

Márcio de Borba Gonzaga*

O acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental do jurisdicionado

Resumo: Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional despertou, na doutrina processual contemporânea, o estudo sobre a *eficácia social* do processo na proteção e concretização dos direitos fundamentais por meio de tutela efetiva e tempestiva. Por sua vez, a efetivação de ditos direitos depende de um novo paradigma de jurisdição que não se limite à mera declaração do direito. Hodiernamente, é imprescindível o exercício de uma jurisdição onde o direito seja criado e não apenas declarado. Assim, o presente estudo visa demonstrar que o acesso à efetiva tutela jurisdicional deve ser compreendido como o direito fundamental em que o jurisdicionado tenha acesso à jurisdição de forma real, e não meramente formal ou teórica, por meio de decisões justas e tempestivas, afirmando-se dessa forma os valores dispostos nos artigos 5º, XXXV, e 3º, I, ambos da Constituição Federal da República do Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Acesso à jurisdição. Tutela jurisdicional. Efetividade do processo.

El acceso a la efectiva tutela jurisdiccional como un derecho fundamental del jurisdicionado

Resumen: Con la promulgación de la Constitución de 1988, el derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva despertó en la doctrina procesal actual, el estudio sobre la eficacia social del proceso en la protección y concreción de los derechos fundamentales por medio de la tutela efectiva y en debido tiempo. A su vez, la efectivización de dichos derechos es dependiente de un nuevo paradigma de jurisdicción que no se limite a una mera declaración del derecho. De esta manera, el acceso a la efectiva tutela jurisdiccional debe ser comprendido como el derecho fundamental donde el ciudadano tenga acceso a la jurisdicción real, y no solo formal o teórica, por medio de decisiones razonables y a debido tiempo, afirmando así los valores ordenados en los artículos 5º, XXXV, y 3º, I, ambos de la Constitución Federal de La Republica del Brasil.

Palabras-llaves: Derechos fundamentales. Acceso a la jurisdicción. Tutela jurisdiccional. Efectividad del proceso.

Introdução

A partir do início do movimento de constitucionalização do processo civil ou da processualização da constituição (como preferem os autores

* Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra, Canoas, RS, Brasil. Docente na Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, RS, Brasil. Advogado. E-mail: marcio.borba@fsg.br.

lusitanos), passamos a verificar que certas garantias processuais, como por exemplo, o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), bem como o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), passaram a ter *status* de direitos fundamentais, representando valores esculpido pelo legislador constituinte originário.

Atualmente, a concepção de acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental assumiu na doutrina processual contemporânea plena força, resgatando concepções teóricas para a formatação de uma teoria do processo civil capaz de contemplar as expectativas da nova realidade social, marcada pelo dinamismo da modernidade contemporânea.

Assim sendo, a doutrina passou a concebê-lo não mais num conceito uno de acesso à justiça, mas, sim, de acesso efetivo à tutela jurisdicional. Isso porque, quando a Constituição Federal assegura o amplo acesso à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), refere-se a um direito subjetivo, e não à mera possibilidade de ingresso com a demanda.

Seguramente, desde a promulgação da Constituição de 1988, o direito fundamental de acesso à justiça passou a despertar, na doutrina processual contemporânea, o estudo sobre a *eficácia social* do processo, a fim de aquilatar se, com a medida utilizada na proteção e garantias de direitos – sejam eles fundamentais ou não –, houve a concreta produção dos efeitos pretendidos. Com efeito, desde então, o Pacto Constitucional gravou o processo civil através da introdução de valores sociais, buscando-se construir uma sociedade mais livre, justa, e solidária, nos termos do seu art. 3º, inciso I.

Nessa esteira, em meio à morosidade e aos seus respectivos reflexos nocivos ao monopólio jurisdicional prestado pelo Poder Judiciário, mostra-se necessário que repensemos o processo civil sob a ótica da contemporaneidade, ou seja, um instrumento de justiça social útil, adequado, capaz de garantir o acesso efetivo à tutela judicial e à realização do direito material. Isso porque, atualmente, o jurisdicionado não busca mais a mera declaração do direito, mas sim a efetividade e efetivação desses direitos.

Assim sendo, o objetivo do presente artigo é demonstrar que o direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional, enquanto direito subjetivo, depende muito de um modelo de processo civil que sirva de espaço de efetivação concreta do direito material, mais consentâneo com a realização de valores, principalmente aqueles estampados na Constituição Republicana de 1988.

1 O acesso à justiça como um direito fundamental

O direito de acesso à justiça faz parte daquele rol que compõe o grupo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam, direitos prestacionais, que devem ser concebidos como de acesso e utilização de prestações estatais. Notadamente, ao longo dos tempos, o conceito de acesso à justiça vem sofrendo mudanças, tal qual a própria evolução dos direitos fundamentais.

Inicialmente, consoante observa Mauro Cappelletti, o direito de acesso à justiça vinculava o seu significado ao direito *formal* do indivíduo agravado para propor ou contestar uma demanda.¹ Nessa fase, o acesso formal dizia respeito à igualdade (formal), embora não efetiva. Contudo, as transformações ocorridas no sistema social, bem como a evolução do conceito de direitos humanos (especialmente operada nos séculos XVIII e XIX) fizeram surgir movimentos no sentido de reconhecer direitos e deveres sociais dos governos, indivíduos e associações, como por exemplo, os direitos ao trabalho, à saúde, dentre outros. Em razão das modificações que se sucediam, coube ao Estado Social assegurar a fruição de direitos conquistados por meio de uma ação positiva (*status positivus*).

Nessa esteira, o direito de acesso à justiça ganhou especial atenção, na medida em que as reformas ocorridas no *welfare state* procuraram prover os indivíduos com novos direitos substantivos que iam além da sua qualidade de cidadão, como por exemplo, na qualidade de consumidor, locatário ou empregado.² Desta feita, o direito de acesso à justiça começou a ser compreendido como um requisito fundamental dentro de um sistema jurídico que aspirasse não apenas *eleger* direitos, mas sim *garanti-los e efetivá-los*.

Não obstante todas as modificações havidas, inúmeras eram as circunstâncias que, de certa forma, inviabilizavam o acesso à justiça por todos os indivíduos que compunham a sociedade. Nessa perspectiva, talvez a mais preocupante barreira de acesso fosse aquela pertinente aos autores individuais, em especial aos que não detinham condições financeiras de prover os altos custos das demandas judiciais.

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 9.

² Idem, p. 11.

Aqui se faz importante ressaltar que os primeiros esforços para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais centraram suas diligências para propiciar serviços jurídicos aos cidadãos menos favorecidos economicamente, consoante leciona Mauro Cappelletti.³

A partir de avanços e retrocessos, verificou-se que os diferentes sistemas de assistência judiciária em muito melhoram, afirmando o seu caráter vital de garantir a todos o acesso à justiça.⁴ Por conseguinte, minimizaram-se as barreiras existentes em relação a dito acesso que se estendeu além das causas tradicionais (causas de direito de família ou defesa criminal), atingindo novos direitos.

Transposta essa barreira inicial, os estudos voltados ao direito de acesso à justiça centraram-se mais além da questão pertinente à igualdade formal, passando a pensá-lo mais focado na prestação jurídica eficaz e temporalmente adequada.

Nesse sentido, acompanhando a evolução do conceito de acesso à justiça, tivemos como exemplos evidentes dessa mudança o disposto no artigo 20, da Constituição Portuguesa de 1974, bem como o artigo 24.1, da Constituição Espanhola de 1976, quando ambas as Cartas fundamentais passaram a se referir ao acesso à justiça como acesso *efetivo* à justiça, na qualidade de garantia de tutela efetiva e tempestiva no exercício de direitos e interesses legítimos.⁵

Desta feita, notou-se o surgimento de um novo cenário no direito constitucional, amplamente voltado à proteção jurídica, implicando uma garantia de proteção eficaz e temporalmente adequada,⁶ que tem como exemplo emblemático a norma disposta no art. 20, n. 5, da Constituição da República Portuguesa, que prevê que “a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.⁷ A respeito do citado artigo, é oportuno transcrever o pensamento de José Carlos Vieira de Andrade, quando se refere ao dispositivo ora citado:

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*, p. 31.

⁴ Assinale-se, outrossim, que a assistência judiciária no direito pátrio foi instituída a partir da Constituição de 1934, constituindo relevante faceta do acesso à jurisdição. Dita garantia foi firmada pela Constituição Federal de 1988 que ampliou ainda mais essa garantia ao conceder no art. 5º, LXXIV, assistência jurídica integral aos necessitados, criando a carreira da Defensoria Pública (arts. 134 e 135).

⁵ Importante referir que dita evolução, positivada nas Constituições Portuguesa e Espanhola, teve por inspiração o que já dispunha a Lei Fundamental de Bonn (art. 19.4), bem como a Constituição Italiana (art. 24), que sem sombra de dúvidas contribuam para o desenvolvimento do conceito de tutela judicial efetiva.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 652.

⁷ Cf. art. 20.5, da Constituição da República Portuguesa de 1974. Almedina: Lisboa, 2004. p. 15.

O meio de defesa por excelência dos direitos, liberdades e garantias continua a ser, no entanto, constituído pela *garantia*, a todas as pessoas, *de acesso aos tribunais*, para defesa da generalidade dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20, n. 1) – ela própria, como vimos, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Este direito-garantia implica o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (n. 2) e inclui o direito a uma decisão *em prazo razoável* e mediante *processo equitativo* (n. 4), isto é, a uma proteção jurídica *efetiva* e em *tempo útil*.⁸

Note-se, pois, que o desenvolvimento do direito de acesso à justiça procurou buscar assegurar uma resposta efetiva e eficaz do órgão jurisdicional aos cidadãos, fugindo daquela ideia inicial formalista de mero acesso ao órgão judicial, pois como bem assinala Jorge Miranda, “o eficaz funcionamento e constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica”.⁹

2 O direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito prestacional garantido pela Constituição Federal de 1988

A partir de tudo que já foi dito, o livre acesso à jurisdição é a primeira consequência do direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional. Vale dizer: é o passo prévio e necessário para a prestação jurisdicional.

Isso porque não há como se obter tutela à prestação jurisdicional (resolução que ponha fim ao processo), se de alguma forma não é possibilitado ao jurisdicionado ter acesso aos juízes e tribunais. Portanto, tal acesso é requisito fundamental ao exercício do direito à prestação jurisdicional.

Introduzido no direito pátrio a partir da Constituição de 1946, o preceito inovou sobremaneira a ordem jurídica da época. Tratava-se de uma garantia nova no ordenamento jurídico brasileiro. Nova e relevante, talvez a mais relevante, dentre todas as enumeradas no capítulo dos direitos individuais.¹⁰

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. p. 368.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 4, p. 256.

¹⁰ Nesse sentido, assim dispunha o artigo 141, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1946: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras – 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 99.

Na perspectiva desse passado recente, a Constituição Federal de 1967 não foi muito além daquilo que disponha a Carta Fundamental anterior, em relação aos direitos e garantias fundamentais de acesso ao Poder Judiciário, na medida em que mantinha dito acesso em caso de qualquer lesão de cunho individual.¹¹

Nesse sentido, há que se ressaltar que, durante esse período, tivemos episódio histórico que deveras envergonhou o direito brasileiro (a exemplo do que ocorreu no sistema jurídico dos Estados totalitários da primeira metade do século passado), pertinente à edição do Ato Institucional 5/68, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente da República,¹² que, em seu art.11, dizia: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Diante desse quadro de exceção, justificava-se a criação de dispositivo constitucional que impedisse certas arbitrariedades, dentre outros motivos, que não mais permitisse qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de acesso à justiça.

Assim sendo, a Constituição Republicana de 1988, no seu art. 5º, inc. XXXV, passou a garantir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou grave ameaça a direito”. Em redação mais técnica do que a das Constituições anteriores, que se referia à lesão de direitos “individuais”, o novel Pacto Constitucional consagrou o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A referida norma consubstanciou-se num verdadeiro pórtico constitucional do processo.¹³

Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder judiciário, a Constituição de 1988 passou a garantir – garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto – a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

¹¹ Semelhante era o disposto na Constituição Federal de 1967, ao dispor no Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, art. 150, § 4º, que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

¹² Em relação ao ato editado pelo Presidente da República, há que se consignar que o AI 5 e demais atos institucionais eram inconstitucionais, uma vez que outorgados por quem não tinha competência para modificar a Constituição.

¹³ Justamente por isso, dispõe o cidadão brasileiro de *writs* constitucionais semelhantes aos do sistema *common law*, tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e, agora, o *habeas data*, sem falar no mandado de injunção, remédio sem similar no direito comparado (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI e LXXII).

De outra banda, com a inclusão da tutela jurisdicional da ameaça – inexistente na ordem anterior –, constitucionalizou-se a tutela preventiva, legitimando-se ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. Portanto, agora, a Constituição tornou-se clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Estupenda evolução.

Desta feita, em razão das modificações havidas na Constituição de 1988, o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional passou a pertencer a todos quantos aleguem terem sido lesados em seus direitos ou que estejam em via disso. Portanto, o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional passou a difundir a mensagem de que todo cidadão, independentemente de credo, condição econômica, posição política e social, tem o direito de ser ouvido por um Poder Judiciário independente e imparcial. O direito fundamental constante na Constituição Republicana de 1988 veio ao encontro do que já dispunham os pactos e convenções internacionais.¹⁴

De outra banda, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2005, somou-se ao direito de acesso à Justiça, enquanto efetiva prestação jurisdicional, a garantia fundamental de que o jurisdicionado deve dispor de processo célere, conforme preceitua o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por oportuno, trazemos as considerações de Luiz Guilherme Marononi, que, ao tratar sobre a tutela adequada e a respectiva tempestividade, segundo os termos estabelecidos pela nossa Constituição, assim se refere: “[...] o direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realiza concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva”.¹⁵

Assim sendo, com a consagração da tutela reparatória, da tutela preventiva, bem como pela introdução recente do direito que assegura ao jurisdicionado a razoável duração do processo e os meios que garantam a

¹⁴ A propósito, dispõem a esse respeito a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela ONU (10-12-1948, art. 10); a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma (4-1-1950, art. 6º); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (16-12-1966, art. 14); e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica (22-11-1969, art. 8º).

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

celeridade de sua tramitação, como lídimo direito fundamental, percebemos que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um compromisso do órgão estatal para com o cidadão, a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional.

Desse modo, verifica-se que o acesso à efetiva tutela jurisdicional é a expressão máxima da reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo os seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões, recebendo uma resposta efetiva e em tempo hábil por parte do Poder Judiciário.

Afigura-se, entre nós, que o direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional não tem como escopo tão-somente reconhecer ou declarar o direito, mas sim resolver a questão de fundo trazida ao órgão jurisdicional, importando em agregar ao conceito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, a ideia de resolução do caso concreto trazido pelo jurisdicionado ao Poder Judiciário.¹⁶

Nesse sentido, veja-se a pertinente lição de Francisco Chamorro Bernal:

Ese deber constitucional de los Jueces y Tribunales de velar por la efectividad de la tutela no si limita, por otra parte, sólo al aspecto procesal, sino que también existe en el aspecto material o de fondo, en el sentido de resolver el problema planteado.¹⁷

Com efeito, o sentido hodierno do direito à efetiva tutela jurisdicional, consagrado pelo artigo 5º, inciso XXXV, em muito difere do significado dos ordenamentos anteriores, estando umbilicalmente vinculado à concepção de resolução do caso concreto pelo órgão jurisdicional, por meio de procedimentos pré-ordenados, e efetivamente aptos a conferir ao jurisdicionado tutela efetiva e tempestiva ao direito material.¹⁸

¹⁶ Nesse sentido, dispõe o art. 269 do CPC (Redação dada pela Lei 11.232, de 2005), quando dispõe que haverá “resolução” de mérito: (i) quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (ii) quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (iii) quando as partes transigirem; (iv) quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (v) quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. Nota-se claramente a ruptura de paradigma feita como modelo de jurisdição anterior, na mediada em que o dispositivo alterado referia-se à “extinção” com julgamento do mérito. Ora, resolução é ato de resolver o processo, e em muito difere de extinguir o processo.

¹⁷ BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 281.

¹⁸ Nesse sentido, referimos que o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, sofreu forte influência na sua concepção da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (art. 19.4), da Constituição Italiana (art. 24), da Constituição Portuguesa de 1976 (art. 20), bem como da Constituição Espanhola de 1978 (art. 24).

Surge, assim, a noção do direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, porquanto ao Direito atual não basta apenas a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça. É necessário adjetivar esta prestação estatal que há de ser efetiva, adequada e tempestiva.

3 Jurisdição e tutela jurisdicional efetiva

No atual modelo de Estado em que vivemos (Estado Democrático de Direito), a este compete o ônus de assegurar a paz social, assumindo a atividade jurisdicional, o papel de solucionar os conflitos de interesses, vedada qualquer forma de autodefesa, proporcionando ao titular de um interesse juridicamente protegido aquilo que não foi possível ocorrer no plano substancial.

Como bem coloca Daniel Francisco Mitidiero, “desde que o Estado avocou para si a tarefa de distribuir os bens da vida entre os homens, também ganhou o encargo de efetivar tal distribuição: essa tarefa, fundamental, o mesmo realiza através da jurisdição”.¹⁹

Então, é o Estado quem administra a justiça e detém o monopólio da jurisdição, razão pela qual os mandados utilizados por ele para dirimir os conflitos se realizam por meio da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário.²⁰ Dito monopólio criou ao órgão estatal o dever de garantir o acesso à Justiça, assegurando a proteção a qualquer indivíduo que dela necessite.

Assim, partindo do clássico conceito de direito de acesso à Justiça (direito de ação), que já se fazia presente no nosso ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal de 1946 (artigo 141, parágrafo 4º), o legislador constituinte brasileiro de 1988 trouxe nova conotação à garantia de efetivo acesso à Justiça, passando a tratá-lo com *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF).²¹ Tal mudança constituiu-se em insofismável ampliação do direito de “ação”, passando a comportar característica eminentemente de função jurisdicional, e não meramente instrumental como dispunha o texto constitucional anterior.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 117.

²⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 75.

²¹ Destacamos que, no campo do direito comparado, dita garantia se faz presente na Constituição da República Portuguesa de 1974, consoante dispõe o art. 20 (Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efetiva), “para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. *Constituição da República Portuguesa de 1974*. p. 15.

Acerca da evolução da definição de efetivo acesso à Justiça, nos valem das precisas considerações de Mauro Cappelletti que, ao final da década de setenta, já nos brindava com semelhante concepção formulada na clássica obra “Acesso à Justiça”:

De fato o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. Acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.²²

Essa nova concepção de acesso à efetiva tutela jurisdicional exigiu que a jurisdição prestada pelo Poder Judiciário se tornasse cada vez mais dinâmica, atenta à Constituição de 1988, consubstanciando-se na forma mais adequada e imposterável do jurisdicionado obter amparo jurisdicional.

Contudo, esse dever não criou tão-somente a obrigação de prestar qualquer tipo de jurisdição, mas sim de prestar tutela jurisdicional adequada, justa e tempestiva.

Portanto, ao nos referimos ao acesso à efetiva tutela jurisdicional, estamos falando exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, e, principalmente, na resolução do caso concreto posto pelo jurisdicionado à apreciação do órgão judicial,²³ ou seja, na garantia de prestação de tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para resolução.

4 Efetividade do processo e tutela jurisdicional

Vivemos numa sociedade altamente complexa, o que acaba, por vezes, criando diferenciadas relações humanas. Consequentemente, na medida em que essas relações se intensificam, os conflitos sociais também tendem a surgir. Desta feita, ao direito é transferido o destino de regular ditas relações, haja vista que existe uma íntima relação entre direito e sociedade, derivada da função que o primeiro exerce sobre o segundo, que é a função ordenadora decorrente da coordenação dos interesses que

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*, p. 12.

²³ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

se manifestam na vida social, organizando a cooperação entre pessoas e compondo os conflitos que se verificam entre os seus membros.²⁴

Contudo, não é suficiente afirmar ou consagrar, na legislação, um determinado direito, sendo necessário criar meios processuais que estejam dirigidos e focados, tendentes a alcançar a realização efetiva desses direitos para todos os cidadãos, transformando-os em realidade fática.

É justamente por isso que se diz que todo o direito tem que receber proteção jurisdicional por parte do Estado Constitucional. E essa proteção jurisdicional implica diretamente a independência dos tribunais e implementação pelo legislador de leis para aplanar o acesso à ordem jurídica para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos.

Nesse cenário, passamos a compreender a jurisdição²⁵ como atividade estatal soberana a qual deslinda uma situação social de conflito, ou seja, onde atua o direito, sendo o processo o espaço que viabiliza a efetiva prestação jurisdicional. A partir do Estado Democrático, o direito processual civil contemporâneo passou a ter suas linhas mestras traçadas por meio do Direito Constitucional, tendo este como sua base fundamental. Com efeito, a Constituição de 1988 está gravada por valores culturais, sociais, éticos, de liberdade, de solidariedade, de justiça, dentre outros mais.

É justamente nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais, pois, superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, devemos compreender que o processo está aí para concretização de valores, conforme assevera Daniel Francisco Mitidiero.²⁶

Mostra-se de todo inapropriado entender o processo civil tão-somente como mero ordenamento de atividade de natureza privativamente técnica (caráter formal), ou seja, numa visão ultrapassada, olvidando o seu caráter axiológico.

Justamente esse aspecto axiológico fez com que, recentemente, se refletisse no processo civil todo um modo de ser de um povo, representado por valores políticos, econômicos, sociais, éticos e jurídicos subjacente à determinada sociedade e a ela característica.²⁷

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

²⁵ Nesse contexto, é fundamental percebermos que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de instrumento legítimo, por meio do qual possa exercer seu poder, na busca da pacificação da sociedade.

²⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 38.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 75.

Posto isso, nota-se que a busca da efetividade é um valor gravado na Constituição Federal que permeia o sistema processual civil inspirado na necessidade de concretização dos direitos (sejam eles fundamentais ou não) de forma tempestiva (art. 5º, LXXVIII), ou seja, sem maiores delongas.

Acerca da efetividade do processo, nos valem inicialmente do conceito elaborado por Luiz Guilherme Marinoni:

Se o processo visa a tornar efetivo o Direito, necessário é que o resultado da ação (processual) corresponda exatamente àquilo que se verificaria se a ação (= agir) pudesse ser realizada no mundo do direito substancial. Em outras palavras, a ação processual deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição. A perspectiva de direito material possibilita o ajuste da ação processual às peculiaridades da pretensão de direito material.²⁸

Merece destaque também a contribuição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira quando faz referência à efetividade como valor do processo:

Nesta linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, insere-se também o *valor da efetividade*, igualmente significativo na sua conformação, a ganhar cada vez mais lugar destacado nas preocupações da doutrina. Semelhante inclinação, nascida das reais necessidades da sociedade atual, além de se espriar horizontalmente, alargando o objeto da tutela jurisdicional, colabora ao mesmo tempo para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão aforada. Cuida-se de corrente sociocultural mais afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente preocupada com mais acurada tutela de liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, notadamente os sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva.²⁹

Vê-se, hoje, que, a partir das inquietações teóricas acerca do efetivo acesso à Justiça, surgiu o tema “processo efetivo” como ponto de maior relevo, posto que o acesso à justiça, como bem refere Luiz Guilherme Marinoni, é o vínculo a interligar o processo com a justiça social, sempre que um direito não for respeitado espontaneamente.³⁰

É justamente esse o foco das discussões acerca da efetividade do processo que, na sua esfera instrumental, se traduz na necessidade de a concreção da norma processual gerar resultados direcionados para a efetivação dos direitos materiais.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 130.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 70.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 22.

A partir dessa visão, o processo passou a ser compreendido não apenas como instrumento técnico, sendo-lhe inerente, também, o seu conteúdo ético, servindo de espaço para possibilitar à jurisdição a plena realização de seus objetivos sociais e políticos, pertinentes aos lúdicos e insofismáveis desejos da sociedade.

Portanto, a justiça, a paz social, a segurança são valores de extrema importância para o processo civil. Com efeito, ao valor efetividade cumpre a tarefa de conectar-se com ditos valores, na medida em que somente haverá a realização dos mesmos se existirem no processo efeitos reais, efeitos verdadeiros.

Ainda sobre a efetividade do processo, valemo-nos da doutrina de Elaine Harzheim Macedo ao mencionar que, nesse novo paradigma, o processo, enquanto espaço de construção do direito, “deve qualificar-se por características aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotados e assegurados”.³¹

Desta feita, por meio do exercício de valores constitucionais fundamentais do processo civil, quais sejam, efetividade e segurança jurídica, procura-se, nessa perspectiva, construir soluções justas, pensadas segundo o caso concreto, o que importa numa atividade jurisdicional pró-ativa.

Considerações finais

Após essas breves observações sobre o direito fundamental de acesso à efetiva tutela jurisdicional, sua íntima relação com o texto constitucional, com a forma de jurisdição prestada pelo Estado, é possível apresentar algumas considerações sobre os temas abordados.

Este artigo procurou demonstrar que, contemporaneamente, o direito de acesso à justiça passou a ser compreendido como um requisito fundamental dentro de um sistema jurídico que aspirasse não apenas *eleger* direitos, mas sim *garanti-los* e *efetivá-los*, buscando assegurar uma resposta efetiva e eficaz do órgão jurisdicional, transposta aquela ideia inicial formalista de mero acesso ao órgão judicial.

Portanto, todo o direito tem que receber proteção jurisdicional por parte do Estado de Direito. Então, a efetividade processual significa o real alcance da finalidade do processo visto como instrumento ativo da distribuição da justiça, garantindo soluções ao mesmo tempo jurídicas e legítimas, como forma de pacificação social.

³¹ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo*, p. 278.

Assim, o acesso à ordem jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional passam a ser encarados como direitos e garantias fundamentais dos sistemas jurídicos que pretendem ser modernos e igualitários.

Dentro dessas coordenadas, o acesso à efetiva tutela jurisdicional não pode ser compreendido como mero direito subjetivo formal. Para que possamos considerar que a tutela jurisdicional seja efetiva, torna-se imperioso que o jurisdicionado possa ver os seus direitos, liberdades e garantias que defende devidamente reconhecidos e efetivados. Vale dizer, os direitos fundamentais devem ser concretizados.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1974. Lisboa: Almedina, 2004.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 1, 2005.
- _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretención procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 2004.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Recebido em 16/04/2009 e aprovado em 10/09/2009.