

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

# TUTELA JURISDICCIONAL

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S. A. — 1999



hvl/SL

# 5

## A PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO

---

### 1 Jurisdição e tutela jurisdicional

Quando se examinou o objeto desta investigação sob a ótica da *ação*, cuidou-se de estabelecer — para fins metodológicos — o relacionamento entre tal instituto e a locução *tutela jurisdicional*. Convém, portanto, fazer considerações análogas, relativamente ao instituto *jurisdição*.

Conforme resulta das considerações tecidas em parte anterior deste estudo, não há identidade entre *jurisdição* e *tutela jurisdicional*: enquanto a primeira designa a atividade — também função e poder — estatal, a segunda designa a proteção (tutela) que se proporciona por meio do exercício dessa atividade; proteção que, como visto, reside não apenas no *resultado* final (“produto”) da atividade, mas bem ainda no *meio* (processo) empregado para seu exercício.

Doravante, ao menos em princípio, não se pensa mais no momento de ingresso em juízo, ou nas formas de qualquer interessado estimular o exercício da jurisdição; tarefas que, bem ou mal, ficaram reservadas ao exame da *ação*. Portanto, neste capítulo buscar-se-á essencialmente examinar a própria *atividade estatal* (e o exercício de poder nela contido), bem como o respectivo produto final, isto é, o *resultado* do exercício da jurisdição (provimento).

É certo, na linha do quanto já observado, que *os fenômenos estão interligados* e que sua separação decorre apenas de uma postura metodológica, tendo por objetivo divisar conceitos que, quando tratados conjuntamente, podem acabar gerando distorções. Com efeito, não há como desligar as “*vias*” de *ingresso* em juízo, de um lado, do *resultado* esperado pelo demandante, de outro lado, vez que o exercício da “*ação*” visa precisamente à obtenção desse resultado. Por isso que, por exemplo,

falar na eventual tipicidade de uma “ação”, com base no “pedido” deduzido pelo demandante, é falar da eventual tipicidade da própria tutela (entendida como resultado).

Dessa forma, não deve causar estranheza o fato de, ao se tratar deste ou daquele “tipo” de tutela (no sentido de *resultado*), fazer-se menção, novamente, a esta ou aquela “ação”. Não há, aí, quebra de sistematização, mas mero e consciente emprego de terminologia corrente, imprescindível para a localização e entendimento do fenômeno escolhido para análise.<sup>380</sup> Da mesma forma, o exame que se passa a fazer não impedirá que, incidentalmente, se retorne ao tema do “ingresso” em juízo, e às “vias” de acesso para tanto, voltando a se falar em “tipos” de ação.<sup>381</sup>

## 2 A jurisdição como função “típica” do Estado e do Poder Judiciário

Convém inicialmente focalizar a função, atividade ou poder que é a *jurisdição* (vista em si mesma), sem que isso, contudo, implique propriamente o exame das diferentes teorias que se formaram a propósito do respectivo conceito. Sob esse prisma, é preciso examinar a jurisdição sob duplo aspecto: primeiro, como função “tipicamente” estatal; segundo, como função estatal “típica” do Poder Judiciário.

Sob o primeiro dos ângulos propostos, qualquer que seja o conceito de jurisdição, levando-se em conta tão-somente seu escopo jurídico, parece irrefutável que a atividade está mesmo exclusivamente reservada ao Estado. Quaisquer outras soluções que, pondo fim a controvérsias, emanem dos próprios titulares da relação material — diretamente ou por intermédio de terceiro — não podem senão ser qualificadas como “equivalentes” jurisdicionais. Portanto, e sob certo ângulo, a jurisdição é função e atividade “típica” do Estado que, invocando para si (ao menos como regra) o poder de pôr fim às controvérsias, reservou-se a função de declarar ou atuar coercitivamente a regra jurídica no caso concreto.

Essa *tipicidade* da atividade jurisdiccional, em termos mais concretos, traduz-se na *investidura*, que é reconhecida pela generalidade da doutrina como sendo um dos pressupostos processuais, isto é, um dos requisitos de instauração e desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual. Daí se dizer que a jurisdição é *indeclinável*, no sentido de que não pode ser transferida ou delegada.<sup>382</sup> Essa mesma *tipicidade* traduz-se igualmente na regra do *juiz natural* e na *improrrogabilidade* da jurisdição.

Entretanto, ainda a propósito do exercício exclusivo da jurisdição, pelo Estado,

380 Por exemplo, ao ensejo da “tutela meramente declaratória”, tratar-se dela no âmbito da tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Daí falar-se, novamente, na “ação civil pública”; não mais sob a ótica de “porta” de ingresso no Judiciário, mas com vistas à tutela (resultado) proporcionado pelo Estado, quando do exercício dessa “ação”.

381 Por exemplo, como se faz na seqüência, quando, ao se tratar da *tipicidade* da própria atividade jurisdiccional, cuida-se das formas de controle das soluções de controvérsias fora do âmbito judicial.

382 Cf. José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, v. 1, nº 59, p. 82.

convém examinar separadamente a solução de conflitos mediante *arbitragem*, na qual parte importante da doutrina vislumbra autêntico exercício de jurisdição. É o que se passa a fazer.

## 2.1 Solução de controvérsias fora do âmbito estatal: a arbitragem

Em doutrina, controverte-se acerca da natureza jurisdicional da arbitragem. Nesse particular, parece inegável que os partidários da “jurisdicionalidade” da arbitragem partem logicamente de uma “ampliação” do conceito tradicional de jurisdição, nela divisando não apenas um escopo jurídico (de atuação da vontade concreta da lei), mas escopos *social* — de pacificação pela superação do conflito — e *político*, de participação na administração da justiça.<sup>383</sup>

Jurisdicional ou não,<sup>384</sup> é certo que o exercício da arbitragem e o respectivo resultado (solução imposta pelo árbitro) estão, por um modo ou por outro, sujeitos a alguma forma de controle estatal, não lhes escapando a garantia da *ação* e da *inafastabilidade* do controle pelo Estado. A questão é saber *o que pode ser objeto* desse controle e de *que forma* esse controle pode ser provocado.<sup>385</sup>

Desde logo, a solução de controvérsias mediante arbitragem pode demandar a intervenção estatal exatamente para fazer valer essa solução alternativa, mediante a “execução específica” da chamada *cláusula compromissória*, isto é, do pacto pelo qual se convencionou que eventual controvérsia seria dirimida por arbitragem. No direito positivo brasileiro, convém observar, a provocação dessa intervenção dá-se na forma do art. 7º e parágrafos da Lei nº 9.307/96, mediante a propositura de uma “ação de instituição de arbitragem”.<sup>386</sup>

383 Sobre a “jurisdicionalidade da arbitragem”, confira-se, por todos, Carlos Alberto Carmona que, em amplo exame da questão, conclui no sentido positivo, precisamente pela invocação dos escopos político — participação — e social — com destaque para a “justiça conciliativa” (cf. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, nº 3, p. 29 ss, especialmente a conclusão da p. 36-37, e bem ainda as considerações da p. 135-136 sobre a nova lei de arbitragem — então, ainda não em vigor — e a necessidade de uma “ampla revisão de alguns conceitos da teoria geral do processo, a começar pela própria noção de jurisdição”).

384 Não se nega propriamente o eventual caráter jurisdicional da arbitragem. Apenas se observa que essa qualificação pressupõe um conceito quiçá mais amplo de jurisdição, para nele englobar outros componentes que não o estritamente jurídico. Contudo, mesmo admitindo essa natureza à arbitragem, não há como afastar a possibilidade do ingresso em juízo, de tal sorte que, nessas hipóteses, forçoso seria reconhecer o exercício de atividade jurisdicional por dois sujeitos diversos, sendo o segundo exame uma espécie de “via recursal”.

385 Aqui, vê-se desde logo, tomamos ao tema das “vias” de acesso ao controle jurisdicional e, portanto, à tipicidade da “ação”. Por rigor científico e metodológico, reiteramos as advertências e ressalvas feitas no texto, quanto à interação dos temas e respectivo tratamento.

386 A Lei, cuidadosa na técnica redacional, fala na procedência do “pedido de instituição de arbitragem”, cuja sentença de acolhimento está sujeita a recurso de apelação com efeito meramente devolutivo, de sorte a permitir que a arbitragem — assegurada coercitivamente pelo Estado — desenvolva-se imediatamente.

A propósito dessa forma de invocação de tutela estatal, não se pode dizer que a lei tenha criado um “tipo” de “ação” para fazer valer a cláusula compromissória. A “cobertura geral” existente no sistema certamente já o permitia.<sup>387</sup> O que fez a lei foi explicitar a possibilidade da tutela específica nas hipóteses de inadimplemento de obrigação de emitir declaração de vontade,<sup>388</sup> necessária para se chegar ao compromisso arbitral e, com base nele, à solução pela arbitragem propriamente dita.<sup>389</sup> Mais ainda: a lei brasileira viabilizou a tutela específica, ao permitir que o próprio Estado integre a vontade das partes, suprindo eventual omissão, no “pré-contrato” (cláusula compromissória), quanto a elemento indispensável para a formalização do contrato “principal” (compromisso arbitral).<sup>390, 391</sup>

Além disso, o controle jurisdicional estatal pode ocorrer nas hipóteses em que sejam necessárias “medidas coercitivas ou cautelares”, dado o monopólio estatal quanto ao emprego da força, em regra parcialmente válida no âmbito instrutório.<sup>392</sup>

Finalmente, a intervenção estatal pode recair sobre a arbitragem propriamente dita, atingindo a “sentença arbitral”. A questão aí é examinar o *objeto* desse controle, bem como os respectivos *momentos e formas*.

Quanto ao *objeto*, ao menos em linha de princípio, a intervenção estatal limita-se à aferição da “regularidade” do compromisso e da sentença arbitral; por oposição, digamos assim, ao controle do “mérito”, isto é, à solução da controvérsia

387 Em outras palavras: ninguém, mesmo antes da lei, deixaria de fazer valer a cláusula compromissória pela “falta” da previsão de uma “ação”. Além disso, também na legislação ordinária a tutela específica encontrava respaldo, ante as regras dos arts. 639-641 do CPC.

388 Admitindo a tutela específica (a nosso ver, de forma correta), antes da vigência da nova lei, Carlos Alberto Carmona (cf. **A arbitragem**, nº 12, p. 86-87). Conforme desenvolvido na seqüência, a possibilidade da tutela específica deve ser aferida, primeiramente, no plano substancial. Não havendo, porém, impedimento expresso e apriorístico, a atuação específica do direito é imperativo inserido na própria garantia da ação, dispensando, portanto, explícita previsão legal.

389 O que fez a lei, também, foi estabelecer um procedimento.

390 Foi o que fez o art. 7º, § 4º, da lei, ao permitir que o juiz nomeie o árbitro na hipótese de omissão da cláusula compromissória.

391 Questão particularmente difícil, diante dos termos da Lei nº 9.307/96, é o da tutela específica nas hipóteses de cláusula arbitral inserida nos contratos “de adesão”. A Lei procurou superar o problema daí decorrente, mediante regra expressa no sentido de que o pacto, nesses casos, somente terá validade (“eficácia”) se “o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Contudo, não houve revogação expressa da regra do art. 51, VII, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que reputa nula de pleno direito cláusulas que “determinem a utilização compulsória da arbitragem”.

392 Trata-se, respectivamente, das disposições contidas no art. 22, §§ 3º e 2º da Lei nº 9.307/96.

propriamente dita, atribuída ao árbitro.<sup>393</sup> Quanto ao *momento*, pode-se falar em um controle estatal prévio — isto é, antes que, em tese, a decisão arbitral produza seus efeitos — e um controle posterior.

O direito brasileiro já conheceu a forma de controle prévio, em que um juízo positivo acerca da regularidade do “laudo” arbitral conduzia à respectiva *homologação*; providência identificada por parte da doutrina como ato típico de “jurisdição voluntária”.<sup>394</sup> Hoje, contudo, a citada Lei nº 9.307/96 dispensou a prévia homologação (art. 18), tornando posterior e — principalmente — *eventual* o aludido controle, no sentido de que a sentença arbitral é perfeitamente apta a produzir efeitos independentemente da prévia “chancela” estatal.

Merece destaque a circunstância de que — excetuada a previsão expressa de tutela específica na hipótese de inadimplemento da cláusula compromissória — a alteração trazida pela nova legislação cingiu-se ao *momento* e à *forma* do controle, não havendo modificação substancial quanto ao respectivo *objeto*. Vale dizer: aquilo que era fundamento para invalidação do “laudo” arbitral continua, *grosso modo*, a ser fundamento para a “sentença” arbitral.

Nessa linha de raciocínio, retorna-se, inevitavelmente, ao tema das “vias” de acesso ao controle estatal, o que, em termos mais corretos, vai se traduzir nos fundamentos — “causas de pedir” — aptos à desconstituição da sentença arbitral.<sup>395</sup>

Tomando-se, para fins de exposição e raciocínio, as disposições da lei brasileira em vigor, tem-se que a mesma estabelece duas “vias” processuais aptas a impedir exigências da parte fundada em uma sentença arbitral: primeira, uma ação de “nulidade da sentença arbitral” (art. 33, *caput*); segunda, a ação de “embargos do devedor”.

Quanto a essas “ações” estabelecidas pela lei, tem-se que o diploma legal não as “criou”, não sendo as mesmas mais do que decorrência direta das garantias “gerais” e “atípicas” da *ação* e da *inafastabilidade*. Não houvesse a previsão legal, nem por isso a parte que se reputasse prejudicada deixaria de ter “ação” para invalidar ou declarar ineficaz a sentença arbitral.<sup>396</sup>

393 Cf. Carlos Alberto Carmona: “O juízo homologatório em objeto distinto do juízo arbitral: enquanto os árbitros dirimem o litígio, o juiz togado limita-se basicamente a aferir a regularidade do compromisso e do laudo” (cf. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, p. 120).

394 Por todos, confira-se Carmona, *A arbitragem*, p. 119.

395 Ou, eventualmente, à simples e suficiente declaração da inexistência de relação jurídica da qual decorra obrigação para uma das partes, ante a exigência da outra.

396 Com base nesse raciocínio, não se deve descartar que os atos do árbitro — outros, que não a própria sentença arbitral — são igualmente impugnáveis se contrários às disposições e garantias estabelecidas pela própria lei. Embora vícios anteriores à sentença arbitral possam servir de fundamento à ação anulatória desse ato final, nada impede que, desde logo, seja promovida demanda com o objetivo de desconstituir atos preparatórios da sentença arbitral. O raciocínio, aqui, é diverso do âmbito jurisdicional, em que os atos processuais não podem ser simplesmente anulados, estando submetidos a um regime de recursos. A questão será a de saber do interesse processual para a propositura da demanda de que se cogitou, sendo o caso de se avaliar a utilidade do provimento em questão, diante dos “indicadores” *necessidade e adequação*.

A questão é muito mais dos *fundamentos* aptos a semelhante invalidação. Como retroassinalado, torna-se ao tema da tipicidade ou atipicidade de “ações” a partir da respectiva causa de pedir.<sup>397</sup> Aqui, porém, ao contrário do que se vê na hipótese da *ação rescisória* (de sentença judicial), parece temeroso — para dizer o menos — falar-se em uma suposta tipicidade de ação (pela *causa petendi*), eis que não se pode reputar taxativo o rol de fundamentos trazidos pela legislação.<sup>398</sup>

Quanto ao “caminho” da “ação anulatória”,<sup>399</sup> conforme adiantado, não parece lícito estabelecer uma correspondência entre ela e a “rescisória” (de sentença “judicial”): primeiro, porque a decisão contida na “sentença” arbitral é imposta por terceiro e não pelo próprio Estado, de sorte a se recomendar uma visão ampliativa do ingresso em juízo; segundo, porque as próprias causas elencadas para essa “anulatória” são de tal forma “abertas” e “atípicas”, que seria no mínimo impróprio falar-se em um rol taxativo de causas autorizadoras da invalidação.<sup>400, 401</sup>

397 Sempre com a atenção voltada para o rigor metodológico, ressalte-se a “volta” à perspectiva do ingresso em juízo (tipicidade sob o ângulo da “ação”).

398 Na Lei nº 9.307/96, pelo art. 32.

399 Alfredo Buzaid lembra que a matéria foi largamente examinada, embora em contexto legislativo diverso do ora vigente, por Rui Barbosa. Este, já asseverara que “Desde o direito comum, que sucedeu, na Europa, ao direito romano, até as mais modernas codificações processuais, como a germânica, a legislação, a doutrina e a jurisprudência, por toda a parte, reconhecem e estabelecem, geralmente, como remédio contra as sentenças arbitrais nulas, a *ação de nulidade*” (cf. **Rui Barbosa — processualista civil e outros estudos**, p. 65-66). Rui Barbosa, ainda que implicitamente, relaciona esse direito “às ações de nulidade e rescisão das sentenças arbitrais”, de um lado, à inafastabilidade do controle jurisdicional, de outro, ao afirmar ser aquele direito “absolutamente irrenunciável”. E diz: “A renúncia ao direito de impugnar o laudo não pode tirar às partes o direito de contestarem a validade a um compromisso, a que faltem os elementos constitutivos do pacto compromissório, ou a uma sentença que não tenha as qualidades essenciais a toda sentença” (cf. ob. cit. p. 66-67).

400 Para ilustrar o quanto afirmado no texto, basta atentar para a hipótese contida no inciso VII do art. 32 da Lei nº 9.307/96, que estatui, como causa de invalidade da sentença arbitral o desrespeito aos “princípios” de que trata o art. 21, § 2º da mesma lei. Embora esses “princípios” estejam positivados na legislação, não perdem o caráter bastante marcante de atipicidade, dada a generalidade da fórmula; certamente mais ampla do que a empregada pelo inciso V do art. 485 do CPC, que exige a ofensa de preceito legal em sua *literalidade*. Nesse sentido, aliás, identifica-se aresto do STJ, conforme anotado por Theotonio Negrão, in **Código de processo civil**, p. 350, nota 20 ao art. 485, V, do CPC. Sobre esse tema, contudo, merecem ser conferidas as observações feitas pelo referido autor, em notas 26 e 26a ao mesmo citado dispositivo legal, defendendo a rescisória fundada na alegação de violação de princípio emergente do ordenamento (cf. ob. cit. p. 352-353).

401 É pensar, também, nas causas “atípicas” de invalidade tanto do compromisso arbitral, quanto da cláusula compromissória; causas que, situadas também no plano do direito material, excluem qualquer tentativa metodologicamente válida de identificar essa “ação anulatória” como “típica”. Em sentido substancialmente diverso, admitindo o cabimento da *ação rescisória* (“como único procedimento jurisdicional efetivo para atacar o mérito de decisões arbitrais”), Cássio M. C. Penteadó Júnior, **Intervenção do Judiciário em matéria de arbitragem**, p. 28. Esse autor, inclusive, admite o emprego do mandado de segurança contra ato do árbitro, ao argumento de que este seria equiparado ao

Como  
partir  
hipótese  
menos  
que não

Quando ao “caminho” dos embargos do devedor, valem as considerações retro, acrescentando-se quanto já assinalado a propósito da *atipicidade* dessa modalidade de ação em tópico precedente.

## 2.2 Atuação estatal da vontade concreta da lei fora do Poder Judiciário: a hipótese particular do *impeachment*

parece  
atenção  
postea  
visão  
acadas  
únimo  
400, 401

Por regra, a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário a quem compete a atuação da vontade concreta do direito. Excepcionalmente, essa função pode estar reservada a órgão estranho a esses quadros,<sup>402</sup> como é o caso, no direito positivo brasileiro, do julgamento do Presidente da República, pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

tiva do

Trata-se de hipótese em que a função jurisdicional é exercida de forma *atípica*, tomando-se essa qualificação em sentido consideravelmente genérico.

islativo  
m, que  
como a  
elecem,  
osa —  
aciona  
dade do  
diz: “A  
le a um  
atenção

Entretanto, de útil e proveitoso para os fins da presente investigação, extrai-se dessa hipótese *atípica* a questão de saber se o julgamento editado pelo Senado é, ou não, passível de “reexame” pelo Poder Judiciário. Por outras palavras, essa hipótese propõe a indagação de ser possível, por meio do exercício da *ação e da garantia da inafastabilidade*, obter-se controle “jurisdicional” pelo Poder Judiciário.<sup>403</sup>

art. 32  
o aos  
dos na  
rmula;  
nsa de  
notado  
re esse  
26a ao  
ncípio

A matéria, cumpre ressaltar, é controvertida no âmbito doutrinário,<sup>404</sup> não sendo desconhecida da jurisprudência pátria.<sup>405</sup> Sem embargos das divergên-

funcionário público, “ainda que para fins penais” (cf. ob. e loc. cit.). Embora a tese do cabimento do mandado de segurança seja sedutora, não parece necessário recorrer a esse “instrumento”. Contudo, deve prevalecer a regra de que os atos do árbitro, nos limites apontados no texto, podem e devem ser controlados no âmbito estatal jurisdicional. Se o ato do árbitro é ilegal e causa prejuízo a uma das partes submetidas à arbitragem, não se deve descartar a possibilidade da imediata propositura de demanda para desconstituição desse mesmo ato. E, nesse caso, havendo urgência, nada obsta o emprego de técnica processual de sumarização da tutela, através da tutela cautelar ou mesmo da tutela antecipada, conforme a presença dos respectivos requisitos.

402 José Raimundo Gomes da Cruz adere francamente à tese da “função jurisdicional alheia ao Poder Judiciário”, especificando, no sistema brasileiro, além do *impeachment* de que se trata no texto, outras hipóteses de função jurisdicional fora daquele âmbito (cf. **O controle jurisdicional do processo disciplinar**, n. 39, p. 360 ss).

403 Isto é, se existe algum “tipo” de “instrumento” ou “remédio” para o controle jurisdicional de alegada lesão de direito.

404 Para um amplo exame da matéria, confira-se Paulo Brossard, **O impeachment**, p. 150 ss, com exame da jurisprudência pátria e estrangeira, bem como das principais vozes doutrinárias a respeito. A conclusão dos constitucionalistas — que nos parece correta — é peremptória no sentido de que não cabe ao Judiciário, mesmo a pretexto de alegação de lesão de direito, exercer qualquer forma de controle (cf. ob. cit. p. 163).

405 Em tempos relativamente recentes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, indeferiu

cias, aceita a premissa de que — por exceção — a função exercida pelo Senado é essencialmente *jurisdiccional*, não resta dúvida de que não é possível qualquer forma de controle daquele julgamento pelo Judiciário. Portanto, não há “formas” ou “mecanismos” para se apreciar alegação de lesão de direito pela simples razão de que essas alegações são deduzidas e julgadas fora do Poder Judiciário, embora mediante o exercício de uma função estritamente jurisdiccional.<sup>406</sup> Nesse caso, não se pode propriamente dizer que a *atipicidade* da ação cede, porque não é sequer o caso de se levar ao Judiciário, pelo exercício da ação, o conhecimento da matéria.

### 3 Tipologias da jurisdição: observações críticas

Ainda sob o enfoque da atividade ou função, a jurisdição costuma ser dividida em “espécies”, às vezes se falando em “tipos” de jurisdição como a “civil” e a “penal”, a “especial” e a “comum”, a “contenciosa” e a “voluntária”, por exemplo.

Mesmo que se pusesse em dúvida o acerto e a coerência de uma teoria geral do processo, o reconhecimento da jurisdição como expressão do poder estatal — que é uno e indivisível — impediria que se estabelecesse, com rigor científico, uma tipologia dessa atividade ou função. Qualquer categorização dessa ordem pode ter inegável utilidade didática ou de demonstração de certos fenômenos que, à base do exercício da jurisdição, variam segundo diferentes critérios (o objeto do direito material discutido, a posição hierárquica dos órgãos que a exercem ou outros que são exteriores à atividade propriamente dita). Tipologia dessa natureza escapa ao objeto do presente estudo porquanto examiná-la seria estudar a própria jurisdição, em suas diferentes manifestações concretas.

Contudo, dos “modelos” traçados para a jurisdição, pelo menos um deles apresenta alguma relevância para o estudo da tipicidade da tutela jurisdiccional. Trata-se da contraposição entre jurisdição “de direito” e jurisdição “de equidade”.

O tema é, por si só, consideravelmente amplo, de tal sorte que tratá-lo à saciedade seria tarefa impossível, considerados os limites deste estudo. Contudo, não se pode deixar de divisar certa *atipicidade* como característica marcante dos julgamentos “por equidade”, em que o juiz não está preso a “modelos” pre-estabelecidos pelo direito material (não apenas a lei), mas em que tem liberdade

mandado de segurança impetrado por presidente da República, mas não sem antes reconhecer a possibilidade do controle jurisdiccional sobre a decisão do Senado (MS n. 21.689-1).

406 Paulo Brossard, na obra citada em nota precedente, invoca a natureza do *impeachment* — “medida política aplicada a um problema político” — para concluir pela impossibilidade do controle pelo Poder Judiciário. Embora o raciocínio indubitavelmente esteja certo, é preciso frisar que não se subtrai do Judiciário o controle de alegação de lesão de direito. A função jurisdiccional é que é exercida fora do Judiciário. Sustentar o cabimento do controle por esse último seria o mesmo que admitir a existência de uma modalidade recursal, vez que a essência da atividade é a mesma. Podem não ser idênticos os critérios de julgamento, mas a atividade, repita-se, é essencialmente a mesma.

para estabelecer a regra para o caso concreto.<sup>407, 408</sup> De outra parte, e curiosamente, o julgamento por equidade (ao menos no sistema brasileiro) somente é admitido quando expressamente previsto em lei, donde, por esse outro lado, estar associado a uma regra de tipicidade, em que vigora uma espécie de “reserva legal”, de tal sorte que o juiz, em princípio, está adstrito a um julgamento “de direito”. Por outras palavras, a atuação “atípica” (por equidade) está condicionada a hipóteses tipificadas (expressamente previstas em lei).<sup>409</sup>

Considerações dessa ordem conduzem também ao tema da chamada “jurisdição voluntária”, em que a atuação da vontade concreta da lei fica submetida a critérios de conveniência e oportunidade. Daí se dizer majoritariamente que essa atividade não é autêntica jurisdição, mas atividade de caráter (“meramente”) administrativo. Nessa forma de atuação estatal, portanto, também haveria certa *atipicidade* da função, estabelecida — em contrapartida — por uma *tipicidade* de hipóteses legais.

#### 4 Jurisdição e competência

A competência, conforme conhecida definição, é a “medida” ou “quantidade” da jurisdição. Pelas regras de competência se estabelece uma autêntica divisão de funções, embora o poder continue uno e indivisível. Daí por que se fala, sem maior rigor técnico, em diferentes “jurisdições” ou, menos corretamente ainda, que este ou aquele órgão judicial não tem “jurisdição” sobre determinado território ou certa controvérsia.

De proveitoso para o presente estudo, o que se constata é que as regras de competência, embora decididamente não induzam a “tipos” de jurisdição, acabam funcionando como uma espécie de “fio condutor” na *passagem do abstrato para o concreto* — fenômeno reiteradamente associado ao “tipo”, em contraposição ao “conceito”, conforme examinado anteriormente. Vale dizer: no “caminho” entre a garantia ampla e geral (“atípica” ou “conceitual”) da *ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional*, de um lado, e a prestação

407 Por opção (e porque parece mais correto), examina-se a *tipicidade* ou *atipicidade* do julgamento por equidade a propósito do exame da jurisdição como função ou atividade. Exame dessa natureza poderia ser feito a propósito da própria “tutela jurisdicional”, assim entendido o resultado do processo, isto é, o provimento final.

408 Segundo lembrança de Luigi Ferrajoli, a definição que remonta a Aristóteles diz que equidade é “a justiça do caso concreto”. Diz Ferrajoli: “L’equità varrebbe quindi a colmare il divario tra l’astrattezza della fattispecie legale e la concretezza del caso giudicato” (cf. **Diritto e ragione**, p. 136-137).

409 Consoante observação de Cândido Dinamarco, “no sistema processual comum está dito de modo expresso que ‘o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei’ (CPC, art. 127)”. E, partindo dessa premissa, Dinamarco negava que o sistema dos Juizados de Pequenas Causas estivesse assentado em juízo de equidade, afirmando tratar-se de juízo de direito. O aludido processualista divisava no art. 5º da Lei nº 7.244/84 apenas “uma diretriz voltada à boa execução da arte de julgar” (cf. **Princípios e critérios no processo das pequenas causas**, n. 7, p. 114-117).

em concreto da tutela jurisdicional, de outro lado, situam-se, entre outras, as regras de competência.<sup>410</sup>

Para recorrer a imagens, é como se a ação estabelecesse uma primeira grande “porta” que, superada sem maiores dificuldades, conduz o interessado a outras variadas “portas”. Para que se “encontre” a tutela jurisdicional almejada, é preciso identificar qual dessas “portas” leva ao agente competente, isto é, aquele que em concreto — dando a “medida da jurisdição” — controlará a alegada lesão (ou ameaça de lesão) de direito.<sup>411</sup>

Semelhante perspectiva da jurisdição não apenas explica o sentido de se falar — ainda que impropriamente — em “tipos” de jurisdição com base em regras de competência. Referida ótica insere o tema da competência no contexto do efetivo acesso ao controle jurisdicional e, portanto, da efetividade da tutela jurisdicional, merecendo ser tratado sempre com essa dignidade. Isso tem particular importância nas situações de urgência, que reclamam tutela cautelar ou até mesmo antecipada. Em tais casos, não é admissível que dúvidas acerca da competência — acarretando retardamento na apreciação do pedido de tutela urgente — ponham em risco a efetividade da tutela jurisdicional, cabendo sempre lembrar que todo juiz é investido de jurisdição e como tal — ainda que se reconheça incompetente — apto a tutelar situações como as referidas.<sup>412</sup>

Em última análise, regras acerca da competência nada mais fazem que “regulamentar” o exercício da ação e do controle jurisdicional, determinando perante quem se deve postular, em concreto, a tutela jurisdicional e, conseqüentemente, quem pode e deve prestá-la. Vale dizer: as regras de competência integram o “caminho” que o interessado deve percorrer até o provimento final e, nessa medida, mantêm um ponto em comum com as regras de natureza procedimental.

410 Ao fixar as regras de competência, consoante observação de José Roberto Bedaque, o legislador leva em conta critérios em boa parte ditados pela relação material controvertida (Cf. **Direito e processo**, p. 66), ficando mais ainda evidente a *passagem* do abstrato para o concreto.

411 Sob essa ótica, conforme observação colhida em Walter J. Habscheid — ao analisar comparativamente diferentes sistemas de competência —, uma “jurisdição unificada”, competente para toda e qualquer controvérsia, seria talvez a solução ideal. Contudo, nenhum dos sistemas por ele examinados conhece tal solução. A “especialização” — que decorre das regras de competência — permite um aprofundamento e uma individualização mais segura das soluções jurisprudenciais. Habscheid, porém, destaca o risco de um “empobrecimento” dos órgãos ordinários, bem como de uma postura “unilateral” dos órgãos especiais, perdendo de vista o desenvolvimento geral do direito positivo (cf. **Introduzione al diritto processuale civile comparato**, p. 58-59).

412 Embora considerada a questão da urgência, que pode estar associada à antecipação de tutela, é certo, por outro lado, que as questões acerca da competência, consoante lição de Adolfo Shönke, não devem adiantar o debate e a resolução sobre o mérito mais do que estritamente necessário (cf. **Derecho procesal civil**, p. 133). Esse, aliás, é o entendimento da jurisprudência: no que tange à competência, “sua análise deve ser feita ‘em face dos termos em que a demanda está posta na inicial’” (cf. José Roberto dos Santos Bedaque, in **Competência e Suspeição — Julgados e Pareceres**, p. 129, com ampla referência jurisprudencial).

Por isso é que, como no âmbito do procedimento, também na competência há órgãos com competência *residual*, isto é, competentes quando outros, por regras especiais ou expressas, não o forem. Assim, ninguém ficará privado do controle jurisdicional em concreto, pela “falta” de um (“tipo” de) órgão competente.

## 5 Jurisdição sob o ângulo de seu resultado: “tutela jurisdicional”

Consoante destacado, a locução “tutela jurisdicional” pode ser relacionada com o *resultado* da atividade jurisdicional, isto é, com o provimento jurisdicional para o qual se aparelham determinados *meios*. Esse é, aliás, o sentido em que a expressão é mais comumente empregada, prestando-se a traduzir, de ordinário, o resultado do processo em prol do vencedor.<sup>413</sup> É nesse sentido que a expressão “tutela jurisdicional” viu-se “recuperada” nos estudos do direito processual e tem merecido especial ênfase na doutrina recente: tanto sob o ângulo de visão do Estado, quanto do ponto de vista “consumidor” da Justiça, o processo tem sua efetividade medida pelos *resultados* substanciais que é apto a proporcionar.

Portanto, doravante (nos tópicos seguintes), quando se falar em “tutela jurisdicional”, estar-se-á pensando nesse *resultado*, isto é, no *provimento* jurisdicional e em seus respectivos *efeitos* — processuais e substanciais.

Convém apenas lembrar que, entre o momento de invocação da tutela jurisdicional (estudo feito aqui sob o ângulo da *ação*) e a edição do provimento final, situam-se os *meios* predispostos à consecução desse objetivo.<sup>414</sup> Tais *meios* serão examinados na seqüência, sob a ótica do *processo* e do *procedimento*, fechando-se o quadro<sup>415</sup> em que inserida a “tutela jurisdicional”, em sua dimensão mais ampla.

Impende também, e desde logo, frisar a impossibilidade de desvinculação entre *resultados* (“tutela” em favor do vencedor), de um lado, e *formas de invocação* desse resultado e os *meios* empregados para a respectiva formação. Não há e

413 Não se pode afirmar que esse conceito de “tutela jurisdicional” seja sincrético ou mesmo “concretista”, isto é, que traia a pureza conceitual e científica do direito processual. Com efeito, não há como pensar nos resultados proporcionados (ou proporcionáveis) pelo processo sem recorrer ao direito material. Quando menos, pensamento dessa natureza seria muito pobre, eis que a eficácia processual do provimento é sempre instrumental, isto é, destinada à produção de outros efeitos, situados no plano material. De que adiantaria, por exemplo, tratar da “tutela condenatória/executiva” sem cogitar do direito material e da prestação a ser imposta? Ora, é sabido que os meios e o provimento variam segundo a natureza do direito ou interesse material em jogo, de tal sorte que não há maior utilidade em se pensar apenas no resultado sob o ângulo processual.

414 Onde, lembre-se, reside também uma forma de “tutela”.

415 Vale dizer: com o exame dos *meios* (processo e procedimento), das *formas de invocação da tutela* (ação), da própria *atividade* estatal jurisdicional e dos *resultados* do processo terão sido examinados todos os aspectos relevantes à idéia de “tutela jurisdicional”, sob os ângulos do tipo e da tipicidade.

nunca haverá resultado adequado sem que se estabeleçam “canais” e “instrumentos” adequados para que aquele seja alcançado. É nisso, aliás, que consiste a instrumentalidade do processo.<sup>416</sup>

## 6 Tipicidade e universalidade da tutela jurisdicional

Dentro dos limites anteriormente estabelecidos, tem-se como certo que as garantias constitucionais da *ação* e da *inafastabilidade do controle jurisdicional* devem ser interpretadas de sorte a delas se extrair “formas de tutela”<sup>417</sup> ou “tipos de provimento”<sup>418</sup> aptos a solucionar, efetiva e adequadamente, todas as situações de violação (ou ameaça de violação) de direitos e interesses protegidos no plano substancial. Por outras palavras, é preciso extrair das aludidas garantias — e do sistema processual que as “regulamenta” — efeitos aptos à tutela de todos os direitos ou posições jurídicas de vantagem. Daí a ênfase que a doutrina moderna tem dado aos *resultados* que o processo é apto a proporcionar.<sup>419</sup>

Para isso, em primeiro lugar, é preciso reconhecer a *atipicidade* da tutela jurisdicional, no sentido de que, ao menos em princípio, não há um “rol” previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos e interesses materiais. Essa atipicidade, é certo, já fora indicada quando do exame da “ação” e dela não é mais do que um desdobramento. A “cobertura geral” que representa a ação desemboca em “tutela” de idêntica natureza.

Em segundo lugar, é preciso ter em conta que as “formas de tutela” ou os “tipos” de provimento são estabelecidos com base na situação substancial, que estabelece não apenas qual o “bem da vida” a ser proporcionado ao autor, mas bem assim a eficácia jurídica apta a conduzir a esse bem.<sup>420</sup> Portanto, a tutela

416 É assim que se deve entender, por exemplo, a filosofia que norteou as recentes e importantes reformas do Código de Processo Civil brasileiro. A busca de resultados mais aprimorados, céleres e eficazes depende do apuro da técnica processual. Dar ênfase para o resultado é dar ênfase para o instrumento; desconsiderá-lo é certamente dar um passo para a adoção de soluções arbitrárias, incompatíveis com um Estado democrático.

417 Essa é a posição assumida por Luigi Paolo Comoglio ao rever a *ação* em face da *tutela jurisdicional*. Conforme observa Comoglio, a tradicional gama de “ações típicas” resolve-se na correspondente “tipologia das formas de tutela”, que a lei permite seja pedida e obtida junto ao juiz; ou, mais especificamente, nos “*effetti giuridici e sui contenuti variabili dei diversi provvedimenti giurisdizionale di tutela*” (cf. **Note riepilogative su azione e forme di tutela**, p. 103-104. Do mesmo autor, ver ainda, **Lezioni sul processo civile**, n. 4, p. 62-63). De forma semelhante, Vitorio Denti, **Azione**, n. 5, p. 11.

418 A expressão, inserida no mesmo contexto, é de Kazuo Watanabe (cf. **Código brasileiro**, p. 519).

419 A preocupação pelo *resultado* “es una verdadera constante del moderno Derecho Procesal” afirmou Jorge W. Peyrano (cf. **El proceso atípico**, p. 224).

420 Sob a ótica do autor, trata-se, respectivamente, do pedido mediato (“bem da vida”) e imediato (efeitos aptos a proporcioná-lo).

jurisdicional deve ser buscada primeiramente no direito material, indagando-se, depois, qual o provimento apto à produção de tais ou quais efeitos substanciais autorizados pelo direito material.

Daí por que a doutrina fala em “reler” o enunciado contido no art. 75 do Código Civil: firmada e posta a salvo de qualquer risco a autonomia científica do direito processual, não há qualquer constrangimento em se admitir que a todo direito deve corresponder um provimento apto a torná-lo efetivo.<sup>421</sup> Ou seja, para toda posição jurídica de vantagem é preciso identificar no sistema — no qual “ação” e “tutela” não são, ao menos em princípio, estatuídos de forma rígida e exhaustiva — um ato estatal apto a proporcionar ao titular a respectiva fruição. A questão, portanto, é saber se o direito material autoriza a produção deste ou daquele efeito jurídico; se positiva a resposta, deve existir um provimento apto a produzi-lo.

Nesse mesmo contexto, é digna de nota, entre nós, a disposição contida no art. 83 da Lei nº 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor — que fala na admissibilidade de “todas as espécies de ações” aptas à tutela dos direitos no respectivo campo de abrangência. Rigorosamente falando, disposições dessa natureza poderiam ser interpretadas como boa ilustração da cultura distorcida de “tipos” de “ações” ou de “tutelas”, mais apta a reforçá-la do que bani-la. Contudo, o que pretendeu o legislador foi precisamente explicitar essa tendência à ampliação da tutela jurisdicional, no sentido anteriormente exposto: se todos os “tipos” são admissíveis, a rigor, existe aí uma *atipicidade*.<sup>422</sup>

Nessa linha ampliativa, a preconizada atipicidade atende à exigência de *universalidade* da tutela jurisdicional, no sentido de que o sistema deve estabelecer “modelos” de provimentos (= resultados) aptos à efetividade de todo e qualquer direito ou interesse material, com o que se obtém inegável alargamento do acesso à justiça. Por outras palavras, na passagem da *atipicidade* da garantia da ação para a *tipicidade* do direito material, é preciso extrair do sistema processual modelos aptos à ligação de um e outro.<sup>423</sup>

Convém reafirmar que a aceitação desses *modelos* de provimentos não deve, ao menos como regra, operar como fator limitativo do acesso ao Poder Judiciário. Pelo contrário: a extensão desses modelos é ditada pelo direito material, a quem incumbe determinar quais os efeitos substanciais que podem e que não podem ser produzidos. Sob esse aspecto, o estabelecimento de *modelos* — idôneos à efetivação de direitos e interesses — pode ser interpretado como uma superação da rigidez da *actio* romana e fator de universalização da tutela jurisdicional.

421 Assim, Ada Pellegrini Grinover, **O processo em sua unidade**, p. 298.

422 O aspecto do indevido estímulo à tipicidade de ações foi por nós criticado, a propósito do citado art. 83, quando escrevemos nosso **Tutela jurisdicional específica**, p. 109, nota 85, em posição agora parcialmente revista, conforme ressalva contida no texto.

423 Amplamente sobre a citada *universalidade*, confira-se Cândido Dinamarco, **A instrumentalidade do processo**, n. 36.1, p. 391 ss; Ada Pellegrini Grinover, **Modernidade do direito processual brasileiro**, n. 5.2, p. 10.

Contudo, há caso em que a “tutela” — entendida como *resultado* proporcionável pelo processo — é prévia e taxativamente limitada pela lei processual, que deliberadamente impõe limites à produção de certos efeitos. É o caso do provimento apto à desconstituição da sentença de mérito transitada em julgado. Daí falar-se na *ação rescisória* como “ação típica”: vista sob o ângulo do resultado decorrente da procedência de uma ação rescisória, a tutela aí prestada pode também reputar-se típica, eis que a situação de desvinculação da coisa julgada (subjéctiva e objetivamente) somente se obtém com base naquele provimento taxativamente autorizado pela lei.<sup>424</sup>

## 7 Tipologia da tutela jurisdicional: observações genéricas

O reconhecimento da *atipicidade* da tutela jurisdicional não impede — ao contrário, recomenda — que se busque uma tipologia dessa mesma tutela. É que categorização dessa ordem desempenha importante papel na compreensão e desenvolvimento do direito processual, notadamente em sua interação com o plano substancial. Dessa forma, é conveniente sistematizar — sem pretender elencá-las taxativamente — as *formas* de tutela para as diferentes situações substanciais dela carentes.<sup>425</sup> Além disso, *tutela* é conceito que somente se completa à luz do direito material (“tutela jurisdicional de direitos”) e, nessa medida, é lógica a busca de semelhante categorização.

As tipologias normalmente encontradas na doutrina levam em conta diferentes critérios, que ora consideram apenas a eficácia processual do provimento, ora consideram aspectos relevantes sob a ótica do plano substancial (ou ambos, de forma coordenada).

A primeira dessas tipologias — “tradicional” ou “clássica”, como se costuma falar em doutrina — é composta das tutelas de *conhecimento*, *executiva* e *cautelar*. Dentro da primeira, também “classicamente”, divisam-se as *tutelas meramente declaratória*, *constitutiva* e *condenatória*.<sup>426</sup> Ao lado dessas, é sabido que parte

424 Conforme se procurou demonstrar, a tipicidade da *ação rescisória* reside essencialmente na taxatividade de seus fundamentos, isto é, na causa de pedir. Contudo, essa tipicidade como que se “completa” pela tipicidade do pedido (imediate e mediato) e correspondente provimento jurisdicional (resultado). Contudo, é preciso observar que isso ocorre apenas no chamado “juízo rescindente” eis que, no chamado “juízo rescisório”, torna-se ao direito material e a buscar, nessa seara, uma tipicidade ou atipicidade. Naquele, pode-se falar em uma eficácia essencialmente “processual”, ao passo que, ao ensejo de um novo julgamento (juízo rescisório), a eficácia jurídica e o “tipo” de provimento serão determinados, novamente, pelo direito material.

425 Inclusive para separar os *resultados* dos *meios* predispostos à respectiva consecução.

426 A classificação “trinária” já foi qualificada de “velharia” por Arakem de Assis, que a reputa fundada em “uma teoria ultrapassada e falsificável” (cf. prefácio à obra **Medidas cautelares — estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva**, p. 10 e **Cumulação de ações**, n. 18. p. 84).

da doutrina — entre nós, cada vez com mais força — identificou outras duas formas ou *tipos* de tutela: a *mandamental* e a *executiva em sentido lato*.

Essa tipologia merece algumas considerações preliminares, sem prejuízo do quanto será dito a propósito do exame de cada uma delas.

A referida sistematização procura levar em conta um dado essencialmente processual, ou seja, a natureza do provimento ou a natureza dos efeitos processuais daí decorrentes. Embora isso seja cientificamente correto, essa “pureza” não se sustenta — ou ao menos não satisfaz plenamente — porque assim como não se completa o pedido imediato sem o mediato, não há como pensar no resultado do processo — exatamente por ser ele instrumental — sem a conjugação das eficácias processual e material do provimento final.

Aliás, essa necessidade de “aproximar”<sup>427</sup> o processual do direito substancial acaba resultando em outras formas de sistematização que, baseadas em critérios diversos, passam a conviver com aquela outra “tradicional”.<sup>428</sup> Assim, fala-se em tutela *preventiva* ou *inibitória*, por oposição à tutela *sancionatória* ou *reparatória*; ou em tutela *coletiva*, por oposição à *individual*; ou tutela *específica*, em oposição a uma tutela *genérica*; ou ainda tutela *antecipada* ou *antecipatória*. Esses outros “tipos” de tutela — que, repita-se, obedecem a critérios diversos — serão examinados com base nos demais, valendo apenas observar que eles não são necessariamente excludentes, entre si; pelo contrário, boa parte dessas qualificações convivem (“combinam-se”, por assim dizer) e, conjuntamente, podem ajudar a visualizar com maior clareza o fenômeno processual.<sup>429</sup>

Tornando à tipologia “tradicional”, convém também observar, ainda sob um ângulo genérico, que a tríplice divisão em *conhecimento*, *execução* e *cautelar* efetivamente

427 “Relativizando” o binômio direito/processo.

428 Entre nós, Luiz Guilherme Marinoni falou da necessidade de uma nova classificação das tutelas em função dos resultados, substituindo-se a tradicional classificação pelos conceitos de tutela *ressarcitória*, *restitutória*, *represtinatória* e *inibitória* (cf. **Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito**, n. 10, p. 356-357).

429 Isso não significa aceitar a teoria, desenvolvida por Pontes de Miranda, de “combinação de eficácias” e atribuição de “pesos”, em números rigorosamente não justificados ou explicados (cf. **Tratado das ações**, v. 1, p. 122 ss). Mesmo Arakem de Assis, que aceita o pensamento de Pontes de Miranda, reconhece a impropriedade da “rígida compartimentação das eficácias em constante quinze”, observando que essa classificação “desperta, naturalmente, dúvidas devido à sua rigidez” (cf. **Cumulação de ações**, p. 81, nota 300). Não se nega que o exercício da ação, mediante a propositura de uma demanda, possa conduzir à edição de um provimento que propicie diferentes formas de tutela. A hipótese da ação de despejo (exemplo lembrado por Arakem de Assis) realmente propicia (em alguns casos) tutela constitutiva negativa (operando o desfazimento da relação contratual) e tutela condenatória (ou de prestação), sendo que a última não se resolve em um processo de execução, vez que a prática dos atos executivos dispensa a instauração de uma nova relação jurídica processual. Tudo isso pode, porém, ser constatado sem se recorrer a cálculos mirabolantes, tanto quanto obscuros, que nada têm de científico e não explicam a essência da tutela propiciada, bem como o modo de atuação prática dos direitos reconhecidos na sentença.

apresenta algumas incongruências, quando se pensa exclusivamente em *tutela* como *resultado*. Sob essa ótica, por exemplo, o “conhecimento” é próprio da *atividade* desenvolvida, não se podendo falar rigorosamente em provimento (= resultado) cognitivo, mas em provimento declaratório (em sentido lato). Portanto, o *processo* pode ser corretamente qualificado como *cognitivo*, mas não assim o provimento — não ao menos em um sentido mais próprio e rigoroso.

Nessa mesma linha de raciocínio, nem sempre a atividade executiva se realiza no âmbito de um processo — um “novo processo” — de execução, isto é, com a instauração de uma nova relação jurídica processual, distinta daquela gerada pela demanda originária, que instaurou o processo “de conhecimento”. Nesse particular, o sistema conhece hipóteses em que os atos de execução têm lugar no próprio processo instaurado para a cognição.<sup>430</sup>

Ainda na tipologia “clássica”, há alguma impropriedade — quando se pensa em tutela como *resultado* —, por exemplo, em se falar na *tutela* condenatória que, a rigor, nada propicia de efetivo ao demandante. Daí por que se fala, em doutrina, em uma tutela “condenatória/executiva”, uma vez que a efetiva entrega do bem ao credor somente se opera por meio dos atos de execução e pelo *resultado* por eles proporcionado.<sup>431</sup>

Entretanto, feitas tais considerações, é preciso examinar cada uma das modalidades de tutela, advertindo-se, contudo, que semelhante incursão obviamente não terá qualquer pretensão exaustiva, tendo dois objetivos certos e determinados: primeiro, aferir a coerência da categorização, com base nos critérios para tanto propostos; segundo, examinar cada qual dos provimentos à luz do tipo e da tipicidade.

## 8 Tutela meramente declaratória

A tutela meramente declaratória presta-se a sanar “crises de certeza”, prestando-se a eliminar dúvida objetiva acerca da existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica.

O direito à certificação — ou o direito à certeza jurídica —, embora possa ser divisado no plano substancial, reputa-se uma decorrência inafastável do próprio direito de ação e da garantia de acesso à tutela jurisdicional.<sup>432</sup> A esse propósito,

430 E sem que isso cause maiores perplexidades, tanto mais em vista da antecipação de tutela.

431 Cf. José Roberto Bedaque, *Direito e processo*, p. 33.

432 Em Chiovenda, se encontra a idéia de que a declaração da vontade da lei é, por si só, um bem, à medida que da certeza estabelecida pela sentença decorrem vantagens como a segurança do gozo e disponibilidade de bens, além de confiança, exatidão e tranquilidade nas relações humanas. Na declaração positiva, adiciona-se segurança à expectativa do respectivo titular; na negativa, proporciona-se a certeza de o titular não estar sujeito à pretensão ou poder do adversário (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 210-211).

basta l  
modalid  
da jurisd  
importã

Assi  
entre n  
Process  
invocáv  
Não  
preced  
(como,  
presen  
medid  
utilida

Em  
mer  
Lan  
asp  
Tut

433 Seg  
ale  
nes  
o q  
pro

434 An  
o it  
me  
tex  
sen  
qua  
ital  
ont  
l'ir  
mi  
sor  
avu  
del  
Le

435 De  
ger  
ag  
exp  
pr  
do  
L'

basta lembrar que a função declaratória está presente em toda e qualquer modalidade de provimento dito “cognitivo”, sendo inerente ao próprio exercício da jurisdição. Aliás, o sentido etimológico dessa última — embora de relativa importância — reforça a tese.

Assim sendo, a possibilidade de invocação da tutela meramente declaratória, entre nós, não decorre simplesmente da regra inserta no art. 4º do Código de Processo Civil<sup>433</sup> que, a rigor, poderia não existir e nem por isso deixaria de ser invocável essa modalidade de provimento.<sup>434</sup>

Não se pode deixar de considerar — embora isso não infirme as considerações precedentes — que a viabilidade da invocação dessa forma de tutela depende (como, de resto, depende a invocação de qualquer outra forma de tutela) da presença do *legítimo interesse de agir*.<sup>435</sup> A questão, então, é saber em que medida o provimento estatal de semelhante eficácia trará ao demandante *utilidade*. Será necessário, então, aferir a presença dos indicadores dessa

---

Em doutrina, fala-se também em um “direito à integridade da esfera jurídica”, a justificar a tutela meramente declaratória (cf. Elio Fazzalari, *Noite in tema di diritto e processo*, p. 101-104 e Lucio Lanfranchi, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, p. 225 ss). Sobre esses aspectos e, ainda, sobre o direito tutelado pela sentença meramente declaratória, confira-se nosso *Tutela jurisdicional meramente declaratória*, n. 3, especialmente p. 46-47.

433 Segundo notícia Sergio Costa, a previsão da ação meramente declaratória é explícita nos direitos alemão, húngaro, inglês e em muitos ordenamentos dos Estados Unidos da América, afirmando que nesses últimos ordenamentos (inglês e americano) essa modalidade de tutela encontrou maior aplicação, o que, segundo explica o autor, dever-se-ia ao espírito prático desses povos (cf. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 37).

434 Andrea Proto Pisani analisa essa questão particular, lembrando que, diferentemente de outros sistemas, o italiano não prevê uma regra da qual se possa extrair, expressamente, a admissibilidade geral da tutela meramente declaratória (“mero accertamento”). Um pouco diversamente do quanto sustentado no texto, Proto Pisani afirma que isso não se altera simplesmente pela garantia constitucional da ação que, sem determinar o conteúdo dos provimentos, poderia ensejar tanto o entendimento da atipicidade, quanto da tipicidade dessa forma de tutela. Contudo, após examinar hipóteses típicas no ordenamento italiano, Proto Pisani afirma não poder divisar, na estrutura ou conteúdo dos direitos, um limite ontológico à mera declaração. E conclui: “Com queste osservazioni si può considerare conclusa l’indagine relativa al carattere atipico della tutela di mero accertamento: i dubbi sollevati da un settore minoritario della dottrina, e che probabilmente trovano il loro fondamento in motivi di carattere storico, sono oggi da ritenere infondati alla stregua di nostro diritto positivo; tali dubbi, peraltro, non hanno mai avuto riscontro nell’ambito della prassi giurisprudenziale in cui non si è mai dubitato della ammissibilità della tutela di mero accertamento anche al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge” (cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 149 ss, especialmente p. 153, de onde se extraiu a citação).

435 De acordo, Andrea Proto Pisani (cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 153), ao traçar “limites gerais à admissibilidade em concreto da tutela meramente declaratória”, referindo-se ao interesse de agir como um “filtro” operante sobretudo nessa hipótese (o que mais se explica pela falta de norma expressa no ordenamento italiano). Assim também o mesmo autor, in *Commentario del codice di procedura civile*, libro primo, t. 2, p. 1.076. De forma semelhante, afirmando que a regra do art. 100 do CPC italiano encontra aplicação nas ações meramente declaratórias, já se manifestara Aldo Attardi, *L’interesse ad agire*, n. 18, p. 159.

condição da ação, isto é, necessidade e adequação do provimento para remediar a solução lamentada pelo autor.<sup>436</sup>

Contudo, superada a questão do interesse de agir, pode-se dizer da tutela meramente declaratória — talvez mais do que qualquer outra forma de tutela — ser aquela que não apresenta contornos de tipicidade, não se encontrando sujeita — salvo as exceções referidas na seqüência — a nenhuma espécie de “previsão legal” para que possa ser invocada e não está presa a um *modelo* legal.<sup>437</sup>

Para finalizar, convém examinar algumas situações particulares. Para tanto, convém lembrar que, quando buscada a tipicidade da ação na causa de pedir, já foram examinadas hipóteses de ações ou tutelas meramente declaratórias. Contudo, a ênfase dada ao tema, naquela passagem, foi para a tipicidade ou atipicidade dos *fundamentos* aptos a ensejar a invocação de provimentos dessa natureza.<sup>438</sup> Convém agora, em complemento, examinar a eventual tipicidade do próprio *provimento*, em casos específicos, notadamente em face do direito positivo brasileiro.

### 8.1 Exame da questão a propósito da ação civil pública

Antes do advento da Lei nº 8.078/90, a Lei nº 7.347/84 — “regulamentadora” da ação civil pública — era explícita tão-somente quanto à possibilidade da invocação de tutela condenatória (“condenação em dinheiro” ou “cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, segundo a dicção do seu art. 3º). No entanto, e desde que presente o legítimo interesse de agir, dúvida não poderia restar — mesmo naquele contexto — de que era perfeitamente possível e adequado o aforamento de ação meramente declaratória para a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos tutelados naquele âmbito.<sup>439</sup>

436 A propósito do interesse de agir na ação meramente declaratória, confirma-se João Batista Lopes, para quem a presença dessa condição pode ocorrer mesmo “sem que exista incerteza ou dúvida quanto à existência ou inexistência de relação jurídica”. Daí por que o aludido processualista afirma: “A ação declaratória não visa, na verdade, a desfazer dúvida ou incerteza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica, mas objetiva o valor segurança, emergente da coisa julgada” (cf. **Ação declaratória**, p. 54-55).

437 É certo, contudo, que a tutela meramente declaratória se circunscreve à relação jurídica, no sentido de ser descabida a declaratória de mero fato ou de questão de direito (cf. João Batista Lopes, **Ação declaratória**, p. 57, e Arruda Alvim, **Manual de direito processual civil**, v. 1, n. 124, p. 381-382). Andrea Proto Pisani, confirmando a assertiva retro, encontra seu fundamento na exigência de garantia constitucional de defesa do demandado, de tutela substancial e não meramente formal. Assim, para que o direito de defesa seja concretamente exercitado, a parte deve poder saber contra o que se defende, deve poder saber qual é o bem concretamente pleiteado pelo autor e qual o prejuízo que pode resultar do acolhimento da demanda (cf. **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 155).

438 Assim também quanto à legitimidade para a invocação de tutela dessa natureza, quando do exame das condições da ação.

439 Reafirme-se a ressalva quanto à configuração, em concreto, do legítimo interesse de agir, configurando a utilidade do provimento, quer para o demandante, quer para o próprio Estado.

Posteriormente, o art. 117 da Lei nº 8.078/90, já mencionada, deu nova redação ao art. 21 da Lei nº 7.347/90, explicitando a aplicabilidade das disposições processuais do primeiro ao segundo diploma, de tal sorte que passaram a se reputar “cabíveis” todas e quaisquer “ações” para a adequada tutela dos direitos protegidos no âmbito da ação civil pública, diante da regra do art. 83 do Código do Consumidor.<sup>440</sup>

## 8.2 *Idem*: os Juizados Especiais Cíveis

Outra situação que merece atenção, a propósito do tema enfocado, é a da disciplina imposta pela Lei nº 9.099/95, regulamentadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Antes dela, como se sabe, vigorou a Lei nº 7.244/84 — disciplinadora dos Juizados de Pequenas Causas — que, em seu art. 3º, cuidava de “tipificar” o “objeto” das causas passíveis de serem submetidas àquele juízo, prevendo diferentes formas de condenação (incisos I e II), mas admitindo declaração apenas da “nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes” (inciso III, parte final). A legislação em vigor não repetiu o dispositivo, empregando técnica ligeiramente diversa (art. 3º).

Na verdade, os “tipos” estabelecidos pela Lei nº 7.244/84 só podiam ser interpretados como regras de competência ou, por ângulo diverso, como regras de adequação do procedimento, para se configurar o interesse processual. Contudo, o verdadeiro critério não era o do provimento jurisdicional, mas sim o da *matéria* debatida (critério objetivo colhido na relação material controvertida). Tanto isso é verdade, que o § 1º do mesmo art. 3º elencava diferentes matérias excluídas da alçada dos Juizados. Tanto mais isso se evidencia quando se vê que a Lei nº 9.099/95 tratou do assunto ao ensejo da *competência*, deixando claro que o ingresso em juízo não fica propriamente limitado pelo “tipo” ou “espécie” de provimento, mas à matéria que lhe é subjacente.<sup>441</sup>

Dessa forma, não se poderia descartar — como hoje também não se pode — que, dentro dos limites estabelecidos pelos critérios legais (valor e matéria), são admissíveis perante os Juizados Especiais Cíveis todos os tipos de provimentos e, para o que interessa neste momento, também a invocação de tutela meramente declaratória.<sup>442, 443</sup>

440 Explicitamente nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (cf. **Código de processo civil**, p. 1.725).

441 Para a Lei nº 7.244/84, por exemplo, não seria despropositado admitir-se uma ação meramente declaratória a propósito de obrigação de pagamento de quantia (inciso I do art. 3º), ou de entrega de coisa móvel ou ainda de obrigação de fazer a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo (inciso II).

442 A Lei em vigor, como dito, empregou técnica ligeiramente diversa da utilizada pela nº 7.244/84. Entre as matérias ali previstas (art. 3º), faz-se alusão — ao menos indireta — ao provimento quando, por exemplo,

## 9 Tutela constitutiva

Pela edição da sentença constitutiva, como se sabe, opera-se a modificação de um estado jurídico, em mecanismo análogo ao do próprio provimento executivo.<sup>444</sup> De acordo com a doutrina, a tutela consubstanciada em uma sentença constitutiva contém *dois elementos* (ou “momentos”): um de natureza declaratória, em que se afirma o direito à modificação jurídica pleiteada e outro propriamente constitutivo, que é a modificação em si mesma.<sup>445, 446</sup>

A tutela constitutiva, conforme construção doutrinária clássica de Chiovenda, tem por pressuposto jurídico-material o direito do demandante à constituição de uma situação nova que, por outro lado, é causa de tal efeito jurídico.<sup>447</sup> Ainda na lição de Chiovenda colhe-se, a idéia de que, na invocação de uma sentença constitutiva, o direito à modificação de um estado jurídico tem caráter *potestativo*, vez que o novo estado jurídico dá-se pela mera declaração de

---

fala-se nas ações relativas a bens imóveis, para somente admitir a chamada “ação de despejo” (“para uso próprio”) e as ações possessórias. Poderia parecer, à primeira vista, que, com relação a imóveis, somente seria cabível a invocação dessas duas ordens de provimentos (ambos de natureza condenatória). Contudo, pelos argumentos expostos no texto, parece perfeitamente cabível a invocação de provimento meramente declaratório perante os Juizados, dentro dos limites de valor e matéria ali estabelecidos.

- 443 Mesmo sob o ângulo do interesse de agir, não parece razoável descartar-se, para o âmbito dos Juizados, a regra contida no parágrafo único do art. 4º do CPC. Nem mesmo os “critérios” que orientam o processo no Juizado Especial são incompatíveis com essa modalidade de provimento, cuja utilidade é a mesma, independentemente da maior informalidade do procedimento.
- 444 Conforme observação de Adolfo di Majo, a tutela constitutiva destina-se a realizar concretamente o efeito jurídico invocado pela parte (cf. **La tutela civile de diritti**, p. 337). Daí a analogia com o provimento executivo que, entre nós, foi bem destacada por Celso Neves (cf. **Coisa julgada civil**, n. 10 a 14). Em sentido semelhante, Luigi Montesano, **Condanna civile**, p. 102, e Corrado Ferri, **Profili**, p. 220, especialmente nota 33.
- 445 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, **Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil**, p. 20; da mesma forma, Tomás Pará Filho, **Estudos sobre a sentença constitutiva**, Dissertação de Concurso a Cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1973, p. 58.
- 446 Nas sentenças constitutivas, como observou Mandrioli, “l’ulteriore attuazione del diritto accertato può compiersi subito e direttamente del giudice, dal momento che per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo nel mondo degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l’organo giurisdizionale è senz’altro onnipotente”. E mais: “Ecco dunque il giudice far luogo alla modificazione giuridica subito dopo l’accertamento. Subito dopo, sul piano logico, ma in realtà con lo stesso atto, con quella medesima sentenza que contiene l’accertamento” (cf. **Corso di diritto processuale civile**, v. 1, p. 69).
- 447 Cf. Giuseppe Chiovenda, **Instituições de direito processual civil**, v. 1, n. 52. Entre nós, ver ainda Cândido Rangel Dinamarco, **Momento da eficácia da sentença constitutiva**, p. 8.
- 448 A propósito da produção de efeitos fora da órbita judicial, vejam-se Cândido Rangel Dinamarco, **Momento da eficácia da sentença constitutiva**, p. 9, Sergio Costa, **Manuale di diritto processuale civile**, p. 39, Giovanni Verde, **Profili del processo civile**, parte generale, p. 182-183.

vontade do titular,<sup>448</sup> ou mediante verificação judicial.<sup>449</sup>

A questão — sob o ângulo da tipicidade — foi examinada e debatida na doutrina italiana, diante dos termos do art. 2.908 do Código Civil. Este, ao tratar da “tutela jurisdicional dos direitos”, condicionou o poder do juiz — de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas — às hipóteses “previstas em lei”,<sup>450</sup> abrindo ensejo a um contraste com a atipicidade da *ação* e da tutela jurisdicional.<sup>451, 452</sup> Embora o sistema processual brasileiro desconheça regra semelhante, a questão é igualmente pertinente e relevante, vez que nela se contêm os limites da atuação estatal, quanto à produção de efeitos jurídicos.<sup>453, 454</sup>

Não obstante a considerável complexidade da questão, parece acertado reconhecer a atipicidade dessa forma de tutela ou, mais exatamente, remeter sua eventual tipicidade para o plano substancial do ordenamento.<sup>455</sup> Dessa maneira,

449 Cf. Chiovenda, **Instituições de direito processual civil**, v. 1, n. 52. Essa construção doutrinária não ficou imune a críticas. Em trabalho recente (**Contributo allo studio della tutela costitutiva**), Francesco Cordopatri afirmou que a constituição não é a declaração do direito potestativo ou de outra posição jurídica substancial (p. 107), de tal sorte que as sentenças constitutivas não só se referem ao exercício de direito potestativo, que não é noção idônea a fundar a tutela constitutiva, sob o prisma dogmático (p. 134). Em sentido semelhante, veja-se Adolfo di Majo, **La tutela civile dei diritti**, p. 339-340. Contrariamente, sustentando a existência do direito potestativo, confira-se Jose Zafra Valverde, **Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva**, p. 153 ss.

450 Afirmaram a natureza “típica” da tutela constitutiva Virgílio Andrioli, **Lezioni di diritto processuale civile**, n. 52, p. 256, Giovanni Verde, **Profili del processo civile**, p. 181, embora este se refira expressamente à existência de uma disposição *substancial* que a preveja; Vitorio Denti, **Azione**, p. 10.

451 O “risco” foi indicado por Andrea Proto Pisani que, ademais, reconheceu a complexidade do tema, que pressupõe máxima clareza acerca de uma série de noções de teoria geral do direito, entre outros (cf. **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 189).

452 Apontando a linha doutrinária restritiva, Adolfo di Majo observa que a razão da excepcionalidade (= tipicidade) reside no fato de que a criação de efeitos jurídicos só poderia depender da autonomia das partes e somente em casos excepcionais poderia advir da sentença do juiz, vez que o sistema é regido pelo princípio da autonomia da vontade (cf. **La tutela civile dei diritti**, p. 337-339).

453 O tema é relevante e diz respeito à intervenção estatal nas relações inter-subjetivas e, por conseqüência, na relação dos indivíduos com o próprio Estado. Embora se defenda e sustente a atipicidade da tutela jurisdicional, com freios na eventual tipicidade do plano material, é preciso cuidado e a consciência de que a atipicidade na edição de provimentos (= atos de poder) pode enveredar para o arbítrio.

454 Na doutrina alemã, Leo Rosenberg afirmou a tipicidade dessa forma de tutela, afirmando que dela só se cogita nos casos estabelecidos legalmente (cf. **Tratado de derecho procesal**, tomo 2, p. 24). Assim também James Goldschmidt (cf. **Derecho procesal civil**, p. 111).

455 Na doutrina italiana mais recente, Adolfo di Majo observa que a enunciação do caráter típico da tutela constitutiva deve ser submetida à revisão, de sorte a se reconhecer seu caráter atípico, prestando-se a todas as situações em que se coloque a exigência de produção de efeitos jurídicos por ato do juiz. Segundo di Majo, a tutela constitutiva tem perdido muito de sua condição de excepcionalidade, sendo utilizada para afastar situações contrárias ao direito, a serviço de posições de liberdade ou autonomia

todo e qualquer efeito autorizado ou admitido no plano do direito material pode, em tese, ser produzido por provimento jurisdicional.<sup>456</sup> Por outras palavras, não é preciso que o ordenamento estatua a possibilidade da edição de uma sentença constitutiva — o que, de resto, resulta da garantia geral da *ação* —, mas que preveja a produção, modificação ou extinção de determinados efeitos no plano do direito material.<sup>457</sup> Se, nesse plano, vigora ou não uma regra de tipicidade é questão que o processualista enfrenta essencialmente de modo reflexo.<sup>458</sup>

A questão é particularmente delicada em se tratando de provimentos constitutivos ditos “positivos”, uma vez que quando se trata de desconstituir um ato jurídico não há dúvida quanto à prévia e necessária previsão legal dos fundamentos que o autorizem.<sup>459</sup> Nas hipóteses em que se produz ou modifica efeitos jurídicos<sup>460</sup> —

das partes (cf. **La tutela civile dei diritti**, p. 339 ss, especialmente p. 341 e, ainda, p. 366-368). Tratando da tutela constitutiva “determinativa”, Luigi Montesano, embora reconheça-lhe tipicidade, relativiza a restrição do texto legal, considerando a extensão que se deve dar às normas determinadas pelas partes em matéria contratual (cf. **La tutela giurisdizionale dei diritti**, n. 54, especialmente p. 155-156).

456 Apreciando o tema, Corrado Ferri observa que se deve excluir uma possível taxatividade da tutela constitutiva como possível consequência da natureza normalmente declaratória da atividade jurisdicional. Além disso, todas as formas de tutela que resultam da atividade jurisdicional no processo de conhecimento devem ser tratadas em um mesmo plano homogêneo, de tal sorte que “l’un mezzo di tutela non può considerarsi ‘eccezionale’ nei confronti dell’altro” (cf. **Profili dell’accertamento costitutivo**, p. 246).

457 Mais rigorosamente não se poderia sequer falar da tipicidade da tutela — no sentido de provimento favorável que impõe determinado *resultado* —, mas apenas da tipicidade dos fundamentos (causa de pedir) que autorizariam a respectiva invocação, em concreto.

458 Substancialmente nesse sentido são as considerações e conclusões expostas por Corrado Ferri, reputando preferível a interpretação segundo a qual o legislador (relativamente ao art. 2.908) deixou ao intérprete o dever de individuar as hipóteses, ainda que “inominadas”, sobre as quais podem incidir efeitos de natureza constitutiva (cf. **Profili**, p. 249 ss, especialmente p. 260-261).

459 Na disciplina da Lei nº 8.078/90, é consideravelmente aberta (“atípica”) a previsão de situações que ensejam a desconstituição de negócios jurídicos, ante a previsão de cláusulas “abusivas”.

460 Quanto a esse aspecto, é controvertida na doutrina a existência autônoma da categoria das sentenças constitutivas “*determinativas*” ou “*dispositivas*”. Estas, nas palavras de Chiovenda, “não se limitam a declarar o dever de uma prestação já existente, nem constituem tão pouco uma nova relação jurídica: determinam somente ou modificam o conteúdo ou um elemento de uma relação já existente”. Segundo Chiovenda, uma e outra se contraporiam, uma vez que, enquanto na sentença constitutiva se declararia um direito preexistente à mudança jurídica operada judicialmente, na “dispositiva” faltaria “um direito preexistente à disposição concreta emitida pelo juiz”. E isso com reflexos sobre a coisa julgada, “absoluta” no primeiro caso (cf. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, nº 57, p. 207-208). A questão é relevante, sob o ângulo da tipicidade. Segundo Montesano, que reconhece a existência da mencionada categoria, o juízo emitido pelo juiz, embora não encontre, quanto a seu conteúdo específico, predeterminação em normas gerais e abstratas, não dispensa a lei que regula a relação, nem a concreta disciplina negocial, em particular os parâmetros econômico-sociais que os sujeitos ditaram, implícita ou explicitamente. Portanto, há, para Montesano, uma tipicidade da tutela em exame (cf. **La tutela giurisdizionale dei diritti**, n. 54, especialmente p. 154). Também Adolfo di Majo analisou o tema,

diversos re  
a von  
estão

Par  
merar  
releva  
jurisd

## 9.1

Em  
exame  
particu  
jurisdi  
autoriz

É c

obs  
atu  
me  
tem  
det  
sos  
últi

461 Ao  
res  
con  
coo

462 Co  
(ne  
o d

463 Sob  
tom  
obr

464 Rei  
edi  
Lei

465 Sob  
res  
civ

diversamente de se extinguir —, é preciso atentar com rigor para o preenchimento dos requisitos exigidos nesse plano,<sup>461</sup> não sendo dado ao juiz substituir propriamente a vontade das partes, mas os efeitos jurídicos a que estas se obrigaram, ou a que estão obrigadas por lei.<sup>462, 463</sup>

Para finalizar esta parte, a exemplo do que foi feito no trato dos provimentos meramente declaratórios, convém analisar algumas situações particulares, relevantes para o exame da tipicidade ou atipicidade dessa modalidade de tutela jurisdicional.

### 9.1 Exame da questão a propósito da ação rescisória: juízos “rescindente” e “rescisório”

Embora a tipicidade da ação rescisória já tenha sido afirmada, com base no exame da causa de pedir da respectiva demanda, convém observar que essa nota particular é, por assim dizer, “ratificada” pela tipicidade do próprio provimento jurisdicional: a desconstituição de uma sentença é possível porque expressamente autorizada pela lei e na forma e com as conseqüências ditadas pelo *modelo*.<sup>464</sup>

É certo, em complemento, que a edição do provimento constitutivo negativo<sup>465</sup>

---

observando que de qualquer relação negocial derivam pretensões concretas das partes, a ensejar a atuação da tutela constitutiva (“determinativa”), cuja tipicidade, portanto, só se pode entender na medida dada pela própria relação material (cf. **La tutela civile dei diritti**, p. 366-368). A propósito do tema, confira-se, ainda, Andrea Proto Pisani, criticando o reconhecimento da categoria da sentença determinativa que, a seu ver, “non sembra individuare un nuovo schema di produzione degli effetti sostanziali” (cf. **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 205-207, sendo a citação extraída dessa última).

- 461 Ao que se depreende da doutrina, parte importante da preocupação com a tipicidade da tutela constitutiva reside em sua possível similitude com o juízo de equidade, em que o juiz faz a regra (“a justiça”) do caso concreto. Merecem ser conferidas considerações a propósito em Antonio Segni, **Commentario del codice civile**, livro 6, p. 309-312.
- 462 Consoante observação de Francesco Cordopatri, a ligação da tutela constitutiva com o direito substancial (negada por ele, nesse particular, qualquer identificação exclusiva com o direito potestativo) evita que o decreto do juiz possa ser arbitrário (cf. **Contributo allo studio della tutela costitutiva**, p. 139).
- 463 Sobre o tema, particularmente quanto ao provimento substitutivo dos efeitos de declaração de vontade, tomamos a liberdade de, complementarmente, remeter ao nosso **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**, *passim*.
- 464 Reitere-se, aqui, que a nosso ver não padece de inconstitucionalidade a regra ordinária que veda a edição de provimentos aptos à rescisão da sentença de mérito, como é o caso, já examinado no texto, da Lei nº 9.099/95.
- 465 Sobre a natureza constitutiva negativa do provimento que julga procedente o pedido, no *iudicium rescindens*, veja-se, por todos, José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao código de processo civil**, v. 5, n. 125, p. 187-188.

é mera decorrência da previsão dos *modelos* que servem de fundamento ao pedido de rescisão. É certo, também, que a tipicidade do provimento editado na rescisória limita-se ao chamado juízo rescindente, vez que a eficácia do julgamento no campo do chamado “juízo rescisório” dependerá de cada caso, configurando-se, em certo sentido, como um provimento *atípico*.<sup>466</sup>

## 9.2 As chamadas ações autônomas de impugnação e os recursos<sup>467</sup>

O recurso, conforme salientado pela autorizada doutrina, é o meio hábil à invalidação ou reforma de uma decisão dentro de um mesmo processo.<sup>468</sup> Isso quer dizer que, de ordinário, os fundamentos aptos à desconstituição de decisões judiciais devem ser articulados pela via endoprocessual do recurso. Em caráter excepcional, o sistema permite — ou até impõe — que as decisões sejam revistas mediante a instauração de um novo processo, cujo objeto é precisamente o de controlar a legalidade ou justiça de uma decisão exarada em relação jurídica diversa.

Esses “instrumentos” de controle de decisões judiciais já mereceram reflexões, feitas ao ensejo do exame da tipicidade da ação pela causa de pedir, notadamente em face da chamada ação rescisória. Tais considerações podem e devem agora ser complementadas, examinando-se o tema sob o ângulo do provimento jurisdicional.

466 Conforme observação, uma vez ainda, de José Carlos Barbosa Moreira, no juízo rescisório “a decisão de mérito será declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o caso”, recordando que, rescindida a sentença, “ressurge a lide por ela composta no feito anterior”. E, de certa maneira evidenciando (não propriamente com esse propósito) a atipicidade destacada no texto, afirma Barbosa Moreira: “Não há determinação *a priori* da classe a que pertencerá a decisão no *iudicium rescissorium*” (cf. **Comentários ao código de processo civil**, v. 5, p. 188). É certo também que, em certos casos, bastará a desconstituição do provimento de mérito, como é o caso da ofensa à coisa julgada (cf. ainda Barbosa Moreira, *ob. cit.*, n. 103, p. 160-161).

467 Embora se possa sustentar que, em alguns casos, as tais “ações autônomas” tenham natureza meramente declaratória, justifica-se examiná-las ao ensejo da tutela constitutiva, porque, na maior parte dos casos, o provimento nelas editado terá essa eficácia (constitutiva negativa). Nem mesmo a nulidade de pleno direito afasta isso, tanto mais que, conforme lembrança de Roque Komatsu, o “nulo processual só existe depois da pronúncia judicial”, de tal sorte que “a decretação do nulo desconstitui o ato processual existente e a eficácia”. E, ferindo precisamente o tema da natureza da invalidação, Komatsu acentua: “A invalidação desce ao plano da existência, desconstitui o próprio ato jurídico, desde o plano da existência, donde não haver, depois, qualquer diferença entre o ato que decretou a nulidade e o ato que anulou. Nesse ponto, no tocante à existência, pode-se dizer que a sentença ou a decisão reconhece uma situação jurídica preexistente e nessa parte sua natureza é declaratória. Mas dotado da presunção de validade e quicã de eficácia, o provimento do juiz desconstitui as mencionadas qualidades” (**Da invalidade no processo civil**, p. 280).

468 Para conceituação do recurso, confirmam-se José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao código de processo civil**, v. 5, n. 135, p. 207, e Nelson Nery Júnior, **Princípios fundamentais**, p. 164 ss.

Sob  
os recur  
Apenas  
por me  
interloc

O me  
implicita  
de recor  
Por outr

De ú  
um prin  
aqueles  
para a  
*unirrec*  
ser imp  
a desco  
a uma r  
efeito ju

Ora,  
judicial  
se pens

469 Não

470 Ou re  
das d

471 Para  
lemb  
“são  
fecha  
conf  
comp  
qual,  
da U

472 Reite

473 Em p  
que a  
Carlo  
Filho  
recur  
esgot  
os “p  
reexa  
feitas

Sob esse enfoque, é importante destacar que o sistema recursal, ao estabelecer os recursos cabíveis, fixa o modo<sup>469</sup> pelo qual se desconstitui uma decisão judicial. Apenas para ilustrar, de forma muito singela, uma sentença pode ser desconstituída por meio do ato judicial que dá provimento a um recurso de apelação; uma decisão interlocutória pelo ato que dá provimento a um agravo e assim por diante.

O mencionado sistema obedece a determinados princípios ou regras, explícita ou implicitamente estabelecidos na lei processual, que impõe limites ao exercício do direito de recorrer e, por conseqüência, à possibilidade de se desconstituir<sup>470</sup> decisões judiciais. Por outras palavras, há limites para o controle jurisdicional no âmbito dos recursos.

De útil para a presente investigação, lembre-se de que esse sistema obedece a um princípio de *taxatividade*, segundo o qual os recursos cabíveis são apenas aqueles previstos exaustivamente pela lei processual.<sup>471</sup> Fora daí não há margem para a atividade das partes, sujeitas, além disso, à regra da *unicidade* ou *unirrecorribilidade*, de tal sorte que, em princípio, dada decisão somente pode ser impugnada por uma única “via”. Isso pode ser traduzido em palavras diversas: a desconstituição de uma decisão judicial, dentro de um mesmo processo, obedece a uma regra de tipicidade, uma vez que os provimentos<sup>472</sup> aptos a produzir tal efeito jurídico são taxativamente descritos pela lei processual.

Ora, essa marcada tipicidade que vigora quanto à desconstituição de decisões judiciais dentro de um *mesmo processo* deve ser ao menos considerada quando se pensa nos meios aptos a obter o mesmo resultado mediante *novo processo*.<sup>473</sup>

469 Não propriamente o fundamento (ou causa) pelo qual se pleiteia a desconstituição da decisão.

470 Ou reformar, embora aqui não se cogite proveitosamente das hipóteses de reforma, mas essencialmente das de invalidação.

471 Para doutrina acerca do princípio, confira-se nota 93 *supra*. Além das referências aí constantes, vale lembrar o pensamento de Nelson Luiz Pinto que, destacando a regra de tipicidade, fala que os recursos “são sempre previstos, ou pela Constituição, ou por lei federal, em *numerus clausus*. São hipóteses fechadas, não sendo admitido recurso não previsto em lei federal ou na Constituição”. Além disso, conforme lembrança desse mesmo processualista, a tipicidade está associada igualmente à questão da competência privativa para a legislação em matéria de processo (em confronto com o procedimento) na qual, de acordo com o autor, inclui-se a disciplina relativa aos recursos; donde a competência exclusiva da União para legislar nessa matéria (cf. **Recurso especial para o STJ**, p. 89-90).

472 Reitere-se: não necessariamente os *fundamentos* da invalidação ou reforma.

473 Em prol desse raciocínio, fala a idéia de que, segundo parte expressiva da doutrina, o recurso não é mais que aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação, visto em seu caráter bilateral (cf. José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao código de processo civil**, n. 137, p. 210, e Vicente Greco Filho, **Direito processual civil brasileiro**, v. 2, n. 58 e 61, p. 284 e 293, este último afirmando que o recurso “faz parte de um todo que é o desenvolvimento da ação, desde a sua propositura até o esgotamento de todos os meios que levam ao exame do pedido do autor”). Daí por que, segundo Greco, os “pressupostos dos recursos não são mais do que as condições da ação e os pressupostos processuais reexaminados em fase recursal e segundo as peculiaridades dessa etapa do processo” (as citações estão feitas na ordem da indicação das páginas).

De nada valeria o sistema estabelecer importantes restrições à desconstituição<sup>474</sup> de decisões dentro do processo para, paradoxalmente, permiti-la mediante o desencadeamento de nova atividade jurisdicional, com maiores custos e ônus. Dessa forma, a tipicidade que norteia os recursos há que ser no mínimo sopesada em relação aos meios “autônomos” de impugnação, de sorte a reforçar a excepcionalidade desses últimos.<sup>475, 476, 477, 478</sup>

- 474 A distinção entre desconstituição — como fenômeno alusivo à invalidação — e reforma pode ter alguma relevância para o quanto está salientado no texto. Nesse particular, poder-se-ia dizer que a tipicidade vigorante em matéria recursal seria particularmente incisiva quanto à reforma das decisões. vez que, bem ou mal, o “mérito” em questão teria sido apreciado. Nas hipóteses de invalidação — que podem ser genericamente associadas a um *error in procedendo* —, a violação às próprias garantias inerentes ao devido processo legal justificariam uma atenuação do rigor legal. Esse raciocínio, *grosso modo*, é aquele empregado para as hipóteses de falta ou nulidade de citação, embora esse caso seja realmente extremo (*atípico*) e exija reação compatível por parte do ordenamento. Embora a relevância das causas de desconstituição das decisões judiciais seja feita essencialmente pela lei, não se pode deixar de considerar que os erros de forma, à medida que afetem o devido processo legal, prejudicam a legitimidade do próprio provimento e, nessa medida, revestem-se de uma gravidade quiçá “diferente”, a justificar maior largueza na interpretação das regras processuais. Em parte, isso é reconhecido pelo sistema, quando permite que o órgão *ad quem* (no âmbito dos recursos “ordinários”) reconheça de ofício certas matérias atinentes ao processo (ao procedimento e à relação jurídica processual).
- 475 Conforme indicado no texto, essa tipicidade recursal é acentuada por outros princípios e regras que mais ainda exacerbam os ônus do recorrente para lograr a reforma ou invalidação de certa decisão judicial. Além da unirrrecorribilidade (mencionada no texto), lembre-se de que a regra da fungibilidade — outrora aceita de forma bastante ampla pela jurisprudência — é hoje alvo de restrição por parte da doutrina, que a reputa inaplicável no confronto entre agravo e apelação, sabido que a regra não vigora em se cuidando dos recursos extraordinário e especial. Além disso, há toda a disciplina da preclusão a fulminar, em matéria de interesses disponíveis, a faculdade de alteração de decisões, impedindo o retrocesso.
- 476 Essa nota de excepcionalidade pode ser reforçada pela invocação das raízes históricas desses meios impugnativos autônomos. Conforme lição de José Carlos Barbosa Moreira, as raízes desses “remédios” estão principalmente no direito medieval, “embora não se devam olvidar certos antecedentes mais remotos”, lembrando, na Roma antiga, o florescimento da *restitutio in integrum*, ao lado da *appellatio* (cf. **Comentários ao código de processo civil**, v. 5, n. 134, p. 205). A *restitutio in integrum*, conforme prelecionam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, está situada no contexto dos remédios fundados no poder discricionário e inspirados na equidade, introduzidos pela atividade do pretor. E dizem: “O meio extraordinário que o pretor então concedia denominava-se *restitutio in integrum*, que, por ensejar a reposição das partes em sua situação anterior, tinha por escopo o desfazimento da lesão resultante da estrita aplicação das normas do direito civil romano” (cf. **Lições de história do processo civil romano**, p. 119). Examinando amplamente o instituto da *restitutio in integrum*, Moacyr Lobo da Costa também destacou o caráter extraordinário do instituto, afirmando: “Por ser um remédio extraordinário, que se fundava no amplo poder discricionário inerente ao *imperium*, de que estavam investidos determinados magistrados romanos, como o cônsul, o pretor, o procônsul e os governadores nas províncias, seu emprego não era permitido aos magistrados que não possuíam aquele poder, como os magistrados municipais” (cf. **A revogação da sentença**, p. 26).
- 477 A taxatividade “endoprocessual” harmoniza-se com a taxatividade vigorante para a ação rescisória. Já no âmbito penal, em que não existe a limitação vigorante para a órbita civil, a conclusão não pode ser a mesma. Por isso é que, embora a regra da tipicidade vigore no âmbito recursal penal, a *atipicidade* permite que seja intentada revisão criminal ou que se lance mão do *habeas corpus*.

## 9. 3

Ao  
foram  
judicia  
Tais co  
o ângu

Entr  
evoluç  
ser ad  
irrepar  
para co  
Tão rei  
que o l  
efeito s

Hoje  
para o  
submet  
afora es  
em certa

478 Walm  
de de  
sente  
exem  
al dir

479 Para A  
provi  
(cf. M  
que se  
parte  
justifi

480 Embo  
judici  
mand  
decisã  
própri

481 Em ma  
partes,  
penal,  
maiori  
3.4, p.

482 Além d

### 9.3 Idem: ainda o cabimento do mandado de segurança<sup>479</sup>

Ao ensejo da tipicidade da ação pela *causa petendi*, diversas considerações foram tecidas acerca do mandado de segurança, como forma de controle de decisões judiciais e em seu relacionamento com as garantias da *ação* e da *inafastabilidade*. Tais considerações, aqui ratificadas, podem ser ainda complementadas, agora sob o ângulo do próprio provimento jurisdicional (isto é, do provimento editado).<sup>480</sup>

Entre nós, o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial tem uma evolução bastante conhecida: vedado pela Lei nº 1.533/51 (art. 5º, II), passou a ser admitido em hipóteses “excepcionais” — associadas ao risco de dano irreparável —, mas que se tornaram cada vez mais corriqueiras, notadamente para conferir efeito suspensivo a recurso dele desprovido (especialmente o agravo). Tão reiterado se tornou o emprego do mandado de segurança contra ato judicial, que o legislador alterou o sistema processual civil,<sup>481</sup> viabilizando a atribuição de efeito suspensivo de forma endoprocessual.

Hoje, acima de qualquer discussão, parece que o mandado de segurança descabe para o objetivo de se emprestar efeito suspensivo a recurso de agravo, quando submetido ao regime de instrumento, pela singela razão mencionada. Contudo, afora essa certeza, persistem dúvidas quanto ao cabimento do mandado de segurança em certas hipóteses, que podem ser assim relacionadas:<sup>482</sup> (a) a decisão interlocutória

478 Walter J. Habscheid, procedendo a um exame comparativo dos meios “extraordinários” de impugnação de decisões judiciais, conclui que, de forma generalizada, tais meios só têm lugar diante de uma sentença maculada por um “grave” erro (formal ou material). Nesse particular, Habscheid indica como exemplo de sistema restritivo o alemão, indicando o sistema inglês como mais flexível (cf. **Introduzione al diritto processuale civile comparato**, p. 246).

479 Para Ada Pellegrini Grinover, a ação de segurança contra ato jurisdicional poderá objetivar, além de um provimento constitutivo, um de natureza meramente declaratória, “guardada sua carga mandamental” (cf. **Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**, n. 2.3, p. 289). Contudo, a exemplo do que se falou a propósito das “ações autônomas de impugnação”, em geral, repete-se aqui: na maior parte dos casos, salvo melhor juízo, o provimento terá caráter constitutivo negativo e, portanto, fica justificada sua análise dentro do tópico “tutela constitutiva”.

480 Embora possa merecer alguma ressalva, justifica-se a análise do mandado de segurança contra ato judicial a propósito da tutela constitutiva. É que, embora discutível a natureza do provimento editado no *mandamus*, quando este particularmente se volta contra ato judicial, seu objetivo é o de desconstituir a decisão. Mesmo nos casos em que ele é voltado a dar “efeito suspensivo” a um recurso (em sentido próprio), pode-se nele divisar uma eficácia essencialmente constitutiva.

481 Em matéria processual penal, vale lembrar a lição de Ada Pellegrini Grinover: “Embora qualquer das partes, assim como os legitimados aos recursos, o sejam à ação de segurança contra ato jurisdicional penal, o remédio será utilizado sobretudo pela acusação, porquanto a defesa terá a seu alcance, na maioria dos casos, o *habeas corpus*” (cf. **Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**, n. 3.4, p. 292).

482 Além das situações descritas no texto, restam todas as hipóteses de decisões judiciais não sujeitas a

é apta a causar dano irreparável (ou de difícil reparação) à parte, mas a lei impõe ao agravo o regime “retido”<sup>483</sup> — para o qual não há previsão legal de efeito suspensivo;<sup>484, 485</sup> (b) a decisão interlocutória não tem conteúdo positivo, mas negativo, isto é, de indeferimento de alguma providência pleiteada (casos em que se cogita do chamado “efeito ativo”), gerando situação igualmente apta a causar dano irreparável;<sup>486</sup> (c) a sentença é sujeita a recurso de apelação sem efeito suspensivo, não sendo nenhum dos casos previstos pelo art. 520 do CPC, sendo que a imediata execução é, uma vez ainda, apta a gerar dano irreparável.<sup>487</sup>

Na primeira das hipóteses assim aventadas (“a” supra), parece haver duas soluções possíveis: ou se admite que a parte, invocando o *periculum in mora*, altere o regime legal do agravo (adotando excepcionalmente o regime de instrumento), a fim de viabilizar um pedido de efeito suspensivo; ou, em não se admitindo a alteração do regime recursal, admite-se o cabimento do mandado de segurança, nos moldes e mediante os requisitos consolidados pela jurisprudência anterior à alteração legislativa.<sup>488</sup>

recurso com efeito suspensivo ou, pior ainda, não sujeitas a recurso. Dessas, destaca-se a importância das decisões proferidas pelo relator (ou pela presidência ou vice-presidência), em feitos tramitando perante qualquer tribunal. A generalidade dos regimentos internos prevê, contra tais atos, alguma modalidade recursal (“agravo regimental”). Para tomar um exemplo mais concreto, basta pensar nas decisões do relator em agravo de instrumento (conferindo ou negando efeito suspensivo). Teoricamente, trata-se de uma decisão passível de enquadramento naquelas previsões regimentais. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por várias de suas Câmaras, não tem conhecido de agravos regimentais, nesses casos, a pretexto da falta de previsão legal pelo CPC. Admitida que seja a correção desse entendimento e havendo risco de dano irreparável, parece impossível não desaguar no cabimento do mandado de segurança.

483 Impondo certa nota de *tipicidade* a esse recurso.

484 É o caso das decisões proferidas em audiência ou em matéria probatória, no procedimento comum sumário. Imagine-se, por hipótese, que o juiz defira providência instrutória que acarrete a quebra de sigilo fiscal ou bancário da parte, ou que lhe imponha qualquer outra forma severa de oneração.

485 Essa hipótese sugere reflexão acerca do conteúdo e extensão desse prejuízo irreparável. Em muitas hipóteses, o prejuízo alegado não é propriamente substancial, mas de cunho *processual*, resultante da prática de atos processuais que, se reconhecida certa invalidade (pelo conhecimento e provimento do recurso), poderiam perder a respectiva validade, tornando-se “inúteis” (por exemplo, indeferimento de intervenção de terceiros, exclusão de litisconsorte, decisão acerca de competência). Além das peculiaridades ditadas pelo caso concreto, podem ser levadas em consideração, nessas hipóteses, duas circunstâncias: (a) o custo (em sentido amplo) dos atos processuais a serem praticados enquanto se aguarda o julgamento do agravo (ao qual se pretende dar efeito suspensivo); (b) a possibilidade de os atos processuais praticados na pendência do recurso virem a ser aproveitados, mesmo que provido o recurso.

486 O que poderá ocorrer sempre que o juiz indeferir providência liminar (cautelar ou mesmo de antecipação de tutela), requerida com base no *periculum in mora*.

487 É pensar nas hipóteses de despejo, cuja sentença não está, por regra, sujeita a apelação com efeito suspensivo.

Na s  
pela do  
na pess  
trata ex  
termos  
segunda  
efeito s  
Na ú  
a menc  
de apel  
Do com

488 Não  
dess  
não  
das  
segu  
requ  
dano  
inter  
regim  
A ou  
com  
para  
refo  
susp  
que,  
situa

489 Emb  
e ha  
recu  
(?) d  
Cru  
sust  
do m  
coat  
cons  
e co

490 Tere  
ress  
prov  
do a

491 Enf  
ter i  
tenh  
Tala  
agra

Na segunda das hipóteses supra-aventadas (“b”), há duas soluções cogitadas pela doutrina. Uma primeira admite que o agravante peça diretamente ao tribunal, na pessoa do relator, a providência pleiteada e negada em primeiro grau. Não se trata exatamente de dar efeito “suspensivo” ao recurso, porque, até mesmo em termos lógicos, não haveria o que suspender (daí se falar em “efeito ativo”). Uma segunda solução, fundada na previsão legal de que o relator somente pode conferir efeito suspensivo, preconiza a subsistência do mandado de segurança.<sup>489</sup>

Na última das hipóteses (letra “c”, supra), embora o art. 558 do CPC limite-se a mencionar as hipóteses do art. 520, parece certo que todas as demais hipóteses de apelação despidas de efeito suspensivo podem receber idêntico tratamento. Do contrário, seria preciso reputar admissível o mandado de segurança.<sup>490, 491</sup>

488 Não fossem questões relevantes, por exemplo, competência e procedimento (diversos em cada um desses meios impugnativos), poder-se-ia cogitar de uma “fungibilidade” de medidas, para que a dúvida não viesse a prejudicar a parte, posta diante de dúvida objetiva. Embora talvez seja a menos pragmática das soluções, inclinamo-nos pela primeira entre as apontadas e que pode ser justificada tecnicamente da seguinte forma: o fato da lei impor o regime retido ao agravo, em determinadas situações, não afasta o requisito geral de admissibilidade que é o *interesse recursal*. Ora, tratando-se de decisão apta a gerar dano irreparável, não haveria interesse na interposição do recurso sob regime retido. Daí se poder interpretar a lei da seguinte forma: a parte deve (= tem o ônus de), nos casos previstos pela lei, adotar o regime retido, salvo se dele não resultar interesse recursal, considerando-se a eficácia do ato recorrido. A outra das soluções aventadas apresenta alguns problemas: (a) seria preciso saber se, simultaneamente com a impetração do *mandamus*, seria ônus da parte interpor o recurso de agravo (ainda que retido), para impedir a preclusão (lembre-se que parte expressiva da jurisprudência assim o exigia, antes das reformas legislativas indicadas no texto); (b) embora a impetração do mandado de segurança vise à suspensão do ato hostilizado, não se pode propriamente falar em efeito suspensivo ao recurso, uma vez que, para tanto, seria preciso aguardar o julgamento da apelação (o que, obviamente, geraria uma situação de total ilogismo).

489 Embora, de início, tenhamos propendido pela segunda das alternativas propostas, parece mais razoável e harmônica com o sistema a adoção da primeira. O que pretendeu a lei foi trazer para dentro do próprio recurso o debate acerca da imediata impugnação do ato judicial, impedindo a proliferação “indesejada” (?) do mandado de segurança. Acerca da matéria, merecem ser conferidos os trabalhos de José Rogério Cruz e Tucci, **Sobre a atividade decisória do relator do agravo de instrumento**, p. 56 e ss. — sustentando o cabimento do agravo apenas para se obter efeito suspensivo e, portanto, a sobrevivência do mandado de segurança para as hipóteses de prestação jurisdicional devida e negada pela autoridade coatora (especialmente p. 58-59) e Eduardo Talamini, **A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo**, p. 21 e ss. — defendendo a possibilidade do relator conceder a providência e conferir o chamado “efeito ativo” (especialmente n. 3, p. 27).

490 Tereza Arruda Alvim Wambier admite o emprego do mandado de segurança nessas hipóteses, embora ressalve que não se trata de reincidir no “desvio” de dar efeito suspensivo à apelação. Esta última providência, segundo a autora, poderia ser alcançada pelo manejo de ação cautelar (cf. **O novo regime do agravo**, p. 243-244).

491 Enfocando a questão pelo ângulo oposto, Eduardo Talamini observou que o “legislador apenas poderia ter ido além, prevendo também a possibilidade de ser retirado o efeito suspensivo das apelações que o tenham, nos casos em que houvesse fundamentos relevantes e perigo de dano”, o que, segundo Talamini, pode ser obtido mediante o emprego da antecipação de tutela (cf. **A nova disciplina do agravo**, p. 29).

De todas as hipóteses examinadas, extrai-se, de relevante para o objeto específico deste trabalho, que o emprego *atípico* do mandado de segurança — como forma de atacar decisões judiciais por outras formas (*típicas*) não adequadamente impugnáveis — continua a ser cogitado, embora quase sempre justificado por hipóteses excepcionais e, em certo sentido, igualmente “atípicas”.<sup>492</sup>

## 10 Tutela condenatória

Na tutela condenatória, o que emerge da relação material é o direito a uma *prestação*. Daí falar-se que essa modalidade de tutela se presta a sanar “crises de adimplemento”, mediante a imposição da mesma prestação.<sup>493</sup> Mais ainda: o provimento condenatório abre campo para a prática de atos materiais de invasão da esfera patrimonial do devedor — isto é, para atuação da sanção (secundária) — para que se satisfaça o credor. Por outras palavras, o provimento condenatório abre campo para atos de execução.<sup>494</sup>

Na lei processual, diferentemente do que ocorre com a “ação declaratória” (mas igualmente à “ação constitutiva”), não há previsão de uma “ação condenatória”. No entanto, sua admissibilidade decorre diretamente da garantia genérica (= atípica) da ação, estando as maiores dificuldades do tema situadas no plano substancial. Por outras palavras, é o direito material que ditará quais as prestações devidas ao credor e, portanto, imponíveis ao devedor pelo provimento judicial.<sup>495</sup> Portanto, é no plano substancial do ordenamento que se deve buscar eventual tipicidade ou atipicidade da tutela condenatória, no sentido de que é naquele âmbito que o juiz deverá identificar as prestações passíveis de imposição ao vencido.<sup>496</sup>

Nas obrigações cuja prestação consiste em dar quantia, a questão não parece oferecer

492 De acordo, quanto à sobrevivência do mandado de segurança nos casos em que haja relevância e urgência, Eduardo Talamini, *A nova disciplina do agravo*, n. 3, p. 27.

493 Nesse sentido, a doutrina alemã: James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, § 13, p. 100; Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, v. II, § 85, p. 6 e ss.; Adolfo Shönke, *Derecho procesal civil*, § 44, p. 152-153.

494 Cf. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, n. 1 e 2, onde se destaca que a “execução é feita para a atuação de uma sanção justificada pelos fatos ocorridos entre as partes, isto é, para satisfazer direito efetivamente existente”. Assim, a “atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida” (cf. op. cit. p. 4-5).

495 Já a questão atinente à responsabilidade patrimonial é fronteiriça entre direito material e processual.

496 Conforme lembrança de Andrea Proto Pisani, a tutela de condenação tem uma *dúplice* função: primeira, a de eliminar os efeitos da violação já efetuada; segunda, a de impedir que a violação se consuma ou que se repita (cf. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 164-165).

maiores  
direito  
como é  
devem  
pagame  
ao pag  
fé — a

Trat  
fazer o  
deman  
específ  
de imp

Sob  
às obri

497 Isto

498 A  
dis  
rec  
Ag  
“da  
e n  
obr  
fez  
“tra  
esc  
feiz  
qua  
gas  
con  
o ju  
ser  
em  
dis  
con  
dis  
ace  
con

499 En

500 Na  
inf  
col  
de  
pal  
pro  
ad

maiores dificuldades. A fixação do *quantum debeatur* é feita a partir das regras de direito material e mesmo quando se atribui poder ao juiz para arbitrar o montante — como é o caso típico da indenização por dano moral — é no plano substancial<sup>497</sup> que devem ser buscados os critérios dessa quantificação. Mesmo quando a imposição de pagamento de quantia é essencialmente “processual” — como é o caso da condenação ao pagamento de verba honorária advocatícia ou a indenização por litigância de má-fé — a própria lei oferece tais parâmetros, que devem ser observados pelo juiz.<sup>498</sup>

Tratando-se de obrigações cuja prestação consista na entrega de coisa, em um fazer ou não fazer, o provimento deve, sempre que for possível, assegurar ao demandante situação de idêntica restauração, proporcionando-lhe uma tutela *específica*, ficando a condenação ao pagamento de quantia reservada à hipótese de impossibilidade cabal dessa forma de tutela.<sup>499</sup>

Sob a ótica da tipicidade dessa modalidade de tutela — particularmente quanto às obrigações de fazer e não fazer<sup>500</sup> —, convém observar que, no direito brasileiro,

497 Isto é, nas regras de direito material e nas circunstâncias e peculiaridades da relação material controvertida.

498 A questão, a exemplo de outras feridas neste estudo, aproxima-se do tema, tormentoso, da *discricionariedade* do juiz. Na fixação do *quantum* da obrigação (ou de seu objeto, que é a prestação) reconhecida pela sentença, há casos em que o direito material não faz senão adotar *modelos* “abertos”. Agostinho Alvim, ao se referir ao poder discricionário do juiz, falou de “um arbítrio inevitável”, isto é, “daquele que o juiz usa ao aplicar a norma flexível, praticando a chamada equidade individualizadora, e não aquele arbítrio que pode importar desprezo de critérios objetivos” (cf. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**, n. 3, p. 4). É o caso da fixação de alimentos, em que o legislador não fez mais que dar os parâmetros da necessidade de quem pede e da possibilidade de quem presta. A “tradicional” (“típica”) fixação em “um terço dos rendimentos líquidos” obviamente não é uma regra escrita e muito menos geral, ainda que aplicada reiteradas vezes. Considerações análogas podem ser feitas nas hipóteses de fixação de indenização por morte de quem prestava alimentos a outrem: a quantificação segundo o valor percebido pelo falecido, deduzindo-se “um terço” que presumivelmente gastava consigo próprio, não é regra definitiva, podendo ceder diante das circunstâncias do caso concreto. Poder-se-ia dizer, para negar a discricionariedade, que não há opções igualmente válidas para o juiz, mas uma única opção correta perante o ordenamento. Daí a ausência de discricionariedade em sentido mais exato. O argumento, embora lógico, desconsidera que à base do próprio raciocínio empregado pela sentença há uma inegável “opção” entre valores igualmente tuteláveis. A questão da discricionariedade do juiz, entre nós, foi amplamente estudada por Betina Rizzato Lara, especialmente com olhos voltados para a tutela cautelar. A referida autora sustenta a existência de diferenças entre a discricionariedade e os “conceitos indeterminados”, chegando à conclusão acima parcialmente refutada, acerca da pluralidade de soluções igualmente válidas (cf. **Liminares no processo civil**, p. 51-59, bem como Teresa Arruda Alvim Wambier, **Medida cautelar**, p. 106 e ss.).

499 Entre nós, o §1º do art. 461 acena para uma opção, pelo credor, pela via reparatória.

500 Na atuação executiva desses direitos, é comumente destacada a distinção entre *fungibilidade* e *infungibilidade* da prestação: naquela, a aludida característica permite a sub-rogação e, assim sendo, conduz à atuação executiva propriamente dita; na segunda, é preciso que o sistema predisponha meios de execução “indireta”, a atuar sobre o ânimo do devedor, de sorte a se obter o adimplemento. Ou, nas palavras de Andrea Proto Pisani, nesses casos, “l’attuazione della condanna dovrà essere garantita dalla predisposizione di un adeguato sistema di misure coercitive dirette a premere sull’obbligato perchè adempia spontaneamente” (cf. **Lezioni di diritto processuale civile**, p. 166).

o art. 461, “caput”, do CPC, fala não apenas na concessão da “tutela específica da obrigação”, mas em “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.<sup>501</sup> Embora a regra abra campo para uma mais ampla atuação do juiz, é preciso atentar para o fato de que os efeitos do provimento jurisdicional continuam a ser determinados pelo direito material,<sup>502</sup> não parecendo lícito afirmar que o magistrado possa simplesmente desconsiderar aqueles parâmetros a pretexto de buscar resultados “equivalentes”.<sup>503</sup>

A questão aí apresenta pelo menos dois aspectos relevantes. Primeiro, é preciso saber quais os *meios* executivos predispostos à consecução do resultado (em certos casos, ao adimplemento). Essa questão há que ser examinada sob a ótica da tutela executiva (mais adiante), dizendo respeito ao *resultado* apenas indiretamente. Segundo, é preciso saber quais os outros resultados não desejados pelo credor, que podem surgir como uma espécie de “efeito colateral” do resultado obtido pelo credor.

## 11 Tutela executiva

Quando se pensa na *tutela jurisdicional* como “resultado em prol do vencedor”, o provimento de natureza condenatória é, de fato, insuficiente para proporcionar ao credor (como tal reconhecido em provimento jurisdicional) o bem da vida por ele pretendido. De fato, excetuada a hipótese de cumprimento voluntário do comando judicial, a tutela — para que seja assim adequadamente qualificada — positiva-se por meio do binômio condenação/execução. Daí falar-se em tutela condenatória/executiva.<sup>504</sup>

501 Na realidade, a regra já vigorava, de forma idêntica, no âmbito das relações de consumo e na tutela dos direitos e interesses metaindividuais, por força de disposição idêntica, contida no art. 84 da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor).

502 Particularmente quanto às obrigações de fazer, é preciso verificar a possibilidade, segundo o ordenamento substancial, da imposição de prestações dessa natureza. Por exemplo, quando se cogita de comando dessa natureza em face da Fazenda Pública ou outra pessoa jurídica de direito público, a questão nem sempre é de fácil solução e com ela interferem temas como os da “separação de Poderes” e do controle jurisdicional sobre os atos da Administração. Tais questões, embora também afetas ao direito processual, não podem por ele ser resolvidas exclusivamente. Portanto, antes de se cogitar da produção de certos efeitos na órbita jurisdicional, é preciso saber se esses efeitos são admitidos pela ordem substancial.

503 Milton Paulo de Carvalho censurou a redação dada ao art. 461 do CPC — ao falar em “providências que assegurem o resultado prático equivalente” — pela falta de parâmetros ou índices para se atinar com o que seja esse resultado “equivalente” (cf. **Alguns aspectos práticos da reforma do código de processo civil**, p. 25).

504 Embora a ressalva exposta no texto seja correta, negar-se qualquer aptidão à sentença condenatória (só ela) para proporcionar “tutela” seria o mesmo que negar essa mesma aptidão à sentença meramente declaratória. Portanto, a observação contida no texto é correta se considerada a perspectiva do demandante e daquilo que ele pretendeu ao aforar a demanda. Para quem pleiteou mera declaração, a certeza daí emergente é forma de tutela (no sentido de atendimento da pretensão e satisfação do interesse).

Na exe  
prol de q  
Qualquer  
— de nat  
— por m

A tutel  
*inafastabi*  
em pronu  
sendo imp  
efetivá-la

Quanto  
da vida”  
tutela co  
devendo  
obviament  
*resultados*  
ótica, tam

Mas, s  
*meios exe*  
pelo *mod*  
na prática  
de tal sor  
valores co  
da própria  
de outro

A prop  
do direito  
sendo pre  
*coisa*, ou  
mesmo en  
particular

No cas  
contra a F

505 Ficam a

506 Ou de o  
desde lo

507 De fato  
*garanti*

508 Cf. Cãm  
p. 101.

Na execução, a tutela jurisdicional — se entendida no sentido de *resultado* em prol de quem ostenta um direito — opera-se exclusivamente para o exeqüente. Qualquer forma de tutela para o executado deve dar-se por meio da tutela cognitiva — de natureza meramente declaratória ou, eventualmente, constitutiva negativa — por meio da ação de embargos do devedor.<sup>505</sup>

A tutela executiva, não resta dúvida, descende da garantia geral da *ação* e da *inafastabilidade*, tanto mais porque a atuação executiva dos direitos reconhecidos em pronunciamentos judiciais<sup>506</sup> é fator de afirmação do próprio poder estatal, sendo impensável que a condenação pudesse vir desacompanhada dos meios de efetivá-la.

Quanto aos *resultados* proporcionados na tutela executiva — “entrega do bem da vida” ao credor —, reiteram-se as considerações tecidas quando do exame da tutela condenatória, uma vez que a imposição da prestação já foi aí fixada, devendo a execução manter-se fiel ao conteúdo do título executivo; o que obviamente é válido para as hipóteses de título executivo extrajudicial. Esses *resultados*, portanto, devem ajustar-se ao *modelo* referido no título que, sob essa ótica, também apresenta algum contorno de tipicidade.

Mas, sob a ótica da tipicidade, é mais delicada, sem dúvida, a questão dos *meios executivos*, cabendo indagar, nesse contexto, qual o papel desempenhado pelo *modelo* legal. A maior importância do tema resulta da circunstância de que, na prática de atos executivos, dá-se a invasão da esfera patrimonial do devedor, de tal sorte que o *modelo* legal deverá perseguir um ponto de equilíbrio entre valores conflitantes: de um lado, a busca da satisfação do credor e da afirmação da própria autoridade estatal; de outro, a menor oneração possível do devedor, de outro lado.<sup>507</sup>

A propósito dos meios executivos, é sabido que eles variam segundo a natureza do direito a ser satisfeito,<sup>508</sup> isto é, do resultado a ser proporcionado ao credor, sendo predispostos de forma diversa se for o caso de entrega de *quantia*, ou de *coisa*, ou ainda a imposição e/ou efetivação de um *fazer* ou um *não fazer*. E, mesmo em cada uma dessas modalidades de obrigação há variações ditadas por particularidades extraídas da relação material.

No caso da execução por *quantia*, é sabida a limitação quando o credor volta-se contra a Fazenda Pública. Nesses casos, a atuação executiva — em sentido estrito —

505 Ficam aqui reiteradas as restrições que fizemos a esse modo de entender a “tutela jurisdicional”.

506 Ou de outros atos, aos quais a lei confere eficácia executiva, isto é, a aptidão para tornar adequada, desde logo, a via executiva.

507 De fato, o *modelo estatuído* para a atuação executiva dos direitos funcionada, a um tempo, com *garantia* do devedor; e, ao mesmo tempo, com meio para satisfação do credor.

508 Cf. Cândido Dinamarco, *Execução civil*, n. 192, p. 312; José Roberto Bedaque, *Direito e processo*, p. 101.

é relativamente escassa<sup>509</sup> e, em rigor, só terá lugar nas hipóteses de descumprimento da requisição emanada do Judiciário. Nesse caso, a observância do *modelo* legal é um imperativo que decorre da própria natureza dos bens públicos.

Ainda na execução por quantia, é conhecida a diversidade de meios executivos predispostos ao credor de prestação alimentícia que, além da forma “genérica” de atuação mediante penhora e expropriação de bens, dispõe — em certas situações — de outros meios, como o desconto em folha de pagamento e a imposição de prisão. Nessa hipótese, embora exista uma relativa “variedade” de meios executivos, o *modelo* legal desempenha aquele duplo e importante papel já destacado: é meio de obter a satisfação ou compelir ao adimplemento e, ao mesmo tempo, a observância da tipicidade legal é garantia do devedor.

Na execução das obrigações de fazer e não fazer, além dos meios de sub-rogação propriamente ditos, há os meios indiretos, tendentes a induzir o adimplemento. Quanto a essa segunda modalidade, entre nós o § 5º do art. 461 estatui um rol meramente exemplificativo, de tal sorte que o juiz dispõe de uma gama consideravelmente ampla de instrumentos — *atípica*, em certo sentido — para compelir o devedor a realizar a prestação devida ao credor.

Em suma, tratando-se da tutela executiva, vigora uma regra de tipicidade no estabelecimento dos meios executivos, porque a lei estabelece um *modelo* para tanto. Todavia, essa regra, em algumas hipóteses, é considerada relativizada, quer pela diversidade desses meios, quer pela amplitude dos poderes conferidos ao juiz para compelir o devedor ao adimplemento.

### 11.1 Tipicidade e reação do executado

Anteriormente, já se cuidou da reação do executado sob o ângulo dos respectivos fundamentos, tendo-se concluído pela *atipicidade* da ação de embargos, se considerada a respectiva causa de pedir. Naquela oportunidade, já se adiantou que essa *atipicidade* ficava reforçada pela possibilidade de tais fundamentos serem opostos não apenas por meio da ação de embargos, mas por “ação autônoma”, ficando afastada a taxatividade daquele “remédio” processual. Tais considerações merecem ser agora complementadas.

Que o provimento — meramente declaratório ou, eventualmente, constitutivo negativo — apto a barrar a pretensão do sedizente credor pode ser obtido fora do âmbito dos embargos do devedor é dado reconhecido pela autorizada doutrina: não tendo havido o exercício daquela ação de conhecimento, não houve pronunciamento acerca da relação material controvertida, não houve prolação

509 Embora exista quem negue a presença de autêntica execução, Vicente Greco Filho lembra que atividade executiva não é apenas a substitutiva, mas também a coativa, destacando a expedição do ofício requisitório, a sanção por crime de responsabilidade, a intervenção e, eventualmente, o sequestro, como medidas executivas (cf. *Da execução contra a fazenda pública*, p. 40-41).

de senten  
controle

Isso  
que com  
process  
inexistê  
median  
inexigib  
prestado  
se na p  
ajuizar

Cont  
processu  
aos funa

Se o  
valer-se  
relação  
relação  
podendo  
não po  
exclusiva  
processu  
julgada

De fa  
atos prat  
ao proce  
proprian  
conferido  
previsão  
o ângulo

Embor  
julgada o  
preclusão  
o fenôme  
estabilida

As cor  
pela poss

510 De ac  
Rogéri

511 Exceto  
ainda q

de sentença e, portanto, não há que se falar no óbice da coisa julgada a impedir o controle jurisdicional da alegada “lesão de direito”.<sup>510</sup>

Isso quer dizer que a sentença que põe fim ao processo de execução — ainda que com fulcro no inciso I do art. 794 — não tem mais do que eficácia meramente processual, não sendo apta a estabelecer certeza acerca da existência ou inexistência da relação jurídica material. Para o devedor, isso significa que, mediante a propositura de demanda autônoma, pode ele ver reconhecida a inexigibilidade da prestação e, bem ainda, obter a repetição do quanto tenha sido prestado indevidamente. Para o credor, se aceito esse postulado, a solução traduz-se na possibilidade de, demonstrando não ter sido integralmente satisfeito, poder ajuizar nova demanda executiva pelo saldo credor.

Contudo, a questão não é assim tão simples e para estabelecer as “vias processuais” que se abrem ao executado (suposto devedor) é preciso retornar aos *fundamentos* por ele oponíveis.

Se o executado, podendo, deixa de opor embargos do devedor, somente poderá valer-se de “ação autônoma” se tiver por fundamento dado concernente à própria relação jurídica de direito material, que autorize a declaração de inexistência da relação obrigacional, ou sua desconstituição. Diversamente, se o executado, podendo, deixa de opor embargos do devedor (ou manifestar recurso adequado), não poderá valer-se daquela mesma “ação autônoma” por fundamento exclusivamente processual — vício inerente ao procedimento ou à relação jurídica processual<sup>511</sup> — porque tais matérias, ainda que não se possa falar em coisa julgada no processo de execução, devem reputar-se cobertas pela preclusão.

De fato, permitir-se que o devedor possa, a qualquer momento, desfazer os atos praticados no processo de execução (mediante ataque à relação processual e ao procedimento), sem ter fundamento para negar a existência da relação material propriamente dita, é dar a ele um tratamento mais favorável do que aquele conferido ao vencido em processo de conhecimento, em favor do qual milita a previsão legal expressa da ação rescisória, mas de forma limitada, inclusive sob o ângulo temporal.

Embora não se possa, por razões óbvias, falar em eficácia preclusiva da coisa julgada onde esta última não existe, isso não quer dizer que não se possa falar em preclusão, dentro do processo de execução. Aliás, os fundamentos que inspiram o fenômeno da preclusão somente abonam a tese exposta, de sorte a garantir a estabilidade das relações jurídicas e a impedir a litigância de má-fé.

As considerações precedentes, acerca da *atipicidade* dos embargos do devedor, pela possibilidade da propositura de demanda autônoma, mediante recurso à

510 De acordo: Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos à execução*, n. 107, p. 255-257; José Rogério Cruz e Tucci, *Tutela processual do executado*, p. 29 e ss.

511 Exceto na hipótese excepcional, que merece tratamento particularizado, da falta ou nulidade de citação, ainda que no processo de conhecimento.

garantia constitucional da ação e da inafastabilidade, podem ser ainda mais esmiuçadas, mediante o exame de algumas situações particulares.

### 11.2 Embargos do devedor no procedimento da ação monitória

Na doutrina, reina expressiva divergência acerca das oportunidades (não apenas fundamentos) de defesa que se abrem para o réu, no âmbito da chamada *ação monitória*. A questão é particularmente difícil na hipótese em que, citado para efetuar a prestação por meio do “mandado monitório”, o réu se queda inerte e, portanto, opera-se a constituição do “título executivo judicial”.

Guardadas as peculiaridades desse instituto que é a “ação monitória”, a solução deve ser coerente com as premissas aceitas para a ação de embargos do devedor, tal qual expostas. Dessa forma, se o réu, podendo, deixa de opor os embargos ao mandado monitório, poderá expor fundamentos obstativos à satisfação do autor por duas outras “vias”: primeira, a dos embargos do devedor, após a “constituição” do título executivo “judicial”; segunda, a de uma “ação autônoma”. Em qualquer uma dessas “vias” processuais, poderá o indigitado devedor articular todo e qualquer fundamento obstativo da pretensão do sedizente credor, sem as limitações impostas ao art. 741 e, portanto, com a amplitude do art. 745, ambos do CPC.<sup>512</sup>

A solução assim alvitrada, conforme ressaltado, procura harmonizar-se com os princípios vigorantes para a hipótese de execução não embargada: não havendo pronunciamento acerca da relação material, não há que se falar no óbice da coisa julgada a impedir o controle jurisdiccional da alegada “lesão de direito”.

### 11.3 Embargos à arrematação e à adjudicação

Além dos embargos do devedor, o CPC prevê os chamados embargos “de segunda fase”, oponíveis quando houver fundamento superveniente à penhora. A questão é saber se o devedor, deixando de manifestar tal “remédio”, pode invocar a garantia “geral” e “atípica” da ação, aforando demanda autônoma para desconstituição dos atos de alienação forçada.

Entende-se que essa “ação autônoma” será viável se o executado dispuser de fundamentos para reconhecer a inexistência da relação jurídica de direito material, nas hipóteses previstas no art. 741 do CPC, com a *atipicidade* que lhe é

512 A posição adotada já fora expressamente encampada por José Rogério Cruz e Tucci, *Ação monitória*, n. 14, p. 94-96, em oposição a Vicente Greco Filho, que reputa aplicável a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada, mesmo à míngua de sentença propriamente dita (cf. *Comentários ao procedimento sumário*, p. 55).

caracter  
descarta  
da lei ci  
do art.

## 12 As

Ao la  
cada vez  
Contudo,  
— tais ca  
preceden

A tipo  
do provi  
Isso, com  
mandame  
dizendo n

No di  
executiv  
processo.  
a ordem  
despejo,  
desaprop  
uma vez

Quanto  
do art. 46

513 Cf. Paul  
ou extin  
Mas o e  
rejeitad  
segunda  
execuçã  
sobre as  
ação em

514 Na linha  
se dá na  
embargo  
debatida

515 Cf., por

516 Cf., por t  
fazer, esp

característica.<sup>513</sup> Contudo, não sendo interpostos esses embargos, não se deve descartar que a adjudicação e a arrematação possam ser desconstituídas na forma da lei civil se, no direito material houver fundamento para tanto, conforme previsão do art. 486 do próprio CPC.<sup>514</sup>

## 12 As denominadas tutelas *executiva em sentido lato e mandamental*

Ao lado das tutelas “tradicionais”, anteriormente expostas, a doutrina reconhece, cada vez com maior força, a existência das duas outras modalidades epigrafadas.<sup>515</sup> Contudo, do ponto de vista lógico e sistemático —, não obstante essa crescente aceitação — tais categorizações não estão calcadas no mesmo critério empregado para a tipologia precedente e, *sob esse ângulo*, não podem ser cientificamente aceitas sem ressalvas.

A tipologia anteriormente exposta leva em conta, conforme indicado, a natureza do provimento jurisdicional ou, mais especificamente, aquilo que lhe é intrínseco. Isso, contudo, não ocorre no caso das chamadas tutelas executivas *lato sensu* e mandamental, em que o respectivo dado conceitual é exterior ao próprio provimento, dizendo respeito ao *modo* pelo qual o mesmo é efetivado em termos práticos.

No direito brasileiro, não há dúvida de que o sistema conhece provimentos executivos *lato sensu*, isto é, que se executam independentemente de novo processo. A respectiva identificação ocorre a partir da autorização legal para que a ordem se cumpra por mandado, isto é, por “ordem do juiz” (v.g., nos casos de despejo, reintegração de posse, ação de depósito e, segundo alguns, ação de desapropriação). Com isso, não se abre oportunidade para embargos do devedor, uma vez que não há instauração de uma nova relação jurídica processual.

Quanto ao provimento dito mandamental, ele tem sido identificado na regra do art. 461 do CPC que, de resto, repete o teor do art. 84 do CPC.<sup>516</sup> A mandamen-

513 Cf. Paulo Henrique dos Santos Lucon: “O executado poderá alegar qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação se superveniente à penhora. Assim, o rol do art. 746 é meramente exemplificativo. Mas o executado não poderá alegar o que lhe convier, caso contrário, os embargos serão liminarmente rejeitados.” E completa, observando que “as matérias passíveis de serem alegadas em sede de embargos de segunda fase são aquelas relacionadas no art. 741, desde que ulteriores à penhora” (cf. **Embargos à execução**, n. 50, p. 116). Contudo, não poderão ser alegadas matérias discutidas no processo de execução, sobre as quais tenha incidido a regra da preclusão (CPC, art. 473), sob pena de se transmutar a garantia da ação em obstáculo intransponível à consolidação das relações jurídicas.

514 Na linha do exposto na nota anterior, parte final, é preciso atentar para um detalhe: ao contrário do que se dá na execução não embargada (em que a “ação autônoma” é amplamente admissível), a falta dos embargos de “segunda fase” não autoriza “ação autônoma” de forma ampla: toda e qualquer matéria já debatida no processo de execução, fica afastada do âmbito dessa ação “autônoma”.

515 Cf., por todos, Arakem de Assis, **Cumulação de ações**, p. 87 e ss.

516 Cf., por todos, Ovídio Baptista da Silva, **Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer**, especialmente p. 264-265.

talidade residiria em que o juiz, em vez de “condenar”, emitiria uma “ordem”, cuja inobservância daria ensejo à prática de sanções, tendentes a compelir o devedor ao adimplemento.

Embora se reconheça que as formas executivas dessas duas situações sejam desejáveis, inclusive como regra mais generalizada, insiste-se em que o diferencial dessas categorias reside no modo pelo qual são praticados os atos de execução. Na realidade, tratam-se de sentenças que impõe prestação, mas que não são remetidas à forma “tradicional” da instauração de um novo processo de execução.<sup>517</sup>

### 13 Outras tipologias da tutela

Além das modalidades de tutela assim tradicionalmente expostas pela doutrina, a ênfase para a instrumentalidade do processo (e seus resultados), além da preocupação com a efetividade da tutela jurisdiccional, levou à busca de outras formas de categorização, quase sempre mais próximas ou marcadas pelo direito material.

Sob o ângulo dos resultados substanciais produzidos pelo provimento jurisdiccional, fala-se, por exemplo, em tutelas *ressarcitória*, *restitutória*, *repristinatória* e *inibitória*, sendo esta última também identificada com a tutela *preventiva*. Sobre elas, sempre sob a ótica deste estudo, convém fazer algumas observações.

Em primeiro lugar, essa categorização não substitui ou exclui aquela outra “processual”, pela simples razão de que os efeitos substanciais — embora possam e devam ser enfatizados — somente são atingíveis por meio da eficácia processual do provimento. Pelo contrário, é precisamente a confrontação dessas tipologias, fundadas em critérios diferentes (mas complementares), que ajuda a visualizar o fenômeno processual. Em segundo lugar, todas essas formas de tutela revestem-se daquela mesma atipicidade e universalidade vigorante para as demais já examinadas. Ou, pelo menos, eventual tipicidade só pode ser identificada no plano material do ordenamento, atingindo o provimento apenas reflexamente.

No caso da tutela *preventiva* (ou *inibitória*) esse aspecto da *atipicidade* é particularmente realçado, sendo marcante na doutrina mais recente a afirmação de seu caráter *atípico*, descendente da garantia constitucional da ação.<sup>518</sup> Trata-se

517 Essas duas modalidades de tutela foram por nós estudadas em nosso **Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro**, *passim*, que mereceu, ao menos em parte, o aplauso de José Carlos Barbosa Moreira em seu estudo **Aspectos da ‘execução’ em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade**, p. 217. Para complemento, toma-se a liberdade de remeter ao tópico em que se trata do procedimento e sua tipologia.

518 Mesmo em tempos recentes, a doutrina apontou uma relativa “escassez” de meios tendentes à tutela *preventiva* (cf. José Carlos Barbosa Moreira, **Tutela sancionatória e tutela preventiva**, especialmente n. 2, p. 22). Contudo, a atipicidade apontada no texto é também reconhecida por parte expressiva da doutrina. Na Itália, Cristina Rapisarda estudou a matéria com profundidade, afirmando que o recurso à *inibitória* não pode estar vinculado à previsão pelo ordenamento, devendo essa modalidade ser

de tutela  
ou, em  
atuação  
direito m  
o hoje v  
No plan  
que per  
embora

No ca  
independ  
resulta d  
ao proces  
aquilo a  
esse resp  
e § 1º).

Quant  
ela tenha  
legal. Ne  
tutela. C  
de legiti  
interesse

reputa  
consid  
p. 96-9  
salient  
preven  
tutela p  
(cf. Tu

519 A cham  
prestaç  
CPC re  
modo d  
aspecto  
veja-se

de tutela que permite a prevenção do ilícito, no sentido de impedir sua consumação ou, em certos casos, sua continuação ou repetição, sem que isso configure uma atuação propriamente cautelar, à medida que propicia, desde logo, a atuação do direito material. Nesse particular, o sistema processual civil brasileiro — ao menos o hoje vigente — dispõe de “instrumentos” para assegurar essa tutela preventiva. No plano infraconstitucional, basta lembrar as regras dos arts. 273 e 461 do CPC, que permitem a antecipação da tutela de forma consideravelmente abrangente, embora com as restrições ali consignadas.<sup>519</sup>

No caso da tutela dita *específica*, não há dúvida quanto a sua *atipicidade*, independente de autorização legal. A mais perfeita restauração da situação violada resulta do próprio plano substancial, cujas normas devem ser atuadas, cabendo ao processo tão-somente a missão de propiciar a quem tenha um direito tudo aquilo a que faça jus. De qualquer modo, o ordenamento brasileiro é taxativo a esse respeito, impondo a primazia dessa modalidade de tutela (art. 461, “caput” e § 1º).

Quanto à tutela *coletiva* (em sentido lato), não se pode negar que — embora ela tenha largo campo de atuação — ela é prestada nos termos da regulamentação legal. Nessa medida, poder-se-ia falar de certa *tipicidade* dessa modalidade de tutela. Contudo, conforme já se observou, a questão aí é muito mais da atribuição de legitimação a determinados entes para que, em nome próprio, postulem interesses ou direitos que dizem com uma pluralidade de indivíduos.

---

reputada *atípica*. A admissibilidade desse caráter deve resultar de uma interpretação sistemática, considerando-se simultaneamente aspectos substanciais e processuais (cf. *Profili della tutela inibitoria*, p. 96-98). Também Aldo Frignani ressaltou a existência de um princípio geral de tutela preventiva, salientando que a negativa desse princípio estaria frustrando uma das funções primordiais que é a prevenção do ilícito. Entre nós, Luiz Guilherme Marinoni afirmou peremptoriamente a atipicidade da tutela preventiva ou inibitória, dividindo seu fundamento na regra do art. 5º, XXXV da Constituição (cf. *Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito*, especialmente p. 353-354).

519 A chamada tutela preventiva está associada à tutela condenatória, no sentido de que o juiz impõe uma prestação ao devedor. Nesse particular, as diferenças que resultam da disciplina dos arts. 273 e 461 do CPC residem, primeiro, na própria possibilidade de se antecipar a imposição da prestação; segundo, no modo de se executar o comando, sem a remessa a um processo de execução. Para o exame desses aspectos, notadamente quanto à “inefetividade da sentença condenatória para a prevenção do ilícito”, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito*, n. 8, p. 353-354.