

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL APLICADA

LUIZ FUX

O presente livro retrata a nossa experiência inaugurada no verão de 2011, após honrosa nomeação para a 11ª cadeira no Supremo Tribunal Federal.

O neoconstitucionalismo inaugurado pela Carta de 1988 com princípios e valores inseridos pela vez primeira com tamanha expressividade na Constituição, em virtude da concepção analítica da Carta Maior, instou a Suprema Corte Brasileira a uma série de manifestações sobre temas palpitantes para a sociedade brasileira.

O ano que se findou configurou um período fértil para o Supremo Tribunal Federal, na criação de uma singular doutrina dos casos julgados, mercê de ter rompido a ortodoxia dos pronunciamentos da Corte.

Essa alteração do panorama jurisdicional constitucional coincidiu com o meu ingresso na Corte, de sorte que o nosso desafio tornou-se ainda maior.

O livro é uma síntese dessa experiência, na medida em que alguns casos foram pinçados com o objetivo de despertar e aprofundar a atenção para a riqueza do ano judiciário não só a tantos quantos se dedicam ao direito constitucional, mas também àqueles que nutrem os seus conhecimentos para inúmeras finalidades, colacionando os votos emblemáticos e norteadores de uma nova cultura constitucional.

O nosso sentir foi o de colaboração, além de uma diminuta prestação de contas como homem público, submetido que fomos ao crivo da federação na sabatina no parlamento.

É nosso objetivo, meu e de minha assessoria que empreende a resenha dos votos, elaborar anualmente esse trabalho, renovado por novos cases, no afã de ouvirmos os estudiosos, suas certas críticas, sempre e sempre com o escopo de aprimorarmos a técnica na aplicação da Constituição, o que reservará em nossas almas a perene gratidão de podermos trabalhar da forma mais escorreita e democrática em prol do nosso país.

1 Jurisdição ordinária e jurisdição constitucional

1.1 Jurisdição ordinária¹

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos

¹ A respeito do tema, as passagens e as notas de rodapé foram extraídas de nosso *Curso de direito processual civil* (4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2008. v. 1, Parte II, Capítulo I):

A atividade jurisdicional de particularização do direito ao caso concreto conduziu a doutrina de Chiovenda à dicotomia entre a vontade abstrata e a vontade concreta da lei, concluindo o mestre que “a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em determinar ulteriormente que ela produza seus efeitos (*Principii di diritto processuale civile*, 1928. p. 301).

Couture atribuía a solução obtida por *acto de la autoridad* à principal característica da jurisdição, em *Fundamentos de derecho procesal civil*, 1951. p. 4.

O caráter dúplice — tutelar da jurisdição — foi decantado por toda a doutrina processual com supremacia para a “defesa da ordem jurídica”. Assim Liebman, para quem a jurisdição tinha como escopo “tornar efetiva a ordem jurídica e impor através do Judiciário a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica” (*Curso di diritto processuale civile*, 1952. p. 13). Por isso que Bruno Galli considerou a jurisdição a *longa manus* do legislador, porque “a vontade do estado impressa no texto legal se transfunde no julgado com caráter imperativo. O reconhecimento do direito subjetivo é apenas fim mediato e resultante do exercício da jurisdição” (*Il Concetto di Giurisdizione. In: Studi in onore di Mariano D’Amélio*, 1933. v. 2, p. 177).

Ramiro Podetti denominou a jurisdição, a ação e o processo como a trilogia básica processual. In: PODETTI, Ramiro. Trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*, p. 113, 1944.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, na insuperável e clássica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 1947. p. 13, já advertira que a solução do litígio poderia ser “egoísta” ou de “autodefesa” ou “altruísta” ou de “autocomposição”, razão por que sustentava que “proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio”.

Sob essa mesma ótica o clássico Calamandrei, *Processo e Giustizia. Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 278, 1950.

Cf. CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1961, v. 1, p. 31.

Aos atos de cognição correspondem as atividades de “formulação da regra jurídica concreta que deve regular o caso ou a prática de atos materiais que realizem a coincidência entre a regra e os fatos” (LIEBMAN. *Corso di diritto processuale civile*, p. 79-80).

Contrariando Carnelutti, que aduzia uma “processo voluntário”, Alcalá-Zamora y Castillo aduzia à jurisdição voluntária advertindo que não havia processo e sim “procedimento” (*Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 136).

Repise-se, até em homenagem ao marco histórico que representa, que a percepção do processo como relação processual, entrevistada por Bülow, em 1868, é tida como a certidão de nascimento da evolução científica do processo.

Carnelutti, denominava o processo de conhecimento de *processo giurisdizionale*, distinguindo-o do de *esecuzione* e de *prevenzione* (*Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 1, p. 31). Chiovenda, nas *Instituições*, exprimiu o alcance da cognição, cuja atividade nomina o processo respectivo, ao afirmar que “a cognição consiste na atividade intelectual que o juiz realiza, antes de decidir a causa, com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita. A *cognitio*, portanto, é o conjunto de atividades intelectuais do juiz como ‘instrumento de atuação da lei mediante verificação’” (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 253-254).

No mesmo sentido, Liebman (*Manuale di diritto processuale civile*. 1955. v. 1, p. 49). A *causa finalis* do processo conduziu Rosenberg a categorizar o processo de conhecimento como “processo de sentença” (*Tratado de derecho procesal civil*. 1955, v. 2, p. 3).

Acerca do tema são modernos e recentes os trabalhos nacionais de Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 1987, e de Luiz Guilherme Marinoni. Tutela cautelar e tutela antecipatória. (*Revista dos Tribunais*, 1992), cujas lições lavram divergência com essa nossa última conclusão acerca da possibilidade de cognição sumária e resultados irreversíveis cobertos pela coisa julgada material.

A finalidade da ação declaratória é obter uma certeza jurídica através de uma sentença revestida da autoridade da coisa julgada, Alfredo Buzaid, *A ação declaratória*, 1943. p. 152-153. Acerca da origem das ações declaratória e sua adoção nos sistemas jurídicos de origem romano-canônica e sua *ratio essendi*, consulte-se Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 1.

A doutrina do tema assenta não ser possível figurarem como objeto de declaração judicial as qualidades jurídicas, como, *v.g.*, a “capacidade de agir”, a possibilidade de uma compensação Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, 1936. p. 105, bem como, por fugir ao escopo da *actio* e não ser o Judiciário órgão de consulta, tampouco se permite “ingressar alguém em juízo para postular que o juiz ‘interprete uma lei’” (LIEBMAN. *Corso di diritto processuale civile*, p. 54). Sabe-se que o único fato passível de declaração pertine à falsidade ou autenticidade documental, e, mesmo assim, por força da vinculação do documento a uma relação jurídica que de regra ele consubstancia e exterioriza.

Acerca das ações constitutivas o direito italiano assenta em sede legislativa que: “Nei casi previsti dalla legge, l’autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o eventi causa”. É a essência da disposição do direito material italiano, que revela com precisão “o efeito constitutivo da sentença”. O festejado Torquato Castro já assentava que “a sentença aparece como título imediato desses efeitos, que antes dela não existiam” (*Ação declaratória*, 1942, p. 24-25).

A Tutela executiva na expressão de um dos maiores expoentes da tutela de execução, “la condanna da vita a un nuovo rapporto giuridico (strumentale) consistente nella potestà dell’organo giudiziario di provvedere all’esecuzione forzata, nel diritto del creditore di promuoverla (azione esecutiva), nella soggezione del debitore al suo svolgimento e ai suoi effetti (responsabilità esecutiva)” (LIEBMAN. *Corso di diritto processuale civile*, p. 56).

O acerto na tutela jurisdicional de execução não se opera quanto à existência ou inexistência da relação jurídica, senão sobre a legitimação da incidência da sanção —

accertamento della attuabilità della sanzione, como afirmava Carnelutti, em *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, v. 1, p. 139.

E a Mandamentalidade das ações foi explorada entre nós, primeiramente por Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 1939. v. 1, p. 107; e, mais recentemente, Ovídio Baptista (*Curso de processo civil*. v. 1, p. 93).

A origem histórica das ações mandamentais está nos interditos romanos, época na qual os pretores romanos expediam ordens. A jurisdição como ato de soberania pressupõe exatamente esse poder de ordenar em respeito ao que Calamandrei denominava “seriedade da jurisdição”. A jurisdição de urgência pressupõe esse poder de mando e não de mera definição judicial. A esse respeito consulte-se Biscardi *La protezione interdittale nel processo romano*, 1937, p. 17; e Giuseppe Gandolfi, *Contributto allo studio del processo interdittale romano*, 1955.

Com outras palavras é o que procura demonstrar Ovídio Baptista ao evidenciar o “conteúdo” das sentenças como integrantes de sua eficácia “prática” não normativa (*Sentença e coisa julgada*, 1988).

A essa forma de execução do provimento referia-se Amílcar de Castro como sendo “execução imprópria” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 1941, v. 10, p. 14, nota 1). Celso Agrícola Barbi nega peremptoriamente essa característica mandamental da tutela, mesmo no mandado de segurança (*Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 246).

A doutrina clássica, ao se referir aos provimentos de urgência, dispensa a palavra “execução”, que poderia dar ensejo a uma conflitualidade com o processo de execução forçada, e prefere o termo “atuação”, como se colhe em Giovanni Verde, *L’attuazione della tutela d’urgenza*. In: *La tutela d’urgenza: atti del XV Convegno Nazionale*. 1985.

Diferentemente do que concebeu para o processo de conhecimento, cuja razão estava numa lide de pretensão resistida, Carnelutti indicava como objeto da execução “lide de pretensão insatisfeita” (*Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, p. 179).

A repercussão prática dos atos coativos da execução forçada, distinguindo-a fortemente do processo de cognição, levou Guasp à conclusão de que a atuação do juiz no processo executivo provoca “não uma alteração ideal na situação existente entre as partes, e sim, mudança física, real ou material relativamente ao que antes existia” (*Derecho procesal civil*, 1956. p. 837). No mesmo sentido Redenti, para quem a execução instaurava-se com o fim de obter “resultado material tangível” (*Diritto processuale civile*, 1957. v. 3, p. 101). Sob esse enfoque é clássica a lição de Liebman segundo a qual “a função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em juízo para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos (*Processo de execução*, 1946. p. 79-80).

A intromissão coercitiva na esfera jurídica do devedor com o fim de obter um resultado real ou jurídico a cuja produção esteja ele obrigado ou pelo qual responda caracteriza os “meios de que se vale a execução forçada” nas palavras de Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 575. Desta sorte, quer substituindo, quer coagindo, o Estado interfere na esfera do *solvens*, razão pela qual é meio executivo, também, o instrumento de coerção, haja vista que o devedor não age originariamente segundo a sua vontade, senão compelido pelo instrumento de soberania. Por essa razão não se trata de execução indireta ou imprópria, como entendem alguns, qualificando-se como próprias somente aquelas em que é “integral” a atividade substitutiva do Estado através da tutela de execução. Posicionam-se contra o exposto, na doutrina alienígena, Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, v. 3, p. 4, e, entre os nacionais, Ovídio Baptista, *Curso de processo civil*, v. 2, p. 17, notas.

Como afirma Crisanto Mandrioli, “o *audiatur et altera pars* adquire, na execução, significado diverso do que tem no processo de conhecimento, sem excluir no entanto o contraditório, pelo menos no seu aspecto potencial” (*L’azione esecutiva*, 1955. p. 466).

Nulla executio sine titulo explica os atos de coação e soberania que se praticam na execução. Ensina Liebman que “inspiram-se os direitos modernos na tendência a garantir que, na medida do possível, não se deite as mãos nos bens de uma pessoa senão para satisfação de um direito efetivamente existente”. Daí subordinar a atividade dos órgãos executivos

conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de a mesma provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados, isonomicamente, das mais mezinhas garantias. Essa função denomina-se jurisdicional e tem o caráter tutelar da ordem e da pessoa, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, em face de adquirir o que se denomina em sede anglo-saxônica de *final enforcing power*, consubstanciado na “coisa julgada”.

O Estado, através da jurisdição, e provocado pelo interessado que exerce a ação, institui um método de composição do litígio com a participação dos reais destinatários da decisão reguladora da situação litigiosa, dispondo sobre os momentos em que cada um poder fazer valer as suas alegações, com o fim de alcançar um resultado corporificado em tudo quanto o Judiciário “sentiu” das provas e do direito aplicável

a alguns pressupostos que podem oferecer adequada justificação do direito pelo qual uma pessoa invoca o uso da força contra outra pessoa (*Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 1931. p. 124).

Nem sempre foi assim, haja vista que a ação executória distinguia-se da executiva exatamente no que se referia à cognição incidental. Naquela, calcada em título executivo, apenas *ad initio* a ação era executiva, transmutando-se em cognitiva após a penhora, e a executória, porque fundada em sentença condenatória, autorizava de imediato a prática de atos autoritários-judiciais. Consulte-se, a respeito, o volume 5 das *Instituições* de Frederico Marques. Afirma-se em boa sede de doutrina que a criação dos títulos extrajudiciais, base de execução sem prévia cognição, tem sua origem no tráfico mercantil da Idade Média, limite com os albos da Idade Moderna, notadamente quanto à necessidade de outorga de tutela mais efetiva e rápida aos créditos instrumentalizados nos denominados *instrumenta guarentigiata* ou *confessionata*, aos quais reconheceu-se, nos estatutos comunais, a *executio parata*, análoga à da sentença. Esse desiderato foi alcançado com a instituição francesa dos *titres exécutoires* — uma vez que, anteriormente, apesar da existência do *processus summarius executivus*, neste havia prévia cognição sumária do pedido com ampla defesa do executado —, equiparados às sentenças em sua eficácia executiva, o que foi alcançado no século XIX, espalhando-se por vários sistemas europeus, abolindo-se essa diferença de contraditório em função da natureza dos títulos. Entre nós, originariamente influenciados pela ação decendiária do direito português — ação de assinatura de dez dias —, mantivemos sob a égide do Código de 1939 a distinção entre a executória e a executiva, extinta em 1973 com a equiparação de eficácia entre os títulos judiciais e extrajudiciais. Essa preclusão também inova, haja vista que outrora os embargos, porque infringentes do julgado, equiparavam-se a verdadeira ação rescisória e podiam anular ou revogar a decisão exequenda. Nesse sentido Liebman, na nota da p. 435 do volume 2 das *Instituições* de Chiovenda, e a belíssima monografia de seu discípulo Luis Eulálio de Bueno Vidigal, *Da ação rescisória dos julgados*, 1948. p. 30.



retratado na “sentença”. Jurisdição, ação e processo são, assim, os monômios básicos da estrutura do fenômeno judicial.

Malgrado se revele um substitutivo das condutas barbáricas de outrora, o acesso à jurisdição deve ser excepcional, haja vista que, numa sociedade harmônica, o ideal, mercê do cumprimento espontâneo do direito, é a própria autocomposição, que otimiza sobremodo o relacionamento social. Esta é, sem dúvida, a razão pela qual os diplomas processuais modernos inserem a fase de conciliação como obrigatória nos processos judiciais, preocupação que levou o legislador constitucional brasileiro a contemplá-la na Carta Maior. A jurisdição encerra, em suma, a restauração da legalidade e da justiça como instrumento eficaz da paz social e da preservação da garantia dos direitos do homem.

A jurisdição não se limita à operação de subsunção do conflito à regra abstrata reguladora do conflito. Anota-se, em sede doutrinário-histórica, que a jurisdição compreendia cinco elementos, a saber: *notio*, *vocatio*, *coertitio*, *judicium* e *executio*.

Dessa constatação apreende-se o que pretendeu Carnelutti ao afirmar: “Juiz não é só o que julga, mas também aquele que ordena: é aquele, em suma, cuja decisão tem eficácia de uma ordem”. As modalidades de tutela variam conforme a natureza do conflito levado ao Judiciário. Há lides de “pretensão resistida” e lides de “pretensão insatisfeita”; vale dizer, há casos em que o Estado-juiz define direitos e outros em que a definição é um *prius* antecedente à “realização” do direito reconhecido em sentença ou no documento com eficácia equivalente (títulos executivos extrajudiciais).

Outrossim, constatada a inexistência de um sistema ideal no qual jurisdicional é a prestação efetivada tão logo apresentado o pedido em juízo, revelou-se mister garantir “condições para a realização da justiça”, posto que o objeto do julgado pode sofrer alterações substanciais que influam na solução justa da lide, quer pelo agravamento das condições de fato, quer pela criação de um estado de periclitacão do direito da parte, dos bens ou das provas que servirão de elementos de convicção.

Concluiu-se a necessidade de dotar a jurisdição de um *tertium genus* capaz de “assegurar a utilidade prática” das demais formas de tutela e, em “defesa da jurisdição”. Previu-se, assim, a “tutela preventiva” ou “cautelar” pela sua finalidade de conjurar o perigo resultante da demora “natural” do processo.

Decorre, do exposto, que a tutela jurisdicional apresenta-se sob três modalidades básicas:

1. A tutela jurisdicional de cognição ou conhecimento;

2. A tutela jurisdicional de execução; e
3. A tutela jurisdicional de assecuração ou cautelar.

Essas três formas de tutela guardam fidelidade com aquela característica "substitutiva" da jurisdição, intermediadora de conflitos e mantenedora da paz e da ordem. A hipótese de intervenção subjetivamente judiciária e materialmente administrativa da justiça no domínio das relações privadas escapa a essa ótica da jurisdição, malgrado a lei a denomine de "jurisdição voluntária", revelando um fenômeno peculiar de acesso obrigatório à justiça em casos de situações jurídicas *inter volentes*, nas quais a chancela do Judiciário é requisito de validade, entrevisto pelo legislador como necessário, decerto por vislumbrar no juiz um magnânimo "administrador da conveniência e oportunidade" de determinadas providências.

A noção de processo é teleológica e a sua classificação obedece aos fins jurisdicionais que se pretendem alcançar através da sucessão de atos. Assim, o processo tem a mesma natureza da espécie de jurisdição que se colima. Em consequência, à tutela de cognição corresponde o processo de conhecimento, à de execução o processo de execução e à de assecuração o processo cautelar.

Como o processo é um conjunto de atos, os tipos processuais distinguem-se pela preponderância de atividades de cada um e pela sua *causa finalis* que informa uma dessas relações jurídico-processuais. É que os processos não são absolutamente puros, no sentido de que no processo de conhecimento só se praticam atos intelectivos e no processo de execução abole-se qualquer cognição. Há uma preponderância não exclusiva de atividades jurisdicionais típicas. Assim, *v.g.*, a execução do despejo realiza-se na mesma relação processual de cognição de onde emerge o comando da rescisão do vínculo da desocupação do imóvel, ao passo que na execução é lícito ao devedor instituir contraditório eventual através da cognição incidental instaurada pelos embargos.

1.1.1 Espécies de tutela jurisdicional

1.1.1.1 Tutela de cognição

A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição, tanto que autores de renome consideravam o "processo de conhecimento" como "jurisdicional", em contraposição ao executivo e ao preventivo. Realmente, a cognição, como a atividade de conhecer os fatos e o direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de "dizer o direito" — *jus dicere* — aplicável à espécie, substituindo a inteligência

dos contendores na compreensão dos fins da lei. O Judiciário, através da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizada no ato final, com coerção e autoridade. O fim a que se visa no processo de conhecimento é a obtenção da resposta judicial acerca de quem efetivamente tem razão à luz do direito positivo. Daí afirmar-se que o processo serve para dar razão a quem efetivamente tem-na, bem como o processo de conhecimento é aquele em que o Judiciário é convocado a declarar entre dois contendores — com a solenidade e com os efeitos da sentença — quem tem razão.

A cognição encetada pelo juiz admite variações quanto à extensão e profundidade do *thema iudicandum*. Há ações em que a cognição é plena e ilimitada e outras em que é limitada ou incompleta. Imperativos de justiça, por vezes, impedem a cognição exauriente. Em regra, nas hipóteses em que o juízo provê sob urgência, sumariza-se a cognição para compatibilizá-la com as necessidades da causa. O exame vertical impediria ao juízo de atender ao postulado da “celeridade”. Essa cognição sumária pode ser *initio litis*, passível de ser confirmada ou reformada ao final do processo.

Considere-se, ainda, embutida na expressão “cognição sumária” a regra *in procedendo*, que permite ao juízo prover *initio litis* sem correspondência com a maior ou menor evidência do direito pleiteado em juízo. É o que ocorre, *v.g.*, com o mandado de segurança, que exige direito líquido e certo, e autoriza o juízo a concedê-lo sumariamente. A atividade sumária não tem correlação com o grau de convencimento do juízo acerca do direito, revelando-se em expediente autorizativo de um julgamento com base em “lógica razoável” em função da necessidade de se prover de imediato. Mas nada obsta a que se tenha que prover de imediato com base em direito evidente. Destarte, se o direito não for evidente mas se tornar premente a tutela, autoriza-se a sumarização da cognição com o provimento imediato calcado em juízo de mera probabilidade, como sói ocorrer com a tutela cautelar. O mesmo fenômeno ocorre em sede de “tutela de segurança”, com a peculiaridade de que o provimento pode retratar no plano da realizabilidade prática uma solução *secundum eventum litis*, irreversível, cujo regime há de ser igual ao das decisões definitivas expedidas após cognição exauriente.

Impõe-se considerar que a matéria está longe de ser pacífica. Ao revés, sustenta-se que a situação de urgência não autoriza uma cognição exauriente. Esta, em nosso entender, vai depender do material jurídico-probatório levado ao juízo. O direito evidente, fartamente comprovado, admite uma cognição rápida, sumária e exauriente. Há outros casos em

que, mercê da urgência, o direito não parece evidente ao juízo, mas a lei o autoriza a prover com base apenas naquela “aparência”, valorizando a “celeridade” em detrimento da “segurança” do julgado. Por isso que não nos parecem indissolúvelmente ligados os conceitos de cognição sumária e juízo de probabilidade, podendo haver cognição sumária e direito evidente. Ainda no que concerne à cognição, típica dos processos de sentença, merece assentar-se a distinção de cognição plena e parcial. Na primeira, toda a “superfície contenciosa” é abarcada pelo *decisum*, e essa é a regra até para atingir-se o escopo da jurisdição, que é o de pacificar da forma mais ampla possível. Em contraposição, a cognição parcial deixa de fora parte do litígio, não da lide — que resultaria em julgamento *citra petita*. É o que se dá na ação possessória em que o petitório não pode ser objeto de apreciação do juízo, considerando-se exceção reservada. Essas limitações obedecem, em geral, à maior proteção de bem da vida objeto do pedido do autor; por isso, propende o ordenamento para seu reconhecimento. Assim, *v.g.*, na consignatória, a regra é a extinção da obrigação pelo pagamento, daí a restrição da defesa que vise a infirmar a liberação do *solvens*. Na ação renovatória, a proteção ao “fundo de comércio” sobrepõe-se à amplitude de defesa do locador que objetive evitar a renovação, por isso limitada.

O processo de conhecimento conducente à sentença admite espécies, conforme o conteúdo da resposta judicial de procedência. Assim é que os processos de conhecimento podem ser “declaratórios”, “condenatórios”, “constitutivos” ou “mandamentais”. Considerando o processo como “projeto da demanda procedente”, tem ele a mesma natureza desta, uma vez que a improcedência se reveste de um “provimento declaratório negativo”. O juízo “declaratório” é aquele donde provém uma sentença que declara a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, com a força do ato da autoridade. O caráter preventivo e didático da sentença declaratória e a função definidora que lhe é peculiar são responsáveis pelo seu prestígio histórico. Desse dado não se desprende o sistema nacional, prevendo, ao lado da declaratória autônoma, também a declaratória incidental que, manejada no curso do processo, permite que se dissipem, com força do caso julgado, as incertezas acerca da relação jurídica que está fora da causa, mas que figura como premissa inafastável do julgamento da lide, por lhe ser “prejudicial”. Por seu turno, essa incerteza há de derivar da dúvida objetiva e jurídica que autoriza essa propositura da ação independente, bem como daquela cujo interesse exsurgiu supervenientemente em face da impugnação do demandado.

A declaração de existência da relação jurídica corresponde à “declaratória positiva”, e a de inexistência, à “declaratória negativa”. A classificação vai depender do pedido proposto em confronto com a procedência do mesmo. Não obstante seja assente que na ação declaratória a atividade jurisdicional incida sobre a regra “preceptiva” do comando legal, a lei enuncia que, mesmo nas hipóteses em que já ocorreu a violação e, portanto, a prestação jurisdicional possa recair sobre a parcela sancionatória da norma jurídica, “é lícito ao autor” requerer a “simples declaração” (art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Civil). O legislador, ao permitir esse “meio-caminho”, restabeleceu o interesse de agir do demandante que, podendo requerer a tutela condenatória, limita-se a pleiteá-la declaratória, justamente pelo seu sentido jurídico-preventivo.

A sentença de procedência de natureza constitutiva, derivada de tutela da mesma qualidade, faz exsurgir no mundo do direito um estado jurídico novo, consistente na formação, na modificação ou na extinção de uma relação jurídica; por isso, todas as demandas de anulação e rescisão de negócio jurídico são “constitutivas”. Como consequência, não se pode gerar uma situação nova sem a presença de todos os interessados, razão pela qual nessas ações o “litisconsórcio é necessário”. Algumas situações jurídicas somente exsurgem, necessariamente, por obra do juízo, sem que as partes disponham de poder privado de alteração daquele estado objetivamente tutelável pelo ordenamento. As ações constitutivas, nesses casos, são “necessárias” ao surgimento da nova relação, diferentemente de alguns outros em que a constituição opera-se por obra dos interessados. Exemplo do primeiro caso é a ação de anulação de casamento insusceptível de ser desconstituído, com esse efeito, por ato voluntário das partes. Diz-se, inclusive, que o interesse de agir nasce no mesmo momento em que surge o direito à constituição do estado jurídico novo. A segunda hipótese encaixa-se em todas as situações em que se desconstituem vínculos disponíveis, como, *v.g.*, ocorre com a rescisão do contrato de locação, de comodato, de mútuo etc. Não obstante todo provimento judicial, na sua base e no seu iter de formação, passe pela prévia declaração, com maior ou menor grau de imutabilidade, a “tutela constitutiva” caracteriza-se pelo plus de seu efeito, haja vista que a declaratória não “cria estado jurídico novo”. Exatamente porque faz surgir num dado momento algo que antes não existia é que a decisão produz seus efeitos *ex nunc*, respeitadas as consequências jurídicas anteriores.

A tutela condenatória, diferentemente da declaratória, não incide sobre o preceito, senão sobre a sanção da norma. A referida espécie

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

