

REFLEXÃO SOBRE A CONSTRUÇÃO DAS TUTELAS JURISDICIONAIS À LUZ DA NOVA DOGMÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Paulo Roberto de Souza*

RESUMO: A construção das tutelas jurisdicionais é um dos problemas atuais do processo civil contemporâneo. Essa tarefa exige a compreensão da nova dogmática desse processo civil bem como dos elementos necessários à correta configuração das tutelas jurisdicionais. A compreensão desses pontos facilita o trabalho de compreensão da nova dogmática do processo civil contemporâneo bem como da construção das tutelas jurisdicionais do novo modelo processual resultante das reformas introduzidas no sistema processual civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil brasileiro. Nova dogmática. Novas tutelas jurisdicionais.

1. Introdução

Um dos problemas atuais do processo civil consiste na rica temática da construção de tutelas jurisdicionais. A fixação dos elementos que compõem o problema e a análise do critério adequado para a sua solução é objeto da dogmática jurídico-processual. No entanto, considerando-se a profundidade das reformas processuais, impõe-se considerar a necessidade de concepção de uma nova dogmática do processo civil. No âmbito dessa nova dogmática do processo civil, constata-se a necessidade de uma hermenêutica adequada à essa nova dogmática. Assim, tem-se uma hermenêutica procedimentalista construtivista aberta ao direito substancial, de onde são extraídos tantos os resultados preordenados nesse plano jurídico, bem como aberta às técnicas e instrumentos processuais preordenados para a realização daqueles resultados preordenados. Assim, a nova dogmática do processo civil, elaborada a partir de uma nova hermenêutica, permite a delimitação dos elementos necessários para a correta configuração da tutela jurisdicional dos direitos.

2. Processo civil clássico e processo civil contemporâneo

O processo civil brasileiro tem experimentado profundas reformas, as quais possibilitam uma contraposição entre dois modelos processuais: o processo civil clássico e o processo civil contemporâneo. A contraposição desses modelos torna-se necessária em função da profundidade alcançada pelas reformas, já que as mesmas

* Advogado, professor na UEM - Universidade Estadual de Maringá e UNIPAR - Universidade Paranaense, doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: paulorsouza@wnet.com.br.

implicam uma ruptura profunda com o modelo processual então vigente e permitem a caracterização de um modelo processual substancialmente diferente do modelo substituído.

Embora a substituição de um modelo processual por outro seja fruto de uma dinâmica reformista, pode-se estabelecer uma delimitação temporal, ainda que aproximada e provisória: até o advento da Constituição Federal de 1988 tem-se a preponderância do processo civil clássico; após o advento da Constituição Federal de 1988 até o advento da Lei nº 8.952/94, o processo civil clássico passa por um momento agonizante; com o advento da Lei nº 8.952/94 tem-se a superação do processo civil clássico por outro modelo processual o qual, à mingua de outra terminologia mais adequada, identifica-se como processo civil contemporâneo.

Vale aqui, a advertência feita por José Carlos Barbosa Moreira (1995, p. 147):

Diante de empreendimentos reformadores como o agora em curso no Brasil, é inevitável que se dividam as expectativas. Deve-se contar aqui com duas reações opostas e simétricas. De um lado, verão talvez alguns, na alteração de meia dúzia de artigos, ou na inclusão de dois ou três parágrafos, a promessa de milagres portentosos; de outro lado, não faltarão os que abanem a cabeça, de cenho franzido, e decretem, alto e bom som, que nada adianta mexer nas leis, porque o x do problema reside exclusivamente nos homens incumbidos de trazê-las ao plano do concreto. O cândido otimismo dos primeiros conduz, de modo inevitável, à mais profunda decepção: a norma jurídica não tem, com efeito, em si e por si, o poder de transfigurar a realidade. O pessimismo apriorístico dos segundos leva, também fatalmente, ao desespero: sendo a condição humana o que é, não parece verossímil a hipótese de irmos a contar, em qualquer ponto do futuro, com uma safra de "cavaleiros sem medo e sem mácula" bastantes para desempenhar de maneira impecável todas as funções que o ordenamento atribui a juízes, advogados e outras categorias ligadas ao processo. Entre esses dois extremos, deve haver lugar para uma avaliação menos pretensiosa, que se satisfaça com verificar que a reforma legislativa abre, aqui e ali, perspectivas de melhora - parcial, sem dúvida; modesta, se quiserem -, e que jamais se esqueça de que algum progresso, pequeno que seja, é sempre melhor que nenhum.

A transição do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo coincide com outra transição: a da modernidade para a pós-modernidade. Assim, o processo civil clássico corresponde, em sua inteireza, à modernidade, e o processo civil contemporâneo corresponde à pós-modernidade.

3. Da tutela jurídica e da tutela dos direitos

No âmbito da Ciência Jurídica, tutela, em sentido amplo, é modo de proteção mediante atividades jurídicas.

Conforme anota Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 61):

Tutela jurídica, no sentido mais amplo, é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação aos outros membros do convívio.

Assim, a tutela jurídica constitui-se em um modo de proteção dispensada pelo Estado consistente: a) na preordenação dos resultados no plano do direito substancial; e, b) na realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial.

Eis aí o núcleo de um problema delimitado no âmbito da tutela dos direitos: preordenação e realização dos resultados no plano do direito substancial. Nesse sentido, veja-se o escólio de Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 61):

A tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos. A definição das regras de convivência está no plano do que se denomina direito material e revela-se nas técnicas pelas quais se definem abstratamente situações de vantagem ou desvantagem de um indivíduo ou grupos de indivíduos perante outro em relação a algum bem da vida.

A tutela jurídica, enquanto atividade estatal, pode ser visualizada em seus três planos de atividades: a) tutela normativa; b) tutela administrativa; e, c) tutela jurisdicional. Portanto, a temática da tutela jurídica compreende toda atividade jurídica (não só estatal), por si, ou por intermédio de outrem, dispensada para proteção às pessoas, nas suas situações de vantagem, seja em relação aos bens (bem é tudo aquilo capaz de satisfazer necessidades), seja em relação ao convívio com outras pessoas. No presente trabalho não será examinada a tutela dos direitos realizada mediante a atividade estatal administrativa.

A tutela normativa realiza a função de preordenação dos resultados com a declaração dos direitos substanciais, mediante atividades jurídicas consistentes na edição formal de preceitos reguladores da convivência dos homens e nas suas relações com os bens, com prescrição de normas de condutas genéricas e abstratas que constituem o direito substancial (ou material). A preordenação de resultados, mediante tutela normativa, em si, é insuficiente para a realização dos preceitos reguladores de condutas, ou seja, para a realização dos resultados preordenados.

Conforme adverte Hamilton Moraes e Barros (1973, p. 201), “ao lado da tutela normativa, para dar-lhe vida e torná-la efetiva e atuante, quando houver negações está a tutela jurisdicional”. O problema da insuficiência da tutela normativa também é apontado por Norberto Bobbio (1992, p. 25-49).

Essa insuficiência decorre da possibilidade de violação dos preceitos reguladores de condutas, na medida em que a obtenção dos resultados preordenados pelo direito substancial depende, em grande parte, da cooperação do destinatário da norma. Essa insuficiência implica um aspecto que lhe é inerente: a previsão da possibilidade de violação dos preceitos reguladores de condutas. A imanente possibilidade de violação dos preceitos, prescritos no exercício da atividade normativa, e a sua insuficiência para a obtenção dos resultados preordenados no plano do direito substancial, implicam o problema da efetividade da tutela jurídica diante da possibilidade de falência da tutela normativa (CALVOSA, 1963, p. 110).

No núcleo do problema delimitado no âmbito da tutela jurídica, ao lado da preordenação e realização dos resultados no plano do direito substancial, insere-se o problema da violação dos direitos, ou seja, a conduta *contra ius*, ou, ainda, o ilícito. Por essa razão, o primeiro passo na concepção da efetividade da tutela jurídica consiste na classificação binária a que se submete o mundo jurídico: licitude – ilicitude. Nesse contexto, é que se impõe a necessidade de um conjunto de atividades jurídicas que tem por finalidade a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial, no caso de violação dos direitos ou de ameaça de sua violação. Logo, é na perspectiva da insuficiência da tutela normativa que a efetividade põe-se como um dilema tanto para a tutela normativa quanto para o Estado de Direito: a violação do direito constitui-se num risco de falência da tutela normativa e do próprio Estado de Direito. Assim, ou há opção pela efetividade, ou, então, não se há falar em direitos declarados ou em Estado de Direito.

4. O problema da efetividade da tutela jurídica

A imanente possibilidade de violação dos preceitos, prescritos no exercício da atividade normativa e a sua insuficiência para a obtenção dos resultados preordenados no plano do direito substancial, implica o problema da efetividade da tutela jurídica diante da possibilidade de sua falência. Nesse contexto, impõe-se a necessidade de um conjunto de atividades jurídicas que tem por finalidade a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial, mediante atuação da sanção, no caso de violação ou de ameaça de violação.

Por essa razão, no plano da tutela jurídica, a tutela normativa encontra-se justaposta à tutela jurisdicional, como um modo de ser daquela, de caráter complementar, cuja necessidade é imanente ao conceito de tutela jurídica, sob a perspectiva da insuficiência da tutela normativa e da necessidade de efetividade da

tutela jurídica.

Calmon de Passos (1983, p. 9) propõe a distinção entre tutela jurídica e prestação jurisdicional:

Sempre procurei distinguir a prestação da atividade jurisdicional da tutela jurídica. São coisas distintas. A primeira, um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à prestação devida, em face do exercício, pelo sujeito, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada); a segunda, o deferimento de certo bem da vida, reclamado como próprio ou como devido ao que exercitou o seu direito de ação.

Na perspectiva da efetividade da tutela jurídica, a jurisdição apresenta-se como atividade essencial no Estado de Direito, cuja necessidade impõe-se na medida em que a violação do direito constitui-se na falência da tutela normativa e risco de falência daquele.

4.1 O problema da efetividade da tutela jurídica sob a ótica do instrumento para o exercício da atividade jurisdicional: o processo

Na medida em que a efetividade da tutela jurídica implica a existência do Estado de Direito, em função da imanente possibilidade de violação do direito, o problema desloca-se para o instrumento da jurisdição, no caso, o processo. É nessa perspectiva que o problema da efetividade da tutela jurídica ganhou relevo na temática do acesso à justiça como método de pensamento para os estudos dogmáticos do direito processual aceito pela doutrina contemporânea.

O eixo metodológico consistente no acesso à justiça exigiu uma perspectiva preponderante adequada ao novo método de investigações dogmáticas do processo. Para Cappelletti, (1982, p. 243-245) a perspectiva mais adequada para os estudos dogmáticos do direito processual era a dos consumidores dos serviços jurisdicionais. A aceitação dessa perspectiva conduziu os estudos dogmáticos do direito processual para a seara da efetividade do processo.

4.2 O problema da efetividade do processo

O problema da efetividade do processo, assim entendida em termos contemporâneos, ganhou relevo ante a constatação de que os resultados fornecidos pelo processo não mais correspondiam às legítimas expectativas criadas pelos valores vigentes ao tempo em que o processo produzia seus resultados. Portanto, era na perspectiva do resultado produzido pelo processo que se constatava um déficit de

efetividade.

Os esforços no sentido da busca da efetividade do processo implicavam uma gama de investigações caracterizadas pelo parâmetro sintetizado por Dinamarco (1993, p. 227) como “revisitação aos institutos processuais tradicionais e à sua técnica, na busca de soluções novas para velhos problemas”. Essa revisitação implicava numa postura metodológica de releitura dos escopos do processo e da técnica processual adequada à consecução desses escopos, na medida em que “todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados” (DINAMARCO, 1993, p 224-225).

No entanto, embora houvesse consenso quanto ao problema da necessidade de efetividade do processo e da necessidade de revisitação dos institutos processuais tradicionais, seus instrumentos e suas técnicas, constata-se que essa revisitação era realizada a partir de posturas metodológicas diferentes, conquanto fossem realizadas sob a égide da perspectiva do processo enquanto instrumento a serviço do direito substancial e da inescusável necessidade de efetividade do processo para o alcance da necessária efetividade da tutela jurídica. De um lado, encontra-se o método de pensamento, ou perspectiva, que busca a efetividade do processo a partir do direito processual (WATANABE, 2000, p. 19-25), com o que resta acentuada uma perspectiva instrumentalista processualista. De outro, o método de pensamento ou perspectiva, que busca a efetividade do processo a partir do direito substancial, com o que resta acentuada uma perspectiva instrumentalista substancialista.

Na perspectiva instrumentalista substancialista, a busca da efetividade do processo parte da perspectiva do direito material, o que justifica sua tendência em desenvolver o estudo do direito subjetivo material, da pretensão de direito material e da ação de direito material, o que necessariamente implica na conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material corresponde uma ação de direito processual. O choque entre as referidas posturas metodológicas é inevitável em alguns pontos, já que a perspectiva instrumentalista processualista implica a negação de algumas categorias privilegiadas pelos instrumentalistas substancialistas, especialmente as do direito material.

Kazuo Watanabe (2000, p. 21), quem mais de perto examinou esse problema, reconheceu que os resultados desses estudos desembocariam no estuário comum da efetividade, mas lhe era forçoso reconhecer que, naquele momento, aqueles estudos, em suas perspectivas, ainda não se harmonizavam de todo, mas já antevia que: “à semelhança do que ocorre na natureza, que mostra exemplos de águas de cores diferentes de dois rios que, após o encontro, correm paralelamente por longa distância até que se misturem por completo” (WATANABE, 2000, P. 21).

Ora, na medida em que o objetivo comum dos estudos dogmáticos do processo civil era alcançar a efetividade, o primeiro passo consistiria na identificação dos seus

principais entraves e do ângulo visual adequado para a sua aferição.

Na busca dos principais entraves para a efetividade do processo civil, constatou-se uma origem comum: o processo civil clássico com seus pressupostos teóricos e respectivos instrumentos processuais. De fato, o processo civil clássico, coerente com os valores do ideal liberal, foi construído a partir de dois pressupostos teóricos: a) o da liberdade do homem, do qual decorreu o princípio da intangibilidade da vontade humana ou incoercibilidade, pressuposto teórico que justificava a ausência de técnicas que influenciassem a vontade humana; e, b) da igualdade, num perfil reducionista patrimonialista, onde os direitos eram reduzidos a uma equivalência em mercadorias, e, portanto, em pecúnia. Essa matriz teórica justificava a universalização da tutela ordinária ou comum e a universalização da execução patrimonial forçada, no perfil reducionista da execução por crédito.

Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 18-19) adverte que os princípios do processo liberal não garantem um processo justo e afirma:

vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em Juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas.

A ordinaryidade, no ideal liberal, correspondia ao modelo romano do *ordo iudiciorum privatorum*, com a primazia de um processo de conhecimento, voltado para a tutela dos interesses individuais patrimoniais, mediante o procedimento comum, com cognição plena e exauriente e contraditório antecipado. Nesse modelo, a sentença de mérito restou compreendida como veículo da tutela jurisdicional e, num extremo exagero, até mesmo como expressão da própria tutela jurisdicional, única a proporcionar a coisa julgada material, cujo regime, influenciado pela matriz individualista, restringia-se às partes (*inter partes*), independentemente do resultado (*pro et contra*).

A matriz da universalização da tutela ordinária, construída a partir da tutela máxima da intangibilidade da vontade humana e sua respectiva incoercibilidade, bem como da igualdade, com o seu perfil patrimonialista, reduziu a noção de sanção processual à sanção executiva patrimonial. Nessa matriz teórica, a sentença condenatória, que consistia no veículo máximo de expressão da tutela jurisdicional, tinha a função de tornar adequada a via executiva, que, por sua vez, consistia no modelo de atuação da sanção executiva patrimonial, e, por consequência, a execução forçada em fenômeno da execução por crédito.

Dessa matriz teórica decorreram duas características específicas implicadas: a) a separação da atividade jurisdicional cognitiva da atividade jurisdicional executiva, já que esta tinha por pressuposto uma sentença condenatória prolatada em processo

de conhecimento, com procedimento comum, contraditório antecipado e cognição plena e exauriente, ressalvadas as hipóteses de tutelas diferenciadas, onde ocorria a mesclagem das duas atividades jurisdicionais e a execução fundada em títulos executivos extrajudiciais, como expressão máxima de tutela diferenciada consistente na supressão do processo de conhecimento para a obtenção de um título executivo; e, b) a universalização da execução patrimonial forçada, à qual corresponde o modelo único de atuação da sanção executiva patrimonial, na modalidade reduzida da execução forçada em execução por crédito.

A conseqüência dramática dessa estrutura do processo civil clássico e seus instrumentos processuais inerentes consistia na expropriação dos direitos não-patrimoniais e na expropriação dos direitos patrimoniais que não são tutelados adequadamente pela via ressarcitória por equivalência em pecúnia. Essa conseqüência dramática, decorrente da inadequação para atender certas necessidades do direito substancial, gerava uma tensão que obrigava a criação de tutelas diferenciadas, as quais se caracterizavam pela aderência ao direito substancial, em contraposição à tutela genérica, ordinária ou comum.

Por essa razão, a adoção de uma tutela diferenciada sempre representava um modo particular de ruptura com o processo civil clássico e seus pressupostos teóricos. No entanto, essa ruptura era premeida pela tensão existente entre os pressupostos do processo civil clássico e a necessidade de adequação de tutela efetiva a partir das peculiaridades do direito substancial, o que acabava por induzir a compreensão de uma tutela diferenciada a partir daqueles pressupostos teóricos. Por essa razão, a temática das tutelas diferenciadas padecia de uma profusa imprecisão que a mantinha em um quadro que dificultava uma construção dogmática dessas modalidades de tutelas, embora fossem constatados dois fatos: o aumento das hipóteses de tutelas diferenciadas e a necessidade cada vez mais crescente de tutelas diferenciadas.

4.3 O problema do critério para a aferição da efetividade

O problema da efetividade do processo exigiu a determinação do método correto para a aferição da aptidão do processo para a produção dos resultados para os quais foi preordenado. A solução dessa particularidade do problema perpassou, ainda mais uma vez, o campo da tensão decorrente da divergência entre a postura metodológica instrumentalista processualista e a postura metodológica instrumentalista substancialista. E mais: a correta solução desse problema exigia sua correta localização enquanto causa do déficit do processo.

Assim, a correta solução desse problema começa a delinear-se a partir da identificação do fato de que o processo civil clássico e seus instrumentos e técnicas processuais foram concebidos a partir do critério exclusivamente processual, mediante o artifício de seu distanciamento do direito substancial, e, principalmente, mediante

a exclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial, como resultados a serem obtidos pelo processo, mediante o desprezo das necessidades peculiares ao direito substancial. Esse distanciamento implicava na privação da matriz referencial da instrumentalidade, na qual repousa a legitimidade do exercício do poder jurisdicional.

Portanto, nessa linha de raciocínio, a solução do problema consistente no método correto para a aferição da aptidão do processo para a produção dos resultados para os quais foi preordenado consistia na correta aproximação do direito processual ao direito material. A correta aproximação somente seria válida mediante a inclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial como resultados a serem obtidos pelo processo, ou seja, a solução consistia em caminhar no sentido inverso daquele trilhado pelo processo civil clássico. No entanto, a solução consistente na inclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial, como resultados a serem obtidos pelo processo, encontrava um falso problema: o receio de risco de retrocesso ao imanentismo.

O receio de incorrer em um retrocesso ao imanentismo acabava por manter um modelo processual inadequado, embora sua matriz teórica fosse constantemente questionada, já que seus resultados não eram compatíveis com as expectativas legítimas de tutela efetiva dos direitos. No entanto, à luz das conquistas alcançadas pela ciência processual, a exclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial, como resultados a serem proporcionados pelo processo, já não mais encontrava justificativa sob o argumento da autonomia do direito processual e do eventual comprometimento de sua cientificidade. Logo, a solução do problema da efetividade exigia uma séria tomada de posição: a inclusão da perspectiva do direito substancial sem excluir a perspectiva processual. Ou seja, se a questão consistia na correção dos rumos até então adotados pela ciência processual, seria de todo inviável o abandono puro e simples das relevantes conquistas até então alcançadas. Portanto, esse é um resultado da lógica da tutela jurisdicional como um modo de ser da tutela jurídica ou da tutela dos direitos. É na perspectiva da tutela jurisdicional, como modo de ser da tutela dos direitos, que o direito processual, essencialmente instrumental, acopla-se ao direito substancial, a partir dos resultados a serem obtidos pelo processo no plano do direito substancial.

Isso porque, na medida em que se constatou o distanciamento entre o processo e o direito substancial, percebeu-se o resultado consistente no abandono da perspectiva das necessidades peculiares do direito substancial, relegando a problemática da tutela dos direitos ao ocaso. Esse abandono, sob o argumento da autonomia do direito processual e do eventual comprometimento de sua cientificidade não encontrava justificativa à luz das conquistas alcançadas pela ciência processual, porque já era suficientemente compreendida que a instrumentalidade do processo, a partir de critérios exclusivamente processuais, sujeita a tutela jurisdicional a tornar-se

estéril e nociva. Estéril, porque não produz os resultados esperados do processo. Nociva, porque, como exercício de poder, avoluma-se a imperatividade, razão pela qual podem ser produzidos resultados diferentes e até mesmo contrários às expectativas legítimas. Isso porque, a consequência drástica da concepção do processo e da tutela jurisdicional, sob a perspectiva exclusivamente processual, consistia na exclusão do resultado a ser obtido pelo processo no plano do direito substancial, como critério para a aferição da efetividade do processo.

5. O problema da reinserção da tutela dos direitos e a delimitação de sua análise no âmbito da tutela jurisdicional dos direitos

Na medida em que, de um lado, seria de todo inviável o abandono puro e simples das relevantes conquistas alcançadas pela ciência processual, e, de outro, a inescusável inclusão do resultado preordenado no plano do direito substancial, como resultado a ser fornecido pelo processo, constatou-se a necessidade de um eixo metodológico que desse conta da empreitada consistente nessa nova elaboração dogmática. Essa linha de raciocínio foi bem compreendida por Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 61), que fez duas sérias advertências: a) “a necessidade de pensar o processo na perspectiva do direito material obriga-nos a raciocinar em termos de tutela dos direitos”; b) pensar o processo em termos de tutela dos direitos “acaba exigindo uma nova elaboração dogmática, capaz de dar conta dos reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial”.

Assim, é necessário fletir o raciocínio para a temática da tutela dos direitos, já que é na seara da tutela dos direitos que se encontram os reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial. Por essa razão, constata-se a necessidade de se pensar em termos de tutela jurisdicional dos direitos, razão pela qual sobre ela se avoluma a preocupação tanto na Itália quanto no Brasil.

A reinserção da temática da tutela dos direitos, como eixo metodológico a ser considerado nos estudos dogmáticos do processo civil, decorreu da necessária inclusão da perspectiva do direito substancial sem a exclusão da perspectiva processual, o que implica no deslocamento do critério de aferição da efetividade do processo para os resultados a serem obtidos no plano do direito substancial. Esse pressuposto teórico implica na necessidade de uma nova elaboração dogmática, a qual possibilite o exame dos institutos processuais, de seus instrumentos e de suas técnicas a partir da perspectiva dos resultados a serem obtidos no plano do direito substancial.

6. Breve referência à hermenêutica adequada para a nova dogmática processual civil

A nova elaboração dogmática do processo civil exige uma hermenêutica aberta

ao plano do direito substancial. Uma hermenêutica aberta ao plano do direito substancial somente se justifica à luz de uma concepção procedimentalista construtivista. Essa nova dogmática processual, caracterizada por sua abertura ao plano do direito substancial, constitui-se, em si, uma nova perspectiva, cujos melhores resultados somente serão obtidos se não houver laivos de retrocesso em direção à uma perspectiva fechada, quer seja à do direito processual, quer seja à do direito substancial.

Assim, uma hermenêutica procedimentalista aberta ao direito substancial, assentada no pressuposto da tutela dos direitos, permite exame dos institutos processuais, de seus instrumentos e de suas técnicas, a partir da perspectiva dos resultados a serem obtidos no plano do direito substancial, cujo eixo metodológico adequado é o da tutela jurisdicional dos direitos. Isso porque, é na perspectiva da tutela dos direitos que se torna admissível a inserção da tutela jurisdicional, razão pela qual a mesma pode ser eleita como eixo metodológico. E é na temática da tutela jurisdicional dos direitos que restam contempladas tanto a perspectiva do direito substancial quanto à perspectiva do direito processual.

Essa perspectiva dupla é válida porque, como um modo de ser da tutela dos direitos, a tutela jurisdicional, essencialmente instrumental, acopla-se ao direito substancial, a partir do critério dos resultados a serem obtidos pelo processo no plano do direito substancial. Essa solução nada mais é do que um resultado lógico, na medida em que a tutela jurisdicional é um modo de ser da tutela jurídica, ou seja, da tutela dos direitos.

7. A tutela jurisdicional dos direitos

Na medida em que é no campo da tutela jurisdicional dos direitos que o direito processual, essencialmente instrumental, acopla-se ao direito substancial, tornando-a um eixo metodológico adequado para o exame da efetividade da tutela jurídica, impõe-se o exame do critério adequado para a sua análise. Para tanto, deve-se considerar o fator que a torna um eixo metodológico adequado: a tutela jurisdicional dos direitos é um modo de ser da tutela dos direitos caracterizado pela interseção do direito processual, essencialmente instrumental, ao direito substancial, a partir do critério dos resultados a serem obtidos pelo exercício da jurisdição no plano do direito substancial.

Portanto, o critério adequado para a análise da tutela jurisdicional deve levar em consideração essa dupla perspectiva: os resultados a serem obtidos pelo processo no plano do direito substancial e as técnicas processuais adequadas para a obtenção desse resultado.

Assim, a elaboração da nova dogmática do processo civil, sob o cânone da perspectiva jurídico-substancial, exige um critério adequado para a análise da tutela

dos direitos, na medida em que não se pode falar em processo despartado de sua efetividade à luz dos resultados que deve proporcionar como instrumento adequado para a tutela dos direitos. Para dar conta dessa nova elaboração dogmática do processo, a partir da inserção da perspectiva do direito material, Luiz Guilherme Marinoni propõe uma segunda chave mestra consistente na revisitação da temática da tutela jurisdicional, a partir de dois critérios: 1) do resultado no plano do direito substancial; e, 2) dos meios ou técnicas processuais que proporcionam o resultado no plano do direito substancial. Assim, para Luiz Guilherme Marinoni (2000a, p. 61):

A tutela jurisdicional, em uma determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido.

Acrescenta Marinoni (2000a, p. 61):

Quando se pensa nos meios processuais concebidos pela lei para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional prestada.

Portanto, a temática da tutela jurisdicional, à luz do critério do resultado no plano do direito material, amolda-se à uma categoria denominada tutela jurisdicional em sentido estrito. Já a temática da tutela jurisdicional, à luz do critério consistente nas técnicas processuais ou meios para a obtenção do resultado no plano do direito material, amolda-se à uma categoria denominada tutela jurisdicional em sentido amplo.

Nessa linha de análise, o processualista se obriga ao exame da tutela jurisdicional à luz do critério do resultado a ser obtido no plano do direito substancial de modo isolado das técnicas processuais para a obtenção desse resultado. O isolamento dos critérios, a partir dos quais se deve compreender a tutela jurisdicional, consiste em verdadeira chave mestra para a elaboração da nova dogmática do processo, por duas razões: primeiro, porque só tem sentido falar em efetividade do processo à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial; segundo, porque o processualista se obriga a revisar o modo de classificação da tutela jurisdicional para tornar mais acessível a temática da efetividade no plano da técnica processual.

O esforço, portanto, não deve ser direcionado para a crítica sobre a validade, ou não, de uma dogmática processual aberta ao direito substancial, mas, sim, para fugir de posições que impliquem retrocesso altamente negativo para a própria ciência processual. Aliás, as bases que permitiram culminar na tutela jurisdicional dos direitos, como eixo metodológico, foram assentadas pela doutrina no árduo processo de

revisitação dos institutos processuais, seus instrumentos e suas técnicas.

Exemplo disso ocorreu com o instituto consistente no direito de ação, o qual, nos termos enfatizados por Marinoni (2000b, p. 397), “não pode mais ser compreendido como simples direito a uma sentença de mérito”. Com total acerto, Marinoni entende que a adequação da tutela jurisdicional ao plano do direito material, no Brasil, encontra assento constitucional:

Esse modo de compreender o direito de ação não guarda qualquer relação com os postulados do direito processual moderno. Se o que importa, quando se pensa em termos de efetividade do processo, é a realização concreta dos direitos, o direito de ação, constitucionalmente garantido, deve ser visto como o direito que garante a tutela adequada ao plano do direito material (2000b, p. 397).

Essa assertiva, no entanto, não implica num retrocesso à teoria civilista da ação muito menos uma ruptura com a idéia de direito abstrato de ação, como bem explica Marinoni (2000b, p. 397-398):

Quando se alude à necessidade de o direito de ação garantir a tutela adequada ao plano do direito material quer-se dizer, apenas, que o direito abstrato de ação constituirá garantia da atipicidade da tutela apenas dentro de uma lógica que tome em consideração as relações do processo com o direito material, concebendo a tutela jurisdicional como autêntica resposta às suas necessidades.

Essas relações entre o direito e o processo, ou seja, o binômio direito-processo, implica que o processo deve ser apto “a prestar tutela às várias situações de direito substancial” (MARINONI, 2000b, p. 398).

Nessa mesma linha de consideração, Kazuo Watanabe (1991, p. 523) esclarece que:

O artigo 75 do CC de 1916 somente não se constituiu na explicitação, a nível infraconstitucional, do princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual devido a uma intransigência doutrinária, surgida na fase em que o direito processual aspirava autonomia como um ramo da ciência jurídica.

Essa perspectiva permitiu a proposta de uma releitura do art. 75 do Código Civil de 1916, ao mesmo tempo em que pôs em evidência a necessidade do delineamento da noção de tutela. A proposta de releitura do art. 75 do Código Civil

de 1916 adveio da pena de José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 208), que assim explicitou:

Lê-se no art. 75 do CC: 'A todo direito corresponde uma ação que o assegura'. Esse texto, quase septuagenário, refletia decerto idéias hoje abandonadas; mas não seria tão espantoso que uma 'releitura' sem preconceitos lograsse extrair da antiga partitura sonoridades modernas.

José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 83) visualiza no contexto dos artigos 5º, XXXV da Constituição Federal e 75 do Código Civil de 1916 o fundamento substancial da tutela jurisdicional dos direitos ao afirmar que “tais dispositivos seriam, portanto, representativos da visão dos institutos processuais a partir do seu objeto, ou seja, do direito material. É a visão de tutela jurisdicional, ou tutela jurisdicional de direitos”.

Marinoni (2000b, p. 398) arremata a questão. Sua idéia central está assim redigida:

Afinal, o que é tutela? Não se pode, como é óbvio, buscar um conceito de tutela no campo exclusivo do processo; descarte-se, assim, a suposição de que tutela de conhecimento é sinônimo de sentença. Se não tem mais relevância a idéia de direito de ação como direito a uma sentença, tutela não pode significar, obviamente, apenas sentença.

Assim, para a correta compreensão da noção de tutela, seguindo-se as lições de Marinoni, deve-se excluir três idéias até então prestigiadas: a de que seria válida a busca de um conceito de tutela no campo exclusivo do processo; a da suposição de que a tutela de conhecimento é sinônimo de sentença; e, a de que tutela não pode significar apenas sentença.

8. O problema da tutela jurisdicional como resultado preordenado no plano do direito substancial

Na medida em que o critério para a aferição da efetividade da tutela jurídica encontra-se no plano do direito substancial, no qual a tutela jurisdicional aparece com o sentido complementar para a obtenção do resultado preordenado no plano do direito substancial, constata-se que a efetividade do processo, enquanto instrumento da jurisdição, encontra-se no plano do direito substancial, razão pela qual verifica-se uma guinada inescusável na problemática da efetividade do processo, deslocada de uma perspectiva interna para uma perspectiva externa.

No entanto, para que isso não signifique um retrocesso, deve-se considerar o

redimensionamento da perspectiva científica processual decorrente da reinserção da temática da tutela dos direitos, o que implica na análise da correta configuração da tutela jurisdicional e sua respectiva classificação.

9. Delimitação dos elementos necessários para a configuração da tutela jurisdicional dos direitos

A delimitação dos elementos necessários para a configuração da tutela jurisdicional dos direitos tem sido um dos pontos nevrálgicos da elaboração da nova dogmática processual civil. Em primeiro lugar, constata-se a necessidade de se compreender os resultados preordenados no plano do direito substancial e as técnicas processuais para a obtenção desses resultados. Portanto, num primeiro momento, esses dois elementos (resultados preordenados no plano do direito substancial e técnicas processuais para a obtenção desse resultado) aparecem como elementos necessários para a configuração da tutela jurisdicional.

No entanto, quando se mantém na retentiva o problema dos resultados preordenados no plano do direito substancial constata-se que esses resultados devem levar em consideração dois aspectos fundamentais: primeiro, a possibilidade de violação ou de ameaça de violação dos direitos, como algo inerente à concepção normativa; segundo, o modo de disciplina da proteção dos direitos, no caso de violação ou de ameaça de violação.

O modo de disciplina para a proteção dos direitos violados ou ameaçados de violação deve levar em consideração dois pressupostos teóricos da nova dogmática do processo civil: o primeiro, consistente no isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano; o segundo, consistente no isolamento dos modos de tutelas voltadas contra o ilícito e de tutelas voltadas contra o dano. Esse último pressuposto implica, necessariamente, na revisitação do conceito de sanção e da modelagem da sanção do ilícito e da sanção do dano.

Por fim, para uma correta configuração da tutela jurisdicional, deve-se considerar que o isolamento dos critérios, resultados e meios ou técnicas, permite o exame das técnicas processuais de tutela ou meios para a obtenção dos resultados no plano do direito substancial. No que tange às técnicas processuais para a correta configuração da tutela jurisdicional, deve-se considerar: a) a técnica dos provimentos jurisdicionais; b) a técnica coercitiva; e, c) a técnica cognitiva.

Para Eduardo Talamini (2001, p. 166), “eficácia dos provimentos jurisdicionais, sanções e mecanismos sancionatórios devem ser relacionados para a adequada configuração da tutela jurisdicional”.

10. A necessidade de isolamento das categorias do ilícito e do dano para a compreensão do problema da adequada construção das tutelas jurisdicionais

Na medida em que o mundo jurídico classifica-se na perspectiva binária: lícito-ilícito, o primeiro passo é considerar esse binômio como objeto de análise. Isso porque, à classe dos fatos jurídicos em sentido amplo lícitos contrapõe-se a classe dos fatos jurídicos em sentido amplo ilícitos. Assim, a temática da efetividade da tutela dos direitos põe em evidência o problema da necessidade de distinguir o ilícito e o dano.

Conforme enfatiza Marinoni (2000b, p. 411), trata-se de “questão, bastante difícil, das noções de ilícito e dano”. Para o processualista citado (2000a, p. 23), “é preciso deixar claro que a doutrina brasileira nega a diferença entre ilícito e dano”, mencionando o civilista Orlando Gomes (1981, p. 314), para quem “o ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso”.

Essa dificuldade remeteu para a necessidade de revisão do conceito de ilícito, a exemplo do que ocorreu na doutrina italiana, a partir “das novas necessidades de tutela, próprias dos novos direitos, que não podem ser adequadamente tutelados via ressarcitória” (MARINONI, 2000a, p. 27).

A revisão do conceito de ilícito era necessária porque, como afirma Cesare Salvi (1975, p. 591):

A identificação entre ilícito e dano deixou no escuro outras possíveis formas de sanção do ilícito e do dano, reservando à tutela inibitória a proteção da propriedade e de outros direitos absolutos, em uma visão marcadamente restritiva e privatista.

Para Marinoni (2000a, p. 25):

A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda no plano lógico.

Nesse contexto, a distinção é necessária e ganha relevo no que tange à adequada tutela dos direitos, em especial, àqueles de conteúdo não patrimonial, porque é nesse campo que o problema da inadequação da tutela ressarcitória se apresenta de forma mais aguda. Isso porque, em regra, os direitos de conteúdo não patrimonial carecem de um modo de tutela adequada a fim de que não sejam transformados em pecúnia, dado seu caráter extrapatrimonial, pois, conforme anota Marinoni (2000a, p. 23) “não importa, para a tutela dos direitos que têm conteúdo não patrimonial, o dano, e portanto, a tutela ressarcitória.” Essa assertiva está assentada na premissa de que o

dano “é algo absolutamente acidental na vida do ilícito; ele é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. O ato ilícito, em outras palavras, pode ou não provocar um dano” (MARINONI, 2000a, p. 25).

Logo, é necessário compreender que o ilícito é um ato contrário ao direito (*contra jus*), o qual prescinde do dano para sua caracterização, razão pela qual exige uma tutela voltada exclusivamente contra o ilícito, independentemente do dano. E, ainda por essa razão, é necessário compreender que a caracterização do ilícito prescinde do elemento subjetivo (dolo ou culpa), já que essas categorias são necessárias para a caracterização da responsabilidade civil, a qual exige o dano, e, via de regra, sua conjugação com a culpa ou o dolo. Portanto, para a adequada tutela dos direitos de conteúdo não patrimonial, é imprescindível a distinção entre ilícito e dano, além da construção de uma dogmática de tutela desses direitos, já que os mesmos “não encontram resposta efetiva na velha tutela que relaciona o ilícito com o pagamento de indenização” (MARINONI, 2000a, p. 28).

No entanto, embora seja forçoso reconhecer que o problema da distinção entre o ilícito e o dano constituía um aspecto quase irrelevante para a doutrina civilista, o mesmo não ocorreu com a doutrina publicista, em especial no que tange ao problema da contenção da arbitrariedade no exercício do poder público. Tanto é que o aspecto mais relevante do mandado de segurança constitui-se, exatamente, em ser um modo de tutela de segurança voltada contra o ilícito. Essa característica é constatada desde suas raízes históricas, quer seja no plano doutrinário, quer seja no plano jurisprudencial, quer seja, ainda, no plano legislativo.

Porém, o fato é que o mandado de segurança tem campo de cobertura muito restrito. Por isso, o aspecto consistente na identificação do conceito de ilícito e dano ainda tem relevância para as demais formas de tutelas voltadas contra o ilícito, as quais refogem ao âmbito de cobertura do mandado de segurança, além de proporcionar novas reflexões sobre o mandado de segurança enquanto tutela voltada contra o ilícito.

Na medida em que a identificação entre o ilícito e o dano deixou no escuro outras possíveis formas de sanção do ilícito e do dano, nas palavras de Cesare Salvi, uma segunda consequência da distinção entre o ilícito e o dano consiste na necessidade de revisitação da sanção, a fim de examinar as formas de sanção voltadas contra o ilícito e as formas de sanção voltadas contra o dano.

11. Conclusão

O problema da construção das tutelas jurisdicionais no novo processo civil brasileiro somente é equacionado adequadamente na medida em que se compreende os elementos que caracterizam a nova dogmática desse modelo processual.

Essa tarefa é executada de modo satisfatório através da compreensão da nova

hermenêutica jurídica do processo civil, a qual apresenta-se aberta ao plano do direito substancial de onde são extraídos os resultados a serem realizados mediante as técnicas e instrumentos processuais. Portanto, trata-se de hermenêutica procedimentalista construtivista aberta aos dois planos jurídicos: o direito substancial e o direito processual.

A conjugação da tutela jurisdicional em seus dois sentidos é uma via de acesso válida para a construção das novas tutelas jurisdicionais. A outra via válida consiste na construção de tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas voltadas contra o dano. Essa via implica na revisitação do conceito de sanção bem como na compreensão de sanção voltada contra o ilícito e sanção voltada contra o dano.

Assim, à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial, constata-se a necessidade de isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, enquanto resultados preordenados no plano do direito substancial, o que deve ser feito na seara específica da tutela dos direitos. Em seguida, deve-se compreender a tutela jurisdicional a partir de dois critérios: como resultado preordenado no plano do direito substancial e como meio ou técnica de tutela, consistente nos instrumentos e técnicas processuais adequadas à realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial.

Com base nesses elementos, examinados isoladamente, e, em seguida, de forma conjugada, pode-se apresentar um quadro ou classificação das tutelas jurisdicionais construídas à luz da nova dogmática do processo civil brasileiro.

Referências

BARROS, Hamilton Moraes e. Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no código de processo civil de 1973. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 246.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** – influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare**. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1963.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programa di reforma e come método de pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**, 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan/mar. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARNONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000a.

MARNONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 331, p. 139-148, jul/set. 1995.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3.

SALVI, Cesare. Legittimità e "razionalità" dell'art, 844 Codice Civile. **Giurisprudenza Italiana**, 1975.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

REFLECTION ABOUT THE CONSTRUCTION IN THE WAYS OF PROTECTION JUDICIAL SECOND THE NEW DOGMATIC OF THE BRAZILIAN CIVIL PROCESS

ABSTRACT: The construction in the ways of judicial protection is one of the current problems of the contemporary civil process. This task demands the new dogmatic of this civil process understanding like the necessary elements to the correct configuration in the ways of judicial protection. The understanding of those points facilitate the work of new dogmatic of the contemporary civil process like the construction in the ways of judicial protection of the new model processual resultant of the reforms introduced in the Brazilian civil processual system.

KEYWORDS: Brazilian Civil process. New dogmatic. New forms of judicial protection.

Recebido para publicação em: 10/11/2003.

Aceito para publicação em: 21/12/2003.