoma, cuja instauração é propiciada pela sentença condenatória, quando na execução que se segue diretamente às sentenças ditas executivas *lato sensu*, na mesma fase procedimental. Evidentemente, há diferença entre a atividade executiva desenvolvida na execução relativa às obrigações pecuniárias e aquela relativa à tutela dos deveres de fazer e não fazer e dos deveres de entregar ou restituir coisa. Segundo bem adverte Daniel Mitidiero, entre as “ações” condenatórias e as executivas *lato sensu* a distinção não é meramente procedimental. Na primeira, o órgão judicial autoriza a intromissão no patrimônio alheio, dele retirando o que se encontrava de forma legítima, para satisfação do requerente; na execução “real” o Estado busca no patrimônio do réu bem que ali se encontra em contrariedade ao direito⁸⁴. Nos dois casos, todavia, verifica-se *sub-rogação*, e, portanto, *execução*.

A locução *tutela executiva lato sensu*, compreendida como modalidade de tutela processual emanada da decisão jurisdicional, corresponde apenas à proteção proporcionada pelas sentenças executivas previstas pelos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil⁸⁵, que integram um processo misto ou sincrético, a reunir conhecimento e execução sem a necessidade de instauração de uma fase posterior para sua realização prática. Como fruto das recentes reformas do CPC, tem-se que, por força do art. 475-N, inciso I do Código, a tutela executiva *lato sensu* podem ser proporcionada por uma sentença declaratória (embora

82 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 133-134.

83 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil. V. 1, tomo II*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 232.

84 *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 106.

85 Em sentido diverso, restringindo a tutela executiva *lato sensu* às obrigações de dar coisa e deveres de restituir coisa, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 191.

não *meramente declaratória*). Tal sentença, para constituir-se em “título” hábil para desencadear a atividade sub-rogativa, deve conter todos os elementos característicos da obrigação e do inadimplemento, devendo a matéria ter sido suscitada e discutida pelas partes (contraditória). Não se admite a tal eficácia no caso da declaração *ex officio* pelo juiz⁸⁶.

A disciplina oferecida pelos arts. 461 e 461-A do CPC foi responsável por modificar o sistema processual brasileiro no que tange à relação entre pedido e provimento jurisdicional, a ponto de falar-se numa *instabilidade* (virtuosa) da decisão que corresponde a tais tutelas⁸⁷. Com efeito, a premissa segundo a qual as sentenças podem ser rigidamente classificadas quanto a suas eficácias, de maneira imutável, cede terreno diante da constatação de que, com base no art. 461 do CPC, está o juiz desvinculado da forma e das técnicas de tutela eventualmente requeridas pelo autor, podendo variá-las, inclusive, quando da concretização da decisão.

Tal circunstância leva a pensar que, especialmente no campo das tutelas executiva e mandamental – especialmente abrangido pelos arts. 461 e 461-A – o princípio de adstrição da sentença ao pedido merece ser repensado, liberando-se de sua adesão ao pedido imediato (i.é, ao provimento jurisdicional) para reivindicar uma congruência da decisão com o pedido *mediato* do autor, ou seja, com o bem da vida por ele buscado no processo. Desta forma, “se o autor postula a entrega de um objeto, um fazer ou um não-fazer por parte do réu, desinteressa se pediu mandamento ou execução, pois a técnica de tutela empregada será aquela mais adequada para o alcance do bem da vida – objeto, ou fazer ou um não fazer – ao demandante. O juiz estará adstrito, assim, ao pedido *mediato*, mas não à técnica de tutela jurisdicional, que, como manifestação do poder estatal, encontra limites nas normas aplicáveis ao processo [...] e não no pedido imediato – ou, diríamos mais coerentemente, nas *sugestões* de técnicas de tutela – feitas pelo autor.”⁸⁸ Acrescente-se, de forma oportuna, que o sistema admite, eventualmente, o desligamento da tutela até mesmo *do próprio pedido mediato do autor*, como ocorre, por exemplo, na hipótese de conversão do pedido de tutela específica em perdas e danos.

86 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 152.

87 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 127-128.

88 AMARAL, op. cit., p. 137.

2 A ATIVIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

2.1 A “PESSOALIZAÇÃO” DOS DIREITOS, A UNIVERSALIZAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E SUA SUPERAÇÃO

A “pessoalização” dos direitos reais representa uma alteração de paradigma no âmbito na ciência jurídica⁸⁹. Trata-se de um fenômeno de enorme repercussão, que, apesar de vinculado a certas circunstâncias históricas e ideológicas, já inteiramente desaparecidas, ainda imprime seus efeitos sobre o direito processual civil contemporâneo. Esse fenômeno da “pessoalização” dos direitos subjetivos liga-se, ademais, à universalização da sentença condenatória, que passou a ser concebida como forma de tutela por excelência oferecida pelo sistema processual civil a todos os direitos cuja satisfação reclama uma atividade material do órgão judiciário, não se contentando com a produção de efeitos simplesmente “jurídicos”.

Segundo faz notar Ovídio Baptista da Silva, a universalização da sentença condenatória é obra do processo comum medieval⁹⁰, resultante do trabalho dos compiladores, que, desde o plano do direito material, dando curso a tendência que já se esboçava no direito romano tardio⁹¹, agregaram às tradicionais fontes romanas das obrigações – o delito e o contrato – a classe das “obrigações legais”, nascendo daí a concepção de que os vínculos obrigacionais podem ser diretamente emanados da lei. Tal fenômeno de “privatização” reduziu todas as relações jurídicas das quais decorrem deveres a relações de “débito-crédito”. Ampliado o âmbito das obrigações, operou-se o correspondente alargamento, no âmbito processual, da *actio* romana, com a consequência de que a proteção jurisdicional assegurada a todo dever jurídico devesse conduzir, necessariamente, a uma condenação. Generalizou-se, assim, desde o período medieval, a equação *obligatio-actio-condemnatio*; o procedimento da *actio*, que no *ordo judiciorum privatorum* fora direcionado para a tutela das relações obrigacionais, de natureza estritamente privada⁹², acabou

89 Paradigmas, na acepção de Thomas Kuhn – referenciada por Ovídio Baptista da Silva – constituem -se em pressupostos ou premissas de construção de uma concepção científica, permitindo-a estruturar-se como ciência “normal”, em oposição a uma “ciência revolucionária” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 30).

90 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 132-133.

91 Daniel Francisco Mitidiero. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 34.

92 Ovídio Baptista da Silva assim distingue entre a *actio* e os *interdicta*: “havia em direito romano dois institutos de proteção e defesa dos direitos, capazes de ser invocados perante os magistrados: a *actio* e os *interdicta* [...] tidos estes, porém, especialmente os interditos, como providências de natureza

transportado ao moderno direito processual com um escopo mais amplo, disso resultando a universalização da sentença condenatória e a supressão da tutela interdital⁹³ (efeitos amplamente visíveis no processo civil brasileiro contemporâneo).

Como a *actio* não compreendida no seu interior a atividade executiva, limitando-se ao escopo da cognição dos fatos e do direito⁹⁴, o procedimento que haveria de resultar desse “resgate” outro não poderia ser que um processo puramente cognitivo, reservando-se as atividades de execução para outro processo, dotado de autonomia; em outras palavras, aí estava lançada a base do “Processo de Conhecimento”, tal como concebido pelo movimento processualista. Em Bernhard Windscheid teve-se a sistematização e decisiva inserção, no período moderno, dessa doutrina da ‘pessoalização dos direitos reais’, advinda do processo medieval.

A compreensão destes fatos poderia ter levado os processualistas a identificar o anacronismo da generalização da tutela condenatória, propiciando sua superação. A tardança em assim proceder – no Brasil, a tendência só começou a ser revertida com as reformais processuais dos anos 1990 – deveu-se, em boa medida, ao domínio do paradigma iluminista na ciência processual, que levou à perda do sentido histórico dos institutos do processo⁹⁵. Com a adoção do dogma da neutralidade da ciência processual e da atemporalidade de suas instituições, os institutos passaram a ser pensados como exclusivas criações da lógica, sem tempo e lugar próprios.

2.2 DECISÕES AUTO-SUFICIENTES E NÃO-AUTO-SUFICIENTES

Uma útil classificação das decisões (ou tutelas) reside na sua forma de cumprimento. Certas decisões são suficientes para satisfazer

administrativa, exercidos pelo *praetor* romano, distintas da verdadeira jurisdição.” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25).

93 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense; 2004. p. 132-133.

94 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24.

95 Mostra-se oportuna, neste contexto, a advertência de Ovídio Baptista da Silva: “Falta-se nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessar-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultura, nem história. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da ‘ciência’ do medir, pesar e contar é absoluta.” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense; 2004, p. 299).

o interesse do autor, sem a necessidade de atividade ulterior do órgão judicial; são denominadas *auto-suficientes*. Decisões outras reclamam uma “concretização”, ou seja, uma atuação judicial de intervenção na realidade sensível, mediante a prática de atos materiais. No primeiro grupo inscrevem-se as sentenças preponderantemente declaratórias e constitutivas; no segundo, as decisões preponderantemente condenatórias, mandamentais e executivas⁹⁶. Similar é a classificação proposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que distingue as tutelas *prescritivas ou auto-satisfativas*, que satisfazem por si mesmas, sem necessidade de qualquer ato material futuro, exigindo simplesmente uma conduta passiva das partes (declaratória e constitutiva⁹⁷); e as tutelas *hetero-satisfativas*, que reclamam um comportamento ativo do vencido: condenatória (pagar a dívida), mandamental (cumprir a obrigação ou o dever de fazer ou de não fazer) e executiva *lato sensu* (entregar o bem)⁹⁸.

Em realidade, as espécies de sentenças classificadas como não-auto-suficientes dependem, em última análise, da concepção adotada pelo estudioso do processo civil em face da categoria das decisões condenatórias. Para aqueles autores – ainda numerosos na processualística brasileira – que identificam a tutela condenatória com a atuação do juiz sobre a realidade dos fatos, toda decisão carente de concretização (não-auto-suficiente) haverá de ser, necessariamente, condenatória. Essa postura que circunscreve à categoria condenatória todas as sentenças que ensejam a realização de atos materiais posteriores – a qual segue defendida, aliás, por praticamente toda a doutrina européia – demonstra seu compromisso ideológico com o já abordado paradigma da “pessoalização” dos direitos. Subjacente a ela está a idéia de que os direitos controvertidos, tão logo adentram o processo, convertem-se em direitos obrigacionais⁹⁹. Trata-se, portanto, de mais um reflexo das opções ideológicas da ciência processual, o qual certamente nada apresenta de “neutro”, por mais que se busque qualificá-lo como uma questão meramente *técnica*.

96 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*, p. 269.

97 Conforme sublinha Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o cumprimento da tutela constitutiva emana da própria prolação da sentença, a determinar em si mesma a modificação jurídica. Portanto, o comportamento esperado da contraparte é passivo: unicamente agir em conformidade com a nova situação jurídica estabelecida no ato sentencial.” (*Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 169).

98 *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 140-141

99 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 146.

2.3 A ATIVIDADE MATERIAL DO JUÍZO: SUA “JURISDICIONALIZAÇÃO” E “CONSTITUCIONALIZAÇÃO”

A doutrina processualista do início século XX, plenamente identificada com os parâmetros da ordinariedade e com a função essencialmente declaratória da jurisdição, não concebia a atividade material realizada para concretizar a decisão da causa como sendo *jurisdicional*. Francesco Carnelutti, em sua obra *Sistema del diritto processuale civile*, de 1936, ainda considerava jurisdicional *somente o processo declarativo*, por ele intitulado “processo de conhecimento.”¹⁰⁰ Também para Piero Calamandrei, aquilo que realizasse o juiz do domínio dos fatos, faria como administrador, não mais como juiz¹⁰¹. A atividade material seria então *administrativa*, concepção que se identifica inteiramente com a classificação trinária das ações. As repercussões fáticas das decisões – isto é, executivas e mandamentais – seriam meras conseqüências do ato jurisdicional, não tendo o mesmo *status* jurídico da atividade até então desenvolvida para alcançar a certificação dos direitos¹⁰². Ainda que se percebam, aqui e lá, reminiscências dessa visão, a ciência processual, com advento da compreensão instrumental do processo, comprou-se no reconhecimento da natureza plenamente jurisdicional da atividade voltada à prática de atos materiais. É reconhecida a submissão do procedimento executivo, embora dotado de uma disciplina específica, à ciência geral do processo civil, superando-se o antigo vício metodológico de emprestar à “execução” (=atividade de concretização) menor dignidade científica¹⁰³. Esse tratamento dita profundas conseqüências, que envolvem a submissão da atividade executiva aos direitos fundamentais e ao modelo constitucional do processo civil. O processo judicial tornou-se um espaço fortemente influenciado pela atuação dos princípios fundamentais. Sobre os órgãos judiciais recai o dever de atribuir a máxima eficácia possível a tais preceitos, respeitando-os na condução do procedimento e na definição do conteúdo material das decisões, bem como negando aplicação à lei que lhes seja contrária¹⁰⁴. A organização dos tribunais e o procedimento

100 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 44.

101 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004. p. 189.

102 SILVA, 1997. p. 157.

103 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.

104 MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

jurisdicional estão largamente *constitucionalizados*, atribuindo uma *compreensão constitucionalmente referenciada* do direito processual¹⁰⁵, de modo que a organização e o procedimento devem ser interpretados na ótica dos direitos fundamentais¹⁰⁶. A atividade “executiva” do juízo, não poderia deixar de ser, está plenamente inserida nesse contexto. Com efeito, a concretização da decisão judicial é permeada pelos valores constitucionais que informam a jurisdição no Estado Constitucional, retirando-se dessa concepção os efeitos que estão alinhados à visão metodológica do formalismo-valorativo. Um destes efeitos refere-se à colaboração das partes e do juízo no desenvolvimento do processo.

3 COLABORAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DECISÃO DA CAUSA

3.1 ESCOPO DA COLABORAÇÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE MATERIAL DO JUÍZO

A noticiada constitucionalização da atividade de concretização das decisões, enunciada no tópico anterior, demanda uma atuação cooperativa entre as partes e o juízo, como forma de alcançar-se a efetiva tutela dos direitos. Dada a natureza dos atos praticados nesse âmbito, a colaboração também deve apresentar, obrigatoriamente, suas particularidades; essas notas características, contudo – é bom ter presente – não se põem em dúvida a existência de colaboração nesse âmbito (o que é indiscutível), mas referem-se à forma como ela opera no procedimento.

Um primeiro sentido de colaboração prende-se, nesse âmbito, ao valor da *efetividade*, e remete à participação do réu nos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coativas ou sub-rogatórias). A necessidade de colaboração na concretização da decisão ocorre, seja porque determinados tipos de tutela não prescindem da atividade do demandado (coativa), seja porque mesmo na tutela sub-rogatória essa colaboração impulsiona a efetiva atuação dos meios executórios. O valor dessa colaboração é sentido freqüentemente na experiência forense, quando o réu não colabora, ou quando conspira ativamente contra o êxito do procedimento. Neste sentido, entende-se que o processo deve criar condições para que o sujeito recalcitrante sinta-se disposto

105 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 408.

106 Como faz recordar Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos de princípios constitucionais em tensão” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 9-21, janeiro-fevereiro/2004. p. 251).

a prestar. A decisão não pode apenas sugerir o cumprimento: deve utilizar, sempre que necessário, o peso da autoridade estatal para coagir o réu a cumprir, auxiliar ou não interferir na atuação dos meios sub-rogatórios¹⁰⁷. Já se afirmou que a colaboração neutra e desinteressada do réu na atuação dos meios executivos, a exemplo daquela que reclama a indicação ao juiz do local dos bens sujeitos à execução (CPC, art. 600, IV), é algo improvável, quase ao ponto de ser negligenciável¹⁰⁸. A alegação só pode ser aceita se devidamente enfatizado o adjetivo “neutra”. É verdade que o sistema processual não deve esperar, como regra, a atuação espontânea do réu submetido à atuação material do juízo. É precisamente por esse motivo, entretanto, que o processo estrutura-se para *estimular a colaboração*, estabelecendo deveres e ônus, tal como o da nomeação de bens pelo devedor, que constava do texto original do CPC (art. 652).

Como afirma Michele Taruffo, a “melhor” execução forçada é a execução que não se mostra necessária. Realmente, a forma ideal de atuação dos direitos é aquela que conta com o adimplemento voluntário pelo devedor. Daí nasce a necessidade de construir uma sistema eficaz e completo, caracterizado por mecanismos de coação e execução direta, que maximizem o efeito compulsório da atuação jurisdicional¹⁰⁹. Não é inteiramente verdadeira, por exemplo, ao contrário do que afirma Sérgio Cruz Arenhardt, a assertiva de que as técnicas sub-rogatórias dispensem a colaboração do executado¹¹⁰. Poder-se-ia pensar, à primeira análise, que a efetivação da tutela executiva *lato sensu* prescinde da colaboração do réu, já que tal tutela, por definição, atua através de medidas sub-rogatórias, que independem da vontade da parte que a elas está sujeita. Essa afirmativa é correta considerando-se uma visão geral da tutela respectiva, porém a necessidade de colaboração mostra-se patente em vista dos *atos executivos*, considerados individualmente¹¹¹.

Um segundo plano de colaboração liga-se ao valor da *segurança*, e tem relação com o controle e a correção da atividade judicial de

107 MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 218-220.

108 ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 31.

109 Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fev/2009.

110 A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009. p. 47.

111 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147

concretização da decisão. Tem relação com os princípios de contraditório e ampla defesa, que, embora mitigados, intervêm nos procedimentos de realização concreta das decisões não auto suficientes. Cada um destes planos será considerado na análise específica que se segue.

3.2 COLABORAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA TUTELA MANDAMENTAL

Na tutela mandamental a colaboração apresenta-se indispensável. Para satisfazer o interesse do autor, o destinatário da ordem deve cumpri-la¹¹². Cabe desde já a ressalva de que a idéia de colaboração não pressupõe *espontaneidade*. É possível – aliás, é altamente desejável – que o sistema processual adote mecanismos de pressão que induzam a parte à colaboração e ao cumprimento voluntário da conduta preordenada pelo juízo, pelo emprego de medidas coercitivas adequadas¹¹³.

Há situações, como na presença de obrigação de fazer infungível, em que a colaboração do réu é a única solução compatível com o desiderato da tutela específica. Aí, a indução da parte a participar ativamente do procedimento, por meio de técnicas próprias da tutela mandamental, reveste-se de importância fundamental¹¹⁴. Neste sentido, aliás, o primeiro ato do procedimento de efetivação das sentenças dotadas de eficácia mandamental deve ser a intimação – pessoal – do réu para que cumpra a decisão em prazo assinalado¹¹⁵. Neste sentido, aliás, o inciso V do art. 14 do CPC, introduzido pela L. 10.358/2001, serve de importante parâmetro para estruturar a colaboração das partes na efetivação das tutelas processuais que repercutem sobre a realidade factual. Contempla ele o dever das partes de cumprirem “com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.¹¹⁶

112 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147.

113 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

114 ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33.

115 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 524-525.

116 Em relação ao dispositivo mencionado, comenta Daniel Mitidiero que “cumprir com exatidão” e “não criar embaraços à efetivação”, para além da distinção evidente de contemplarem uma conduta positiva e a uma negativa, não apresentam entre si qualquer diferença que permita ligá-las à atuação da eficácia mandamental ou executiva da decisão (*Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 176). Não obstante, parece defensável a idéia de que a noção de cumprimento remete à atuação da tutela mandamental (como, aliás, está expresso no texto); enquanto que a vedação de criar embaraços mais se afeição ao cumprimento da tutela executiva, a qual atua por meios sub-rogatórios, em

A conversão em perdas e danos ditada pelo par. 1º do art. 461, CPC, é procedimento que envolve a colaboração do réu e do autor, pois as circunstâncias que motivam dita conversão, situadas que estão no plano do direito material, serão usualmente conhecidas pelo juiz por intermédio das partes. Não pode o juiz deixar de admitir sua participação, ouvindo-as sobre a impossibilidade de atuação da tutela específica.

3.3 COLABORAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA LATO SENSU

Quando é outorgada no processo uma tutela executiva em sentido lato, a colaboração do réu é instada antes mesmo do início das atividades executivas. É nisso que consiste a intimação da parte, dando-lhe a oportunidade de cumprir espontaneamente o julgado, a exemplo do que ocorre nas ações de despejo e de reintegração de posse¹¹⁷. Essa intimação é expressamente prevista pelo CPC no tocante à tutela relaciona a obrigação de entregar coisa, na qual, antes da emissão do mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, o devedor deve ser pessoalmente intimado (art. 461-A, par. 2º), fixando-se-lhe prazo para o cumprimento (art. 461-A, caput)¹¹⁸. Uma visão essencialmente cooperativa do processo conduz a que, apesar do silêncio do art. 461, a efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer também deve ser precedida da intimação pessoal da parte, oportunizando-lhe o cumprimento espontâneo do dever reconhecido pela decisão.

Em determinados casos, pelo seu elevado potencial de interferência na esfera jurídica do réu, a própria estruturação das técnicas sub-rogatórias deverá contar com a colaboração das partes, e especialmente daquela que suportará os efeitos da medida. Tome-se como exemplo a técnica sub-rogatória denominada *intervenção judicial* – que permite ao juiz intervir, por interposta pessoa, na administração da empresa ou entidade, ou designar agente fiscalizador de suas atividades –, a qual, em razão de sua gravidade, merece ser precedida da oitiva das partes, a quem deve ser assegurado conhecer a identidade do interventor e

relação aos quais a posição do réu certamente não é a de cumprir, mas sim de abster-se, deixando que os mecanismos judiciais aperfeiçoem-se completamente.

117 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 149.

118 ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009.

verificar sua idoneidade para praticar os atos necessários, bem como participar deles, acompanhando as diligências¹¹⁹.

A idéia de colaboração também está ínsita à participação da parte mediante a impugnação da atividade executiva, sua retificação e correção. Cabe realçar a necessidade, como corolário de um processo equilibrado e justo, de assegurar meios de *reação da parte sujeita ao cumprimento injusto ou ilegal* de medidas executivas ou mandamentais. Não é necessário insistir no fato: a negativa da possibilidade de defesa do réu no procedimento voltado à efetivação da decisão afrontaria as garantias constitucionais do devido processual legal e do contraditório¹²⁰.

Araken de Assis Arrola entre os meios de reação da parte o agravo de instrumento e, no caso de exceções supervenientes à sentença, a dedução de uma oposição, que, à falta de regulação específica, segundo defende tal autor, deveria seguir o procedimento dos arts. 475-L e 475-M (impugnação ao cumprimento da sentença), com a possibilidade de eventual atribuição de efeito suspensivo pelo juízo¹²¹. Mais adequada, contudo, ao sentido cooperativo do processo é a posição de Cândido Dinamarco, admitindo a postulação de defesas por simples petição sem suspensão do processo, e, em caráter excepcionalíssimo, ou quando alegada matéria de ordem pública, o manejo de impugnação, nos moldes do art. 475-M do CPC¹²².

Na execução para entrega de coisa permanece vigente o ônus previsto pelos arts. 1.642-1.643 do CC, referente à escolha dos bens determinados pelo gênero e quantidade¹²³.

3.4 COLABORAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA STRICTO SENSU

A colaboração ocupa papel igualmente relevante na execução que visa a extrair valor do patrimônio do executado, identificando-se com a chamada tutela executiva *stricto sensu*.

119 ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009.

120 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 529-530.

121 *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 230-231.

122 DINAMARCO, 2009. p. 529-530.

123 DINAMARCO, 2009. p. 550.

Aspecto relevante concerne à indicação de bens para serem penhorados, âmbito no qual o juiz, por sua posição, depende da efetiva colaboração das partes para poder imprimir eficácia ao desenvolvimento da atividade executiva. A Lei 11.232, alterando o CPC, facultou ao exequente nomear, desde logo, quando do requerimento da expedição do mandado de penhora, bens do executado passíveis de constrição. Possibilitou, desta forma, que o próprio autor, atuando na defesa de seus interesses, efetue pesquisa prévia de bens e indique aqueles que foram localizados, de modo a tornar frutífera a diligência do Oficial. Trata-se de claro exemplo da cooperação da parte com o bom desenvolvimento da execução; com efeito, sendo do maior interesse do exequente encontrar bens penhoráveis¹²⁴, a sistemática tende a ser mais eficaz do que a da prévia nomeação de bens pelo executado, quando a tendência favorecia indicações procrastinatórias e de pouca seriedade.

Conforme o art. 600, inciso IV do CPC, na redação da Lei 11.232), a colaboração do devedor é *incentivada mediante a instituição* do dever de apontar onde estão os seus bens sujeitos à penhora. Referida previsão busca retirar dos ombros do exequente e do Judiciário a localização física dos bens, adotando a lógica mais simples de suscitar a colaboração da parte conhecedora da situação dos bens¹²⁵. Naturalmente, a colaboração da qual se cogita, porque presumivelmente contrária aos interesses do executado, mereceu o necessário reforço legal, tendo-se o não cumprimento do mencionado dever como *ato atentatório à dignidade da justiça*. O exame comparativo da legislação processual civil evidencia outros exemplos característicos de institutos cooperativos na execução por expropriação. A Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola prevê, no seu art. 640, a possibilidade de exequente e executado convencionarem o meio mais eficaz de transformação dos bens penhorados em dinheiro. A cooperação do executado no sentido da efetivação da penhora é igualmente prevista no art. 848-A do Código de Processo Civil português¹²⁶.

Ainda no âmbito da colaboração das partes, porém sob o prisma específico do valor da *segurança*, deve-se ter em conta a figura da exceção – ou melhor, *objeção* – de pré-executividade, de criação jurisprudencial, que funciona com eficaz mecanismo cooperativo. O

124 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 204.

125 AMARAL, 2008. p. 205-206.

126 MITIDIERO, 2009. p. 147.

instituto em questão possibilita seja instaurado um efetivo e sumário contraditório sobre os pressupostos processuais e as condições da ação executiva, podendo auxiliar o órgão jurisdicional a sanar defeitos do procedimento e a extinguir ações que tenham sido propostas indevidamente.

4 CONCLUSÃO

Sabe-se hoje que a ciência processual do início do séc. XX afastou-se do compromisso com o direito material. A elaboração teórica da ação abstrata levou à concepção de uma tutela jurisdicional *única, neutra e indiferenciada*, informada pelo paradigma da *ordinariedade*. A ciência contemporânea busca resgatar a construção de procedimentos informados pelo direito material, colocando ênfase em institutos como a “ação de direito material” e a “tutela material”. Para além de reconhecer a grande influência do direito material sobre o processo, o que importa ter presente é que a escolha da tutela não é definida *exclusivamente* pelo direito substancial. A decisão judicial é marcada pela soberania e por princípios próprios do processo como efetividade e segurança, que interferem na escolha das formas e técnicas do plano processual.

Tutelas materiais e processuais são conceitos importantes e complementares, que interagem entre si. A exploração do tema lança luzes sobre as decisões judiciais não-auto-suficientes e sobre a atividade judicial que as segue, voltada para a adequação da realidade sensível ao pronunciamento judicial. A compreensão de sua natureza jurisdicional determina que atividade material do juiz fique submetida ao regime constitucional do processo civil, integrando-a num *modelo* de processo essencialmente *cooperativo*. A colaboração das partes na concretização da decisão da causa é polarizada pelos valores da *efetividade* e da *segurança*, conferindo impulso, por um lado, aos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coercitivas ou subrogatórias), e permitindo, por outro, o controle da legitimidade dos atos judiciais que atuam sobre a esfera jurídica do réu. A cooperação das partes, à luz do contraditório, mais do que condição de uma tutela efetiva dos direitos, *constitui-se em pressuposto para o justo desenvolvimento da atividade material do juízo*.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 45-60, nov/2009.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

- _____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, v. 7, n. 26, pp. 711-734, out./dez. 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, tomo II. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Direito material e processo. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Org: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense: 2004.
- TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 72-97, jul./set. 1990.
- _____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fevereiro/2009.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

