

Flávio Luiz Yarshell

TUTELA JURISDICCIONAL

2ª Edição
revista e atualizada



1

INTRODUÇÃO: OBJETO DO ESTUDO E PREMISSAS METODOLÓGICAS

O presente estudo tem por objeto um particular exame e identificação das vias de acesso ao Judiciário e à *tutela jurisdicional*.

O ingresso em juízo, como se sabe, dá-se pelo exercício do poder ou direito de ação, que, por assim dizer, é a primeira porta a abrir-se ao interessado no provimento estatal¹. Superada, porém, à questão mais singular do ingresso em juízo — que se considera incondicionado² —, resta determinar, e ainda sem propriamente cogitar da existência ou inexistência de um direito material em favor de quem o alega, de que forma o sistema está aberto, ou não, aos reclamos de tutela.

O que aqui se propõe é determinar até quando, até onde e, mais particularmente, de que forma o sistema está disposto a exercer, no âmbito jurisdicional, o exame ou o controle de situações qualificadas pelo interessado como violadoras — ou potencialmente violadoras — de direitos,

¹ *Ação* como *porta* de ingresso corresponde ao conceito sintético desse instituto, no sentido de direito ou poder de estimular o Estado-juiz ao exercício de sua função específica. Corresponde, igualmente, ao denominado *direito de demandar*. Sabe-se, contudo, que a ação pode ser definida, analiticamente, como a “soma das posições jurídicas ativas do autor no processo”, com o que fica superada a conceituação como mero poder de ingresso (cf., por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, p. 350-352 e notas, com ampla referência doutrinária, sendo desse autor a locução entre aspas). Não se cogita, nesse passo, analisar criticamente este ou aquele conceito de ação. Por isso, inclusive, a ressalva supra, quanto à nomenclatura.

² José Roberto Bedaque faz ressalva a esse caráter incondicionado do ingresso em juízo, afirmando que “o direito, poder ou faculdade de provocar a jurisdição refere-se sempre a determinada situação concreta da vida”, não havendo sentido, “nem mesmo para efeito de meras elucubrações acadêmicas, imaginar a possibilidade de alguém pleitear a atuação jurisdicional sem deduzir situação de direito substancial a ser solucionada” (cf. *Direito e processo*, p. 68-69). Convém lembrar, em complemento e a propósito da citação retro, que o pleito de tutela jurisdicional — mesmo quando deduzido adequadamente — nem sempre está calcado em situação de direito substancial (exceto reflexamente), podendo fundar-se em situação estritamente processual, como no caso do mandado de segurança contra ato judicial, expediente consideravelmente freqüente, até o advento da Lei nº 9.139/95. Assim também, ao menos em parte, quanto à ação rescisória.

narmente o pretendido acesso⁷. E, quanto ao segundo aspecto, a tutela final — aqui, portanto e provisoriamente, pensada apenas como provimento editado em prol do vencedor — será prestada em favor daquele que, ao término, reputar-se respaldado no plano material do ordenamento⁸.

Para atingir os fins almejados neste estudo, o que se propõe é a aplicação dos conceitos — e respectivos desdobramentos — de *tipo* e *tipicidade* aos temas da ação e da tutela jurisdicional⁹. Sem receio de adiantar questões mais adequadamente examinadas adiante, o que se quer saber é se existem — ou mesmo se é correto falar em — *ações típicas* ou em correspondentes *tutelas jurisdicionais típicas*. O que se quer determinar é se realmente existem tipos de ação, dos quais deve valer-se o interessado para obter determinado tipo de tutela estatal. Nessa linha de indagação, é suposto haver certos tipos de ação, quer-se determinar se o emprego de um tipo, em lugar de outro, inviabiliza a obtenção da tutela jurisdicional; ou se existem diferentes tipos de ação e de tutelas que concorrem para um mesmo fim; ou, também, se a ausência de um tipo de ação significa o fechamento das portas do sistema a qualquer forma de controle jurisdicional. Mais ainda: se realmente existem ações ou tutelas típicas, cumpre determinar com base em que elemento se estabelece e se configura essa tipicidade.

Resulta que o presente estudo propõe-se a refletir sobre os (*tipos de?*) *instrumentos*, ou *remédios*, ou *mecanismos*, ou *medidas*, ou *canais*, ou *ferramentas*, ou *caminhos*, ou ainda *providências*¹⁰ que o sistema pro-

⁷ Cf. nota nº 2. Mesmo que o demandante não exponha uma situação da vida carente de tutela — ou que o faça de forma inacessível ou ininteligível para o juiz —, sempre haverá uma resposta do Estado, que a tanto se sujeita, pela atribuição do poder ou direito de ação aos indivíduos.

⁸ A ressalva é feita tendo em vista o desenvolvido ao longo desta obra, relativamente ao conceito e alcance da expressão *tutela jurisdicional*.

⁹ Pretende-se, entre outros, ir além da *generalidade* e *abstração* dos *conceitos* de ação, demanda, processo e tutela jurisdicional, para chegar a um exame mais *concreto* desses institutos, próprio do *tipo*.

¹⁰ O recurso tão variado de imagens, para determinação das vias de acesso ao controle jurisdicional, muito freqüente em doutrina (indicada na bibliografia e citada ao longo do estudo), por si só, já revela a imprecisão reinante e a necessidade de melhor reflexão sobre a matéria, para que nela prevaleçam, tanto quanto possível, terminologia mais exata e idéias mais bem definidas. Ilustrando essa constatação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observou, por exemplo, que a expressão *remédio de direito constitucional* “parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra” (cf. *Curso de direito constitucional*, p. 270). Além disso, as metáforas comumente empregadas — como *acessado* no texto — acabam realmente sugerindo e reforçando a idéia de *tipo* e de *tipicidade*, em relação à ação e à tutela jurisdicional, o que, conforme demonstrado ao longo do trabalho, nem sempre é desejável ou se presta aos fins almejados pelo sistema.

e, ao revés, a partir de quando, de onde e como o sistema se fecha aprioristicamente a isso³. Trata-se, portanto, de dar contornos mais precisos ao poder (ou direito) de *ação* e ao princípio (ou garantia) da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV, da CF), buscando-se, tanto quanto possível, um ponto de equilíbrio entre o valor *justiça* — que reclama sempre a abertura de *vias* para o julgamento de alegações de lesão (ou ameaça de lesão) de direito — e o valor *segurança* — que, ao menos em dado momento, impõe o fechamento desses mesmos caminhos⁴.

Percebe-se que a questão proposta está essencialmente situada entre o momento do ingresso no Judiciário, de um lado, e o da aferição da existência ou inexistência de uma vontade concreta do direito em favor de algum dos sujeitos parciais do processo⁵, de outro lado^{6 a, b}. Isso porque, quanto ao primeiro aspecto, e como já adiantado, não se põe em dúvida que o ingresso em juízo seja incondicionado, pois, por mais descabida que seja a demanda, ou mais inepta que seja a petição que a veicula, deve o Estado dar resposta ao demandante, ainda que o faça para repudiar limi-

³ Fecha-se no sentido de negar *caminhos* ou *remédios* para determinada situação alegadamente violadora (ou potencialmente violadora) de direitos (v., em complemento, nota seguinte).

⁴ O que se propõe é que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, entendido como "garantia de tutela adequada a todas as situações de conflitos de interesses" e como "postulado do Estado Democrático de Direito" (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, p. 120) — e exceto se entendido apenas como mero direito de ingresso em juízo (cf. Cintra, Grinover, Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 122-123) — deve ter seus contornos mais precisamente delineados. É que ao Estado, em regime democrático, interessa a preservação de ambos os valores indicados no texto. Cumpre à técnica processual, norteadora por tais escopos e princípios, dar fórmulas concretas para o equilíbrio preconizado. Atente-se para que o tema proposto não se refere própria e diretamente ao estudo da coisa julgada ou da preclusão — institutos que, por excelência, cuidam da estabilidade da tutela jurisdicional —, embora aos mesmos obrigatoriamente sejam feitas referências e dedicadas reflexões ao longo do presente trabalho.

⁵ Ou sua efetivação, para satisfação do credor, em se tratando de tutela executiva.

^{6a} Não se cuida, também, de tratar apenas das chamadas *condições da ação* — situadas entre a mera propositura e a obtenção de um provimento favorável —, embora delas seja imprescindível tratar incidentalmente. Não há dúvida de que, na passagem da generalidade da ação para a concreção de determinada demanda, as *condições da ação* desempenham papel importantíssimo, estabelecendo nexos entre a ação e o direito material afirmado pelo autor. Conforme, porém, demonstrado no decorrer do estudo, a especificação das garantias da ação e da inafastabilidade pode também ser divisada com base em outros ângulos.

^{6b} Essencialmente, não exclusivamente: o livro também se dedica ao exame do *resultado do processo* (e, dentro dele, do resultado favorável a uma das partes), uma vez que isso é também indispensável para a determinação das vias de acesso ao Judiciário. Ao longo do trabalho, procura-se demonstrar que a especificação ou concretização do direito de ação e da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional vai desde o momento do ingresso até o momento da edição do provimento jurisdicional (final). Embora tais fenômenos possam e devam ser visualizados separadamente, eles estão indissoluvelmente ligados.

cessual coloca à disposição do interessado — em especificação, concretização ou regulamentação, por assim dizer, do direito amplo e incondicionado de ação (ou de demandar)¹¹ — e que, em tese, são aptos a conduzir à tutela ou ao controle jurisdicional de uma situação substancial^{12 a, b}.

E, ao mesmo tempo em que se pretende o exame do *típico*, passa-se também ao estudo do *atípico*. Como já foi dito com propriedade, em um sistema jurídico, geralmente, os problemas próprios dos fenômenos atípicos surgem quando, paralelamente a definições gerais e abstratas de uma previsão legal, existe um elenco de hipóteses típicas que não exaure todas as possibilidades de situações ajustáveis a essa mesma previsão, tal como configurada na definição legal. Essas situações, não correspondentes a nenhuma das hipóteses típicas, constituem o campo propício à discussão dos fenômenos atípicos¹³. Portanto, o estudo leva tanto à *tipicidade* quan-

¹¹ De forma expressiva, José Frederico Marques falou da regulamentação do exercício da ação (esta entendida como direito público subjetivo de natureza constitucional). Lembrando que “tanto o *ius actionis* como a jurisdição, na sua dinâmica processual, se tornam objeto de normas processuais”, Frederico Marques falou na lei ordinária com a função de “modelar a ação como o direito de pedir a tutela jurisdicional” (cf. *Manual de direito processual civil*, v. 1, nº 130, p. 175). O tipo, como se verá, está precisamente associado à idéia de modelo.

^{12a} Em parte, ainda que reflexamente, o estudo procura responder ao reclamo da autorizada doutrina, no sentido da identificação das categorias acionáveis mediante uma releitura da regra contida no art. 189 do Código Civil vigente (“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão...”). Também em parte, o estudo procura indicar critérios objetivos que determinem quais são os “instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos” (cf. José C. Barbosa Moreira, *Notas sobre o problema da efetividade do processo*, p. 27 e 32-33, respectivamente; com idêntica preocupação, Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, especialmente p. 521-525, em comentários ao art. 83 da Lei nº 8.078/90; José Roberto Bedaque, *Direito e processo*, nº 23.6, p. 82-83). Sobre o tema proposto, em confronto com a regra do citado dispositivo legal, confira-se, embora em perspectiva um tanto diversa, Cândido Rangel Dinamarco, *Das ações típicas*, p. 260-261.

^b O exame da ação típica é, ao mesmo tempo, objeto e método de investigação: de um lado, busca-se identificar se existem ou se é correto falar em ações típicas, determinando-se com base em que elementos essa nota de tipicidade pode ser estabelecida. De outro lado, a *tipicidade da ação* é meio para a tentativa da mais exata delimitação do poder de ação e da garantia da inafastabilidade.

¹³ Essa a idéia exposta por Aurélio Morello, que trata, no entanto, dos fenômenos atípicos em matéria societária, em que, por sinal, o tema é largamente debatido pela doutrina (cf. *Lesocietà atipiche*, p. 3). Em matéria processual — ao menos antes do advento da antecipação de tutela como regra generalizada (arts. 273 e 461 e parágrafos, do CPC), a asserção feita no texto era inteiramente compreensível, *v.g.*, em matéria de ações cautelares nominadas e inominadas (quais os limites do poder geral de cautela?). E, salvo melhor juízo, continua a ser, conforme será analisado ao longo do estudo.

to à *atipicidade* no direito processual, particularmente no tocante às vias de acesso à *tutela jurisdicional* e à regulamentação do direito de ação e da garantia da inafastabilidade, vistos de forma ampla, sob o enfoque de garantias constitucionais.

Embora o tema esteja primordialmente relacionado com os institutos da ação e jurisdição (particularmente com a tutela requerida e, em tese, a ser prestada), será necessário recorrer ao confronto com os outros institutos fundamentais do direito processual — *processo e defesa* — com base nos quais, muitas vezes, serão encontradas respostas mais adequadas para algumas das indagações já feitas¹⁴. Dessa maneira, o exame da matéria é realizado com base em cada um dos apontados institutos¹⁵, repetindo método adotado e aplaudido em autorizada doutrina¹⁶.

De outra parte, e como consequência da inserção lógica da matéria, tal como supradelineado, será igualmente útil e necessário recorrer a diferentes situações da vida, relacionadas com o plano do direito material, não apenas porque é em função dessas situações que normalmente nasce o processo — e é precisamente para elas que os provimentos jurisdicionais ordinariamente apontam seus efeitos¹⁷ —, como também

¹⁴ Para empregar uma das imagens antes cogitadas, quando se pensa nos canais que conduzem à tutela jurisdicional, é preciso examiná-los do início (exercício da ação/propositura da demanda) ao fim (edição do provimento jurisdicional), passando pelo meio (processo e procedimento).

¹⁵ O exame do tipo e da tipicidade, no direito processual, baseado em cada um de seus institutos fundamentais apontados no texto, não trai o objeto do estudo, voltado que está, como indica o próprio título, ao tema da *tutela jurisdicional*. É que cada um desses institutos está relacionado, de algum modo, com a *tutela jurisdicional*, como se procura demonstrar neste livro.

¹⁶ Sobre o tema, amplamente, confira-se Cândido Rangel Dinamarco, *Os institutos fundamentais do direito processual*, especialmente p. 38-42.

¹⁷ O estudo do direito processual, por certo, ganha especial sentido à luz do direito material: resguardada a autonomia do primeiro, não pode o processualista temer a proximidade com as questões que brotam do segundo, pela simples razão de que a missão do primeiro é precisamente encontrar *camínhos* para a atuação do segundo. Conforme idéia já expressa superiormente por Carnelutti, lembrado por José Rogério Cruz e Tucci, à semelhança de um médico que busca a cura para males diversos e que, antes de conhecer o remédio, deve conhecer o funcionamento, as disfunções e patologias do corpo humano, o processualista deve conhecer, tão profundamente quanto possível, as relações no plano substancial do ordenamento porque, normalmente, o provimento jurisdicional haverá de projetar efeitos sobre a relação material, sendo esta a verdadeira norteadora dos limites e dos efeitos que o ato emanado do processo há de produzir (cf. *A causa petendi*, p. 106, nota nº 136).

porque tipo e tipicidade são conceitos presentes e importantes também nesse plano do ordenamento, inclusive na interação com a ordem processual^{18 a, b}.

Finalmente, parecem inegáveis a atualidade¹⁹ e a relevância de estudo dessa natureza, pois o tema — aparentemente pouco explorado sob a óptica proposta²⁰ — é ainda a reafirmação da idéia de *efetividade* do processo e da tutela jurisdiccional, de que se ocupou — e ainda se ocupa — a doutrina²¹. Mais ainda, o exame do acesso à justiça apoiado nos

^{18 a} Como se procura demonstrar no decorrer do estudo, nem sempre é fácil estabelecer se (eventual) tipicidade está no plano processual ou material. Além disso, convém lembrar a advertência de Calmon de Passos, para quem “a tipicidade não pode ter igual relevância no campo do direito material e no campo do direito processual”, pois as especificidades de cada qual “reclamam tratamento diversificado”. Para o aludido processualista, no direito material, “tipicidade e eficácia guardam a mais estreita vinculação”, ao passo que, no direito processual, sua instrumentalidade “marca todo o processo como figura típica complexa, de formação sucessiva, e igualmente cada ato componente dessa série de atos, em sua tipicidade particular”. Como será examinado, Calmon de Passos, ao falar em tipicidade no processo, pensa essencialmente no tema das *formas* e das *nulidades* processuais (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, nº 273.3, p. 475-476).

^b Embora as considerações precedentes (texto e notas), ao enfatizar as garantias da ação e do controle jurisdiccional, já indiquem que o objeto do estudo é essencialmente a tutela de direitos na órbita processual civil, convém fazer essa ressalva, observando que as incursões por outras áreas — notadamente a do processo penal — não têm pretensão à exaustividade, mas o escopo de reforçar as idéias desenvolvidas para aquela outra seara ou propiciar reflexões apoiadas em uma visão comparativa. Isso não impede, contudo, que sejam adotados métodos e conceitos inerentes à teoria geral do processo.

¹⁹ A atualidade do tema *tipicidade* foi destacada por Vicente Greco Filho que, embora voltado especificamente para a questão no âmbito do direito penal, manifestou preocupação mais ampla com a idéia de que “o bem jurídico da segurança do indivíduo depende da estrutura típica da ordem jurídica como um todo, em todas as suas manifestações” (cf. *Tipicidade e parte geral do Código Penal*, p. 1).

²⁰ No direito processual, conforme objeto de desenvolvimento subsequente, constata-se que tipo e tipicidade foram e são estudados principalmente no que toca ao *procedimento*.

²¹ Tratando da utilidade das decisões judiciais — um dos pontos sensíveis da instrumentalidade do processo em seu sentido positivo (efetividade) —, Dinamarco ressaltou “a linha de evolução das técnicas jurídicas a partir do número fechado das *actiones* prometidas pelo pretor romano, que eram típicas e restritas, e chegando à ampla e universal garantia do direito de ação”, indicando, como manifestação disso, “certas ações especificamente previstas no direito positivo brasileiro, em disposições que tornam explícita a intenção de atender a situações típicas mediante as soluções substanciais correspondentes” (cf. *A instrumentalidade*, nº 36.4, p. 427-428).

caminhos que a ela conduzem é também o estudo da *técnica processual*, revisitada à luz das conquistas instrumentalistas^{22 a, b}.

^{22 a} Dessa perspectiva (de *revisitar* os institutos) falaram Barbosa Moreira (*O processo civil hoje: um congresso da associação internacional de direito processual*, p. 244 e, ainda, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 103), Ada Pellegrini Grinover (*Modernidade do direito processual brasileiro*, nº 6, p. 14) e José Roberto Bedaque (*Direito e processo*, p. 12-14).

^b Não se pode negar ou ignorar a amplitude do tema proposto e, mais ainda, das questões que ele sugere. Em termos estritamente acadêmicos e científicos, isso representa um risco importante, uma vez que o alargamento excessivo do objeto de investigação pode prejudicar a certeza dos resultados. São palavras de advertência de Umberto Eco, a propósito da metodologia para elaboração de uma tese acadêmica: "quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha" (cf. *Como se faz uma tese*, nº 2.1., especialmente p. 10). Por isso, convém fixar que o estudo não pretende examinar detalhadamente diferentes ações ou tutelas, ou, menos ainda, catalogá-las. Trabalho dessa ordem, em momento metodológico completamente diverso, foi feito por José Homem Corrêa Teles (cf. *Doutrina das ações, passim*) e, embora sedutor para o operador prático do direito (que, em tais trabalhos, encontra uma espécie de receituário), deve hoje ser descartado. Aqui, diversamente, busca-se identificar o que, no sistema processual, é *típico* ou *atípico* e, a partir daí, contribuir para um mais exato dimensionamento das garantias constitucionais da ação e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não se quer esgotar os tipos, mas entender de que modo eles contribuem para a especificação do direito amplo de ação (ou de demandar).

2

TUTELA JURISDICIONAL: PREMISSAS CONCEITUAIS

2. 1. Necessidade e importância da delimitação conceitual

Para que se possa dar cumprimento ao exame proposto, é preciso fixar premissas de ordem conceitual, quer quanto ao que se entende — ou se pode entender — por *tutela jurisdicional*, quer quanto aos temas do *tipo* e da *tipicidade*, com os respectivos desdobramentos.

Quanto ao primeiro aspecto, não se trata de examinar as diferentes visões ou os conceitos que, em doutrina, existem a propósito de jurisdição¹. Trata-se, diversamente, de estabelecer no que consiste a referida tutela e ainda de que modo — e, portanto, a quem — é ela proporcionada. Delimitação dessa ordem é essencial quando se quer saber, entre os institutos processuais, o que é *típico* e onde reside eventual *tipicidade*; isso para verificar se existem e quais são as *ações típicas* e as correspondentes *tutelas típicas*, bem como quais são os elementos que lhes conferem esse caráter.

Quanto ao outro tópico (*tipo* e *tipicidade*), buscar-se-á colher, no trato geral que o tema recebe em doutrina — não exclusivamente processual —, conceitos e idéias que, aplicados aos institutos processuais, permitam a compreensão e a sistematização dos caminhos que levam ao controle jurisdicional, bem como da abertura e do fechamento de suas portas².

2. 2. A tutela jurisdicional como resultado em favor do vencedor

Desde logo, parece não haver dúvida de que a locução *tutela jurisdicional* se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional

¹ Para exame dessa natureza, com ampla referência às diferentes correntes doutrinárias, confira-se, entre nós, Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 1, p. 17 e ss.

² Isto é, quais são, mais concretamente, os contornos ou limites do direito de ação e da inafastabilidade.

— assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material — em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução *tutela jurisdicional* designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento³.

Aceitando-se essa premissa, é lícito concluir que, no processo de conhecimento, a tutela — consubstanciada na sentença de mérito⁴ — pode beneficiar tanto ao autor quanto ao réu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado que esteja pelo direito material. Também será forçoso concluir que, no processo de execução, apenas se cogita uma tutela em favor do exeqüente, visto que aí somente são praticados atos materiais de invasão da esfera individual do devedor, para satisfação do credor, ficando o exame do mérito reservado a (eventual) processo cognitivo autônomo — de embargos — do qual pode resultar tutela em favor do executado, mas aí na posição de embargante⁵; e que, no processo cautelar, não há autêntica prestação de tutela, exceto se admitida a tese de um direito substancial de cautela, ou se admitida a atuação (direta) do direito material por essa forma de processo⁶.

Aludida concepção de *tutela jurisdicional*, embora se traduza em termos claros, merece ainda alguma reflexão, dada a associação a que induz com a idéia de *tutela de direitos*.

³ Nesse sentido, o pensamento de Liebman (cf. *Manual de direito processual*, v. 1, nº 71, p. 147), que mereceu o apoio incondicionado de José Roberto Bedaque, para quem exclusivamente em favor do vencedor é prestada a tutela jurisdicional, afirmando, este último, que “a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano material do direito material” (cf. *Direito e processo*, p. 24-26 e 29-30). Também assim Cândido Rangel Dinamarco (cf. *Universalidade da tutela jurisdicional*, nº 3, *apud* Bedaque, *ob. e loc. cit.*).

⁴ Entendendo-se por *tutela jurisdicional* aquela prestada em favor de quem esteja amparado no plano do direito material, parece inviável vislumbrar tutela em uma sentença que ponha fim ao processo por *carência de ação*, mesmo em favor do demandado, vitorioso por ter sido reputada inadmissível a tutela em favor do autor.

⁵ Nesse sentido, a propósito da tutela nos processos de conhecimento e execução, fala José Roberto Bedaque (cf. *Direito e processo*, p. 29).

⁶ José Roberto Bedaque, de forma coerente com as premissas que adota, reconhece essa relativa impropriedade, ao afirmar: “No sentido aqui utilizado, talvez fosse impróprio falar em tutela cautelar. Principalmente se se entender, com a maioria da doutrina, inexistir um direito substancial de cautela”. E mais: “O resultado favorável do processo cautelar não confere ao interessado, porém, a tutela jurisdicional no sentido aqui examinado” (cf. *Direito e processo*, nº 31, p. 105).

Com efeito cedor, ela so considerado o apontado, pa *tutela juridi*

A noção é amplamente, to objetivo), nando a pas Em sentido i jurídicas de v dos pelo ord por *tutela de* de violação) efetividade c te à reflexão hipóteses de

Portanto, substancial é isto é, media Daí falar-se, é, a *tutela d*

⁷ Tratando esp nhece quant pressão tutel

⁸ Cf. Adolfo d

⁹ Cf. di Majo,

^{10a} Sobre o te Cruz, *Estudo Direito e pro* ob. cit., nº 2

^b Como se sab do, aí, da t Código foi p dos principic boa parte, d se sobrepõe manifestar c transferidos direta com 61-62). De f com a *gara* conforme se

Com efeito, se a tutela jurisdicional é aquela prestada em prol do vencedor, ela somente se estabelece em favor de quem ostenta um direito, considerado o plano substancial do ordenamento. Daí porque, no sentido apontado, parece haver certa sinonímia ou equivalência entre as locuções *tutela jurisdicional* e *tutela de direitos*⁷, que deve ser examinada.

A noção de tutela, conforme se colhe na doutrina, pode dizer respeito, amplamente, às regras de conduta que compõem um ordenamento (direito objetivo), visto que ele deve encontrar atuação nos fatos, proporcionando a passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser. Em sentido mais restrito, a mesma expressão pode referir-se a situações jurídicas de vantagem, que devem ser garantidas conforme critérios adotados pelo ordenamento⁸. Contudo, na linguagem mais comum, entende-se por *tutela de direitos* a defesa do direito diante de sua violação (ou ameaça de violação). Trata-se de conceito intimamente relacionado com a própria efetividade do ordenamento jurídico, e seu exame conduz necessariamente à reflexão acerca dos meios de tutela predispostos pelo sistema, para as hipóteses de violação⁹.

Portanto, a *tutela de direitos* é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal — pelo exercício da jurisdição — ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em *tutela jurisdicional dos direitos*, isto é, a *tutela de direitos* mediante o exercício da jurisdição^{10 a, b}.

⁷ Tratando especificamente do significado de tutela (*tutela jurisdicional*), Bedaque reconhece quanto afirmado no texto, asseverando que "semelhante é o significado da expressão tutela jurídica de direitos" (cf. *Direito e processo*, nº 9, p. 31).

⁸ Cf. Adolfo di Majo, *La tutela civile*, p. 2-3.

⁹ Cf. di Majo, *La tutela civile*, p. 4.

^{10 a} Sobre o tema, merecem ser conferidas as considerações de José Raimundo Gomes da Cruz, *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*, nº 2.3 e 2.4, p. 18-20 e Bedaque, *Direito e processo*, nº 12, p. 36-39 e do próprio di Majo, citado em nota precedente (cf. ob. cit., nº 2, p. 4-7).

^b Como se sabe, o Código Civil italiano contém um Livro dedicado à *tutela dos direitos* (tratando, aí, da tutela jurisdicional dos direitos). Segundo explica Giuseppe Tarzia, quando o Código foi promulgado, ele possuía uma função de *lex generalis*, de uma espécie de *summa* dos princípios relativos às relações intersubjetivas. Essa função, observa Tarzia, perdeu-se em boa parte, de um lado pela superveniência da Constituição e a enunciação de princípios que se sobrepõem àqueles da lei comum; de outro lado, pela ampliação das leis especiais. Daí manifestar o desejo de, quando de uma nova codificação processual, serem não apenas transferidos todos esses princípios ao Código de Processo, mas especificados em relação direta com as normas constitucionais (cf. *Il libro della tutela dei diritti quarant'anni dopo*, p. 61-62). De fato, esse trabalho de relacionar as formas de tutela — contidas no Código Civil — com a *garantia constitucional* da ação é um dado marcante na doutrina processual italiana, conforme se pode inferir da bibliografia referida ao longo da presente obra.

Finalmente, a propósito do conceito de tutela jurisdiccional — entendida como a que é prestada em favor de quem tem razão (ou como sinônimo de tutela de direitos no âmbito jurisdiccional) —, poder-se-ia dizer tratar-se de conceito sincrético ou, quando menos, calcado na premissa da ação como direito concreto, isto é, como direito a um provimento favorável. Contudo, nem um dos dois parece correto.

Em primeiro lugar, a associação da locução *tutela jurisdiccional* ao *resultado favorável* não infirma a autonomia conceitual do processo em relação ao direito material. Embora sabidamente situados em planos distintos, ação e processo têm natureza instrumental e sua existência é ordinariamente conexa a uma situação de direito material; ao menos a uma situação afirmada pelo demandante. Por isso, nenhuma estranheza deve causar a conceituação de um instituto processual, levando em conta um dado de direito material; tanto mais quando se trata do ato final do processo, destinado precisamente a projetar efeitos para fora dele, isto é, para o plano substancial¹¹.

Além disso, dizer que *tutela jurisdiccional* é tutela de quem tem razão não significa a aceitação da teoria concretista da ação que, conforme sabido, sujeita a existência desse direito ou poder a uma vontade concreta do direito em favor do autor. É que existe uma progressão ou escalada que vai do ingresso em juízo à obtenção de um provimento favorável que envolve, em ordem crescente, um direito que viabiliza o ingresso, um direito a um pronunciamento sobre o mérito da controvérsia e, finalmente, um direito a um provimento favorável (ou, tutela, no sentido anteriormente exposto)^{12 a, b}.

2. 3. A perspectiva dos meios ordenados à consecução do resultado

Consoante demonstrado no tópico precedente, não se nega, antes se admite, que o emprego da expressão *tutela jurisdiccional* é mais comu-

¹¹ Vem bem a calhar a observação de José Raimundo Gomes da Cruz que, ao tratar do tema, salientou a ênfase dada por processualistas para as formas de defesa dos direitos ou pretensões, em confronto com o privilégio dado pelos civilistas para o aspecto da titularidade ou aquisição de direitos subjetivos (cf. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*, p. 19).

^{12 a} O termo escalada foi empregado, por vezes, por Cândido Rangel Dinamarco, em aulas proferidas no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

^b Embora em contexto diverso e aceitando premissas diversas (por exemplo, falando de ação em sentido material), são ilustrativas as palavras de Adolfo Shonke, ao afirmar que a relação jurídica processual leva em si uma "expectativa de tutela jurídica em sentido favorável", mas não implica um direito a uma sentença favorável (cf. *Derecho procesal civil*, p. 20).

mente feito pela norma car a *tutela* à situação c

Não pare da locução resultado do tos à obtenç divisada no nos "princíp

Com efe jurisdiccional ser propor também do embora nes rísticas ditaç esses último

¹³ Cf. José Roberto de Almeida que, ao declarar a tutela preventiva em mira, prece

¹⁴ Sem abonar o do a ação so Conforme ob: como um dos — não é ape *processo civil*

^{15 a} As expressõ da na doutrin

^b Quando se fal especificação qual se invoc juízo. Assim, e há situações e indispensável,

¹⁶ A distinção q de Donald A adotados a re: rencia da tut provimento ju de de tutela a prisma de sua antecipação de nesse particula

mente feito no sentido de proteção do titular de uma situação amparada pela norma substancial (provimento favorável). Daí o acerto de se qualificar a *tutela jurisdicional*, dessa óptica, com base nos elementos inerentes à situação da vida e ao direito material¹³.

Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução — *tutela jurisdicional* — para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os *meios* ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado¹⁴. A *tutela*, então, pode também ser divisada no próprio *instrumento*, nos atos que o compõem, e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes^{15 a, b}.

Com efeito, quando a doutrina fala, por exemplo, de uma tutela jurisdicional *diferenciada*, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução desse resultado. Assim, embora nesse contexto o resultado se revista de peculiaridades e características ditadas pelos meios ordenados a sua consecução, é também para esses últimos que se atribui o qualificativo *diferenciado*¹⁶.

¹³ Cf. José Roberto Bedaque, *Direito e processo*, nº 8, p. 26-27. Daí falar-se em tutela meramente declaratória, constitutiva e condenatória/executiva; ou, tutela individual e coletiva; ou tutela preventiva e reparatória; ou ainda tutela específica. Todos esses qualificativos têm em mira, precipuamente, o resultado do processo em favor do (autor) vencedor.

¹⁴ Sem abonar expressamente quanto expresso no texto, Luigi Paolo Comoglio, examinando a ação sob o ângulo constitucional, aceita essa distinção entre *meios* e *resultados*. Conforme observa o processualista, as mudanças de perspectiva no exame da ação têm como um dos corolários a circunstância de que ela — vista sob o prisma constitucional — não é apenas uma garantia de *meios*, mas igualmente de *resultados* (cf. *Lezioni sul processo civile*, p. 291).

^{15 a} As expressões são consignadas entre aspas dada a diversidade terminológica encontrada na doutrina, conforme também examinado na seqüência.

^b Quando se fala nos *meios* como integrantes da *tutela jurisdicional*, pensa-se inclusive na especificação da própria garantia da ação: para tutelar, é preciso estabelecer o modo pelo qual se invoca essa mesma tutela, isto é, de que modo se apresenta uma demanda em juízo. Assim, embora não seja correto falar em previsão de ações como forma de tutela, há situações em que a especificação da garantia constitucional da ação atua como passo indispensável, ao menos em termos pragmáticos, para a prestação da tutela final.

¹⁶ A distinção que se busca no texto encontra, ao menos em parte, respaldo na observação de Donaldo Armelin segundo a qual “dois posicionamentos, pelo menos, podem ser adotados a respeito da conceituação de *tutela diferenciada*. Um, adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo da necessidade de tutela ali veiculado. Outro, qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular” (cf. *Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 105).

Observação análoga pode ser feita quanto ao emprego da locução tutela específica, que, embora se refira essencialmente ao resultado substancial do processo, não deixa de considerar os meios ordenados à produção desse resultado¹⁷.

Ligada às formas de tutela *diferenciada* e de tutela *específica*, a própria antecipação da tutela reforça, de certa maneira, as asserções anteriores: se providência dessa natureza representa forma — ainda que provisória — de atuação do próprio direito material e considerando que o beneficiário da antecipação pode não ostentar o direito afirmado (restando vencido no pleito, afinal), é inarredável o reconhecimento de que existe tutela (ainda que provisória) em prol de quem não está amparado pelo direito material. Vale dizer: os meios atuam, ainda que provisoriamente, em prol de quem não tem razão.

Quando se cuida da atividade cognitiva, esses meios estão ligados essencialmente à idéia de procedimentos adequados à natureza da relação material controvertida que, manipulando diferentes níveis de cognição, propiciem resultados mais adequados às situações carentes de tutela¹⁸; falando em termos de atividade executiva, busca-se o estabelecimento de *meios executivos* que possam dar efetividade aos comandos judiciais que deles necessitam para produzir efeitos substanciais¹⁹.

E, além do quanto expendido, há que se considerar ainda que a tutela jurisdiccional resulta da própria garantia do devido processo legal e dos meios dispostos às partes, para obtenção de um resultado favorá-

¹⁷ Basta pensar que a especificidade da tutela considera que os meios executivos atuam diretamente sobre o objeto do direito exequendo ou coisa devida, para que assim se atinja uma restauração idêntica à da situação violada. Entre nós, é bastante expressiva a regra contida no § 5º do art. 461 do CPC que, para a prestação da tutela específica (resultado), predispõe uma série de *medidas de apoio*, algumas delas atuando indiretamente e outras proporcionando diretamente o bem da vida almejado pelo demandante.

¹⁸ Lembrando mais uma vez a denominada *tutela diferenciada*, vale recorrer, uma vez ainda, à observação de Donald Armelino: "Outro posicionamento situa no instrumento processual a sede da investigação da tutela jurisdiccional diferenciada, cuja diversidade resulta das técnicas relativas ao procedimento de onde ela emerge e/ou do grau de cognição indispensável à sua efetivação" (cf. *Tutela jurisdiccional diferenciada*, p. 109).

¹⁹ Um pouco diversamente, José Frederico Marques qualifica o *processo* apenas como *instrumento operacional* da tutela jurisdiccional, cujo objeto são as *relações intersubjetivas litigiosas*, cuja causa final é a *composição justa do litígio* e a causa eficiente é a *propositura da ação* (cf. *Manual*, v. 1, nº 107, p. 154).

vel²⁰. Dessa inafastáveis da respectiva legal — ind

Não há desses post

Fala-se e — que, no do-se desse cujo significo processuais mo entre ac pios, não h certo, decoi mereça con

²⁰ José Afonso as garantias, imprimem e são as que, separação é mesmo cons expressões", "proteção pr destinados a direitos fund nas instituiçõ tutela a obse Entre as gar que define o tais, meios, t de seus direi

²¹ Partindo d: constitucion Rogério Lau tutela jurisdí *Devido proc*

²² A expressãc (cf. *Os princ Cândido Rar cesso*, nº 2, p

²³ Sálvio de F significação: existência, o que, situand legislador n: verdadeira it

vel²⁰. Dessa óptica, o desenrolar do processo dá-se sob o primado de inafastáveis (e já aludidos) princípios, garantias ou regramentos e, em face da respectiva atuação, não há como negar que o próprio devido processo legal — independentemente de quem vença — é forma de tutela²¹.

Não há uniformidade, em doutrina, na terminologia e no conteúdo desses postulados que plasmam o processo.

Fala-se em *princípios* do direito processual — *fundamentais* ou *gerais* — que, no mais das vezes, são tratados sob o prisma constitucional. Partindo-se desses princípios, divisa-se uma *tutela constitucional do processo*, cujo significado e escopo são os de assegurar a conformação dos institutos processuais aos postulados que advêm da órbita constitucional²². Mas, mesmo entre aqueles que reconhecem e aceitam a existência de certos princípios, não há unanimidade quanto à extensão do respectivo rol, o que, por certo, decorre da divergência quanto ao que seja um princípio, ou ao que mereça como tal ser qualificado²³.

²⁰ José Afonso da Silva lembra a lição de Rui Barbosa, de que uma coisa são os direitos, outra, as garantias, podendo separar-se “as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder” — embora se reconheça que essa separação é relativa (cf. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 183). Segundo constata o mesmo constitucionalista, a doutrina não auxilia muito “no descortinar o sentido dessas expressões”, lembrando que, entre os sentidos usualmente empregados, encontra-se o de “proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia” ou de “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura” (cf. ob. cit., p. 184-185). Sob a óptica dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva fala em garantias constitucionais “que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”. Entre as garantias constitucionais, ainda o mesmo constitucionalista identifica as *especiais*, que define como “normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos”, tendo, portanto, uma função instrumental (cf. ob. cit., p. 185-186).

²¹ Partindo das regras constitucionais alusivas ao direito processual penal (regramentos constitucionais do processo penal) e invocando o pensamento de Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci parece defender a idéia enunciada no texto, ao falar da garantia de tutela jurisdiccional, do direito ao processo e do direito à tutela jurisdiccional do Estado (cf. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*, p. 16-17).

²² A expressão é empregada por Ada Pellegrini Grinover, em clássica obra a respeito do tema (cf. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, nº 3, p. 8), e bem ainda por Cândido Rangel Dinamarco, que explicita seu conteúdo (cf. *A instrumentalidade do processo*, nº 2, p. 25).

²³ Sálvio de Figueiredo Teixeira lembra que, em Filosofia, “o termo *princípio* tem dupla significação: é aquilo que explica a origem de um ser, de alguma coisa, no plano da existência, ou é isso relativamente ao plano do conhecimento”. E mais: “Recorda a doutrina que, situando-se entre a deontologia e a epistemologia são os princípios que inspiram o legislador na criação de novos institutos, dão ao intérprete o alcance dos existentes e a verdadeira inteligência das normas” (cf. *O processo civil na nova Constituição*, p. 29-30).

prego da locução
ao resultado subs-
ordenados à produ-

específica, a própria
ções anteriores: se
que provisória —
que o beneficiário
stando vencido no
existe tutela (ainda
o direito material.
em prol de quem

ios estão ligados
a natureza da re-
rentes níveis de
uações carentes
busca-se o esta-
tividade aos co-
oduzir efeitos

ar ainda que a
o processo legal
resultado favorá-

meios executivos
devida, para que
re nós, é bastante
restação da tutela
mas delas atuando
da almejado pelo

recorrer, uma vez
o situa no instru-
diferenciada, cuja
ela emerge e/ou
diferencial diferen-

so apenas como
ões intersubjetivas
te é a *propositura*

Normalmente, são reconhecidos como princípios processuais o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade, a publicidade e, em certo sentido, englobando todos os anteriormente mencionados, o devido processo legal. Ainda, a própria inafastabilidade do controle jurisdicional é reconhecida como um princípio.

Fala-se, também, em regramentos do direito processual para, com terminologia diversa, identificar fenômeno praticamente coincidente; o que igualmente se verifica quando se fala em *garantias constitucionais do processo*²⁴.

Assim, e ressalvados os diferentes ângulos que o tema comporta, parece irrefutável que a previsão e atuação desses princípios, regramentos ou garantias, ao longo do processo, representam inegável forma de tutela, não apenas em favor da parte em relação a seu adversário, mas inclusive em favor da parte em confronto com o próprio Estado, que exerce o poder²⁵.

A título exemplificativo, ao fazer valer a igualdade ou o contraditório dentro do processo, o juiz não tutela apenas quem está amparado pelo direito material, mas também as partes indistintamente, isto é: tutela aqueles que, dentro da relação processual, desfrutam de uma posição jurídica que lhes confere semelhante prerrogativa. Embora a preservação da igualdade ou do contraditório, por exemplo, seja instrumental, ela não perde o

²⁴ Vicente Greco Filho situa o gênero *garantias constitucionais do processo*, sem as quais a atuação do Judiciário seria inócua ou impossível (cf. *Tutela constitucional das liberdades*, p. 105). Vicente Greco Filho divide-as em *garantias gerais explícitas* (por exemplo, juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa) e outras que podem ser extraídas dos princípios que ela — a Constituição — adota” (cf. ob. cit., p. 106 e ss.). Além disso, Greco também em *princípios constitucionais*, tanto do processo civil, quanto do penal (cf. ob. e loc. cit.). O tema das garantias constitucionais do processo, como sabido, é amplamente abordado, entre nós, por Ada Pellegrini Grinover, em sucessivas obras (cf. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, passim*, *Novas tendências do direito processual*, nº 1, p. 1 e ss., e ainda, *O processo em evolução*, nº 2, p. 35 e ss.).

²⁵ José Robeno Bedaque, mesmo não admitindo uma dissociação entre o conceito de tutela e o direito material, conforme exposto no texto e notas precedentes, parece reconhecer a observação aqui anotada. Assim, aceitando que parte da doutrina entende *tutela jurisdicional* em sentido abstrato e desvinculado do direito material, afirma, na seqüência: “Durante o desenvolvimento do processo, as partes têm asseguradas inúmeras garantias, como isonomia, contraditório, ampla defesa, direito à prova. Todas inerentes ao devido processo legal e imprescindíveis ao acesso e à legitimidade da tutela jurisdicional. Constituem, pois, instrumentos processuais que visam a garantir a tutela e o acesso à ordem jurídica justa” (cf. *Direito e processo*, p. 31).

caráter d
tutela do
que inte
uma tute
relação²⁸
ou posiç
ou preci
A dis
cogita d
interesse
tanciais
rém, se
isto é, n

²⁶ No âm
avultar,
seara (p
tias pen
tra gara
in mate
si press
— il er
legalid:
jurisdic
e ração
a pena
sociale
si prod
²⁷ Em al:
a prim:
Brasil t
partes,
to de t
²⁸ Pode:
subjeti
admiti
para a
não se
direito
tivos r
mente
²⁹ Pens:
Capítu
cujo e
³⁰ Empr
tória.

caráter de autêntica tutela²⁶. Mais ainda: reconhecer a existência de uma tutela *do processo* é também reconhecer que existe uma tutela dos sujeitos que integram a relação jurídica processual²⁷; ou, em palavras diversas, uma tutela dos direitos ou posições jurídicas decorrentes dessa mesma relação²⁸. Tanto isso é correto que, eventualmente, a tutela desses direitos ou posições pode ser objeto de processo autônomo, instaurado, exclusiva ou precipuamente, para esse fim²⁹.

A distinção — resultado e meios — é importante, pois, quando se cogita de remédios ou de instrumentos³⁰ para a efetivação de direitos ou interesses materiais, por vezes se está pensando nos próprios efeitos substanciais que o processo deve ser apto a proporcionar; outras vezes, porém, se está pensando nos meios hábeis para conduzir a tais resultados, isto é, no instrumento. A distinção, portanto, é importante porque a busca

²⁶ No âmbito penal, a tutela proporcionada pelas garantias processuais parece ainda mais avultar, embora, a rigor, a idéia seja essencialmente a mesma na esfera civil. Naquela seara (penal), Luigi Ferrajoli destacou o nexo — estrutural e funcional — entre as garantias penais e processuais. Conforme observa o referido autor, “la correlazione biunivoca tra garanzie penali e garanzie processuali è riflesso del nesso specifico tra legge e giudizio in materia penale. Sul piano logico, innanzitutto, stretta giurisdizionalità e stretta legalità si pressuppongono a vicenda, e valgono congiuntamente a garantire — oltre che a definire — il carattere cognitivo di un sistema penale”. Dessa forma, enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção da ofensa prevista como delito, o princípio da jurisdicionalidade assegura a prevenção “delle vendete e delle pene private” (cf. *Diritto e ragione*, p. 546-547). Por isso é que, nas palavras de Ferrajoli, o processo, assim como a pena, “si giustifica precisamente in quanto tecnica di minimizzazione della reazione sociale al delitto; di minimizzazione della violenza, ma anche dell'arbitrio che altrimenti si produrrebbero in forme ancor più selvagge e sfrenate” (cf. ob. cit., p. 619).

²⁷ Em abono do exposto, são oportunas as palavras de Ada Pellegrini Grinover: “Detendo a primazia de ter constitucionalmente subjetivado e positivado os direitos do homem, o Brasil tem-se mantido fiel à tradição de reconhecer e garantir as posições processuais das partes, assegurando-lhes as condições necessárias para a instauração e o desenvolvimento de um processo justo” (cf. *As garantias constitucionais do processo*, p. 13).

²⁸ Poder-se-ia colocar em dúvida se, no curso do processo, haveria tutela de *direitos subjetivos*. Para os que admitem seja a ação, ela própria, um direito subjetivo (público) — admitindo-se, também, que esse direito não se esgota na provocação inicial do Estado para a emissão de um provimento (mas se desdobra ao longo do arco procedimental), não será difícil reconhecer que em todo o curso do processo consuma-se *tutela de direitos*. Para exame dessa matéria (inclusive sob a óptica da negação de direitos subjetivos no processo), tomamos a liberdade de remeter ao nosso *Tutela jurisdicional meramente declaratória*, nº 2, p. 44-45, com referências bibliográficas.

²⁹ Pensa-se no mandado de segurança contra ato judicial. A propósito, vide nota nº 2 do Capítulo 1; pensa-se, igualmente, na medida cautelar de produção antecipada de prova, cujo escopo é a segurança da prova, isto é, *tutela do direito à prova*.

³⁰ Emprega-se no texto, por simples opção, uma das imagens aventadas na parte introdutória.

de tipos de tutela passa ora por um, ora por outro, desses elementos. De fato, quando se cobra do direito processual este ou aquele instrumento ou meio para dar efetividade a certa regra de direito material, ou para fazer valer determinada posição jurídica de vantagem, algumas vezes, reclama-se certo (tipo) de provimento jurisdiccional (resultado), idôneo para produzir certos efeitos substanciais; noutras, reclama-se uma base (ou tipo) processual ou procedimental (meios) capaz de conduzir ao ato final (resultado)³¹. Como se vê, tanto um quanto outro elemento podem e devem ser analisados à luz do *tipo* e da *tipicidade*.

2. 4. O resultado da perspectiva do vencido

Aceita a premissa anterior (tutela contida nos meios que conduzem ao resultado), é inafastável existir tutela para ambos os sujeitos parciais do processo. E, também aceita essa premissa, não será difícil ir mais além para admitir — voltando, em parte, ao *resultado* do processo — que o Estado também presta tutela jurisdiccional ao vencido, embora de forma diversa daquela prestada ao vencedor.

Isso é ainda reforçado quando se pensa, mais uma vez, no *resultado do processo*; se não sob o enfoque de seu escopo jurídico³², certamente

³¹ Em reforço do exposto no texto, está o fato de que o resultado, afinal, decorre diretamente do emprego dos *meios* e, portanto, ambos são indissociáveis, sob esse aspecto. Isso fica mais claro ainda quando, para exemplificar, fala-se no interesse processual como *adequação do provimento* e do *procedimento*. Na verdade, o que deve ser adequado (idôneo a solucionar a situação lamentada pelo demandante) — e, portanto, útil — é o provimento, isto é, o resultado projetado para fora do processo. Entretanto, sem a eleição do procedimento adequado — isto é, dos *meios adequados* —, pode-se não chegar a esse resultado (não, ao menos, da forma mais racional ou ética). Aparentemente reconhecendo o acerto dessas considerações, Dinamarco, ao tratar do interesse sob o ângulo de adequação, observa que “as situações em que alguém pode ser levado ao necessitar da intervenção dos órgãos jurisdicionais são variadíssimas e por isso existem várias espécies de processo, de ação, de procedimento, de decisões definitivas — e cada uma dessas espécies destina-se apenas aos casos em que o legislador vê a sua utilidade prática e, por outro lado, não considera injusta a sujeição da parte contrária” (cf. *Execução civil*, nº 271, p. 412). Daí por que, consideradas as ponderações do texto, não é incorreto, quanto ao interesse de agir, falar-se na adequação da própria tutela jurisdiccional.

³² Mesmo sob o ângulo estritamente jurídico, a certeza decorrente da declaração judicial (contida, em princípio, em qualquer modalidade de sentença) estabelece para o vencido — nos *limites do objeto do processo* — o alcance do gravame que lhe tenha sido imposto. Aderindo ao quanto proposto no texto, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, 3ª ed., p. 442, e Eduardo Melo de Mesquita, *As tutelas cautelares e antecipadas*, São Paulo, p. 163, nota nº 8.

sob o enfoque de pacificação — que direso tanto ao trovérsia, e estatal³³, sig

A esse escopos en vontade cc interesses; a pacificaç do que as inegável q material ol restabeleça segurança. medida ex

A admi — quer p respectivo premissa

No pro são de au seja preci

É pens Judiciário extrajudic sobre os outra, na

³³ A estabil aspectos: Embora a mesmo se to, sem d

³⁴ O argur por José

³⁵ Conforr operação à dialétic nº 3, p. 2

ses elementos. De
 ele instrumento ou
 rial, ou para fazer
 as vezes, reclama-
 idôneo para pro-
 ma base (ou tipo)
 ir ao ato final (re-
 o podem e devem

que conduzem ao
 jeitos parciais do
 ifícil ir mais além
 rocesso — que o
 embora de forma

vez, no *resultado*
 dico³², certamente

l, decorre diretamente
 esse aspecto. Isso fica
 cessual como *adequa-*
 adequado (idôneo a
 til — é o provimento,
 a eleição do procedi-
 negar a esse resultado
 conhecendo o acerto
 de adequação, obser-
 ir da intervenção dos
 espécies de processo, de
 as espécies destina-se
 , por outro lado, não
 271, p. 412). Daí por
 o ao interesse de agir,

la declaração judicial
 elece para o vencido
 e tenha sido imposto.
 rinoni, *Tutela inibitô-*
 30, 3ª ed., p. 442, e
 ulo, p. 163, nota nº 8.

sob o enfoque de seu escopo social, cuja expressão mais importante é a pacificação pela eliminação da controvérsia. É inegável que esse resultado — que direta ou indiretamente advém do provimento final — é proveitoso tanto ao vencedor, quanto ao vencido. Vale dizer: a superação da controvérsia, e mesmo a estabilidade do regramento imposto pelo provimento estatal³³, significam formas de tutela também para o vencido.

A esse propósito, não parece aceitável uma suposta diversidade de escopos entre partes e juiz, visto que aquelas não buscariam a atuação da vontade concreta da lei e a pacificação, mas apenas a proteção de seus interesses; ao passo que o juiz teria, ele sim, o escopo de atuar a lei, sendo a pacificação consequência necessária³⁴. Com efeito, mesmo reconhecendo que as partes buscam exclusivamente a tutela de seus interesses, é inegável que ambas esperam do provimento estatal que defina a relação material objeto do dissenso, que supere a controvérsia, que a elimine e restabeleça a paz, entendida esta apenas como sinônimo de estabilidade e segurança. Portanto, o escopo social — se não totalmente, ao menos em medida expressiva — é o mesmo, quer para o Estado, quer para as partes.

A admissão de que há tutela jurisdicional também em favor do vencido — quer pelos meios ofertados ao longo do processo, quer com base no respectivo resultado — impõe a revisão de alguns postulados válidos para premissa diversa.

No processo de execução, por exemplo, passa a ser coerente a admissão de autêntica tutela em favor também do executado, sem que para isso seja preciso recorrer à idéia de embargos do devedor³⁵.

É pensar, por exemplo, no processo de execução — perante o Poder Judiciário — como o *devido processo legal*, em confronto com formas extrajudiciais de expropriação do patrimônio do devedor, cujo controle sobre os atos executivos resta muitas vezes prejudicado. É pensar, por outra, na regra — como aquela inscrita no art. 620 de nosso Código de

³³ A estabilidade do resultado do processo é tema obviamente ligado à coisa julgada e a aspectos a ela relacionados (coisa julgada formal e material, preclusão, eficácia preclusiva). Embora a definição de *tutela jurisdicional* dispense o elemento *estabilidade*, não deve o mesmo ser menosprezado porque, quanto maior o grau de definitividade do provimento, sem dúvida maior a tutela prestada em favor da parte.

³⁴ O argumento — de que se discorda no texto — é exposto com a costumeira acuidade por José R. Bedaque (*Direito e processo*, p. 25).

³⁵ Conforme lembra José Rogério Cruz e Tucci, a despeito de ter em mira a realização de operações práticas, "o processo de execução, no desenrolar de seus atos, não fica imune à dialética típica de qualquer espécie de processo" (cf. *Tutela processual do executado*, nº 3, p. 31).

Processo Civil — que impõe a satisfação do credor mediante o menor sacrifício possível do patrimônio do devedor³⁶. É pensar, por derradeiro, na possibilidade de o executado obter o reconhecimento da inadmissibilidade da tutela executiva em prol do credor (isto é, da prática dos atos executivos), em situação de carência de ação, decorrente da inadequação da via executiva, *v.g.*, por ausência de título executivo.

Além disso, supera-se qualquer dificuldade em falar de tutela jurisdicional cautelar, sem que, para tanto, seja preciso recorrer à idéia de um direito substancial de cautela, ou que seja admitida a atuação (direta) do direito material por essa forma de processo.

2. 5. Conclusão parcial

Conforme demonstrado, a locução *tutela jurisdicional* pode ser abrangente não apenas do provimento final ou do resultado do processo — seja ele encarado sob o ângulo do vencedor, seja encarado sob o ângulo do vencido —, mas também dos meios predispostos ao atingimento daquele provimento ou resultado.

Essa ampliação do significado de *tutela jurisdicional* — notadamente quando se admite a inserção dos meios ao lado dos resultados — é fundamental para que se entenda e se dê adequado tratamento ao objeto deste livro. Sublinhe-se que a afirmação ou negação de tipos de remédios ou de instrumentos para a atuação de certa ordem de direitos (ou posições jurídicas de vantagem) passa ora pelo resultado, ora pelos meios predispostos para consecução desse resultado. Portanto, a tipicidade ou a atipicidade devem ser buscadas em todos esses diferentes aspectos.

³⁶ Vicente Grecco Filho situa, entre os princípios decorrentes da efetividade (aí posta como idéia que preside o processo de execução), o do "respeito aos meios executivos legais e o de que, assegurado o direito do credor, se a execução puder ser feita de mais de uma forma, deve ser preferida a de menor onerosidade para o devedor". E mais: "Estes últimos princípios atuam em garantia do devedor, que tem o direito de que seu patrimônio não seja atingido a não ser nos estritos termos do título executivo e na forma da lei, tendo em defesa desse direito os embargos e, eventualmente, o mandado de segurança contra ato judicial" (cf. *Tutela constitucional das liberdades*, p. 70). De forma semelhante, Araken de Assis fala do *princípio do resultado* que sintetiza tendências convergentes e que *tutela ao executado*, lembrando as regras dos arts. 659, § 2º, 692, parágrafo único, e 620, todos do CPC (cf. *Manual do processo de execução*, nº 10.4, p. 98-99).

3.1. N

To
na, in
tipific
classifi
fatos.
ção c
esser
tão, c
tal d
A
da c
que

¹ Cf.
tex
de
air
² Cf.
³ Cf.
fr
⁴ a C
di
cc
ta
ta
e
d
R
n
t
⁶ C
s
t
c