

**BREVES REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE ACESSO À TUTELA
JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**
*BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE RIGHT OF ACCESS TO JUDICIAL PROTECTION
AS A FUNDAMENTAL RIGHT*

*Leonardo Beduschi**

Resumo: Neste artigo objetivou-se refletir sobre alguns aspectos relacionados com a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, especialmente no que tange às consequências decorrentes da caracterização do direito de acesso à justiça, ou direito à tutela jurisdicional, como um Direito Fundamental. Por primeiro, buscou-se delimitar conceitualmente os Direitos Fundamentais, que seriam, conforme o conceito operacional doutrinário adotado, aqueles direitos reconhecidos e positivados na ordem constitucional interna de determinado Estado aos seres humanos. Após, foi abordada a eficácia dos direitos fundamentais através do exame da norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, analisando-se ainda os aspectos materiais e formais do conceito de Direito Fundamental de modo a visualizar na norma do art. 5, inc. XXXV, da Constituição Federal, como um autêntico Direito Fundamental à tutela jurisdicional. Sob essa ótica, tratou-se sobre a efetividade e a tempestividade da resposta do Poder Judiciário como consectários lógicos dessa relação entre Direitos Fundamentais e acesso à justiça. Por fim, analisou-se rapidamente uma das facetas dessa correlação, que é o direito ao procedimento idôneo e alguns dos seus desdobramentos práticos. Na realização da pesquisa adotou-se o método dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Acesso à justiça. Acesso à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Eficácia dos Direitos Fundamentais.

Abstract: The objective of this article is to discuss some aspects related to fundamental rights in general and some of the consequences of the characterization of the right of access to justice, or right to judicial protection as a fundamental right. At first, we sought to define conceptually fundamental rights, which would, as the doctrinal operational concept here adopted, those rights are recognized and positivized the internal constitutional order of a State to humans. After, we wrote about the effectiveness of rights by examining the foundational rule contained in Art. 5, § 1 of the Federal Constitution, is also addressing the substantive and procedural aspects of the concept of fundamental rights in order to view the standard of art. 5, inc. XXXV of the Federal Constitution, a true fundamental right to judicial protection. Under this view, we explained about the effectiveness and timeliness of the response of the judiciary as logical consequences of the relationship between fundamental rights and access to justice. Finally, we briefly examined one facet of this correlation, which is the right to an adequate judicial procedure and some of its practical consequences. For this research we adopted the deductive method of research and technique of the bibliographic research.

Keywords: Fundamental rights. Access to justice. Access to timely and effective judicial protection. Fundamental rights efficiency

* Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor titular de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo na Universidade Regional de Blumenau (FURB). E-mail: leobeduschi@brturbo.com.br - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9152799464206831>

1 INTRODUÇÃO

Há um discurso baseado na força retórica das locuções “Direitos Fundamentais” e “Acesso à Justiça” que, longe de aclarar os limites conceituais e provocar desejadas e necessárias mudanças na forma como esses institutos são estudados, desvia o foco da discussão acerca da concretização desses direitos.

Considerando esse problema, este artigo tem por objetivo apresentar uma contribuição ao debate através da correlação entre as categorias Acesso à Tutela Jurisdicional e Direitos Fundamentais pois, como observa Gustavo Zagrebelsky, uma característica do constitucionalismo do nosso tempo consiste na fixação, mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material destinados a informar todo o ordenamento jurídico. Isso constitui uma mudança importante nas concepções de Estado de direito. Durante muito tempo tais princípios foram relegados ao limbo das proclamações meramente políticas, sem incidência jurídica prática .

A definição do tema partiu da realização de seminário na disciplina “Teoria dos Direitos Fundamentais” ministrada no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

O ponto de partida foi a tentativa de traçar um breve panorama dos conceitos operacionais doutrinários da categoria Direitos Fundamentais e sobre a eficácia desses direitos. Após, tentou-se relacionar o Direito de Acesso à Tutela Jurisdicional como um Direito Fundamental e dessa relação extrair relevantes consequências práticas, como a necessidade de conformação do procedimento à realidade social e ao caso concreto, bem como a preocupação com a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional.

Não pode ser esquecido, também, que no Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos interesses e Direitos Fundamentais, é reservado um papel de grande importância, pois à jurisdição, “enquanto mecanismo de afirmação dos valores e princípios constitucionais sociais” incumbe a tarefa de fomentar a mudança positiva dos comportamentos dos poderes públicos , o que serve para fundamentar a relevância da adequada compreensão do tema aqui exposto.

Para alcançar o resultado pretendido são utilizados o método indutivo e as técnicas do referente, das categorias e dos conceitos operacionais nas fases de investigação, de tratamento dos dados e na elaboração do relatório final.

2 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Em qualquer análise de um problema, jurídico ou não, as palavras camaleônicas são um risco para a clareza do pensamento e para a lucidez na expressão. Ou seja, se não há clareza acerca da estrutura dos Direitos Fundamentais e de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito¹.

Essa também é a essência da advertência feita por César Luiz Pasold, ao alertar para o fato de que a comunicação será tanto mais eficiente para os envolvidos quanto estas pessoas partilharem entre si os significados para as palavras e expressões que estão escrevendo ou falando, “vale dizer, sempre que estabelecem previamente um Acordo Semântico”².

Considerando essas advertências, o parâmetro teórico necessário à conceituação da categoria Direito Fundamental, para os fins deste trabalho, é a obra *Teoria de la Constitución*, de Carl Schmitt³, na qual tem-se a distinção entre os sentidos formal e material da Constituição, pois, conforme se verá adiante, a maioria dos conceitos formulados pela doutrina envolvem aspectos da abordagem desse autor. Para Carl Schmitt, deve ser feita a diferenciação entre Constituição (que revela o sentido ou critério material) e lei constitucional (sentido ou critério formal). A lei constitucional é aquela introduzida no ordenamento jurídico através de “um procedimento especial com condições mais difíceis”, que tem por objetivo proteger “a duração e a estabilidade das leis constitucionais” e aumentar “a sua força legal”⁴. Já a Constituição seria uma “decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si mesma e

¹ HOHFELD, Wesley, citado por ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. P. 45.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. P. 23.

³ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Version española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982. Título original: *Verfassungslehre*.

⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. P. 41.

se dá a si mesma”⁵.

Com base nessa importante distinção é possível afirmar que, do ponto de vista material, uma norma será constitucional quando o seu conteúdo definir as regras estruturais da sociedade e/ou de seus alicerces fundamentais; ou seja, o que define uma norma como constitucional ou não será o seu conteúdo (forma de governo e de Estado, posituação de Direitos Fundamentais⁶, etc) e não a sua forma. Por outro lado, o sentido formal define como constitucional qualquer norma que tenha seguido um processo legislativo mais dificultoso do que o procedimento para a elaboração de normas infraconstitucionais, pouco importando, para tanto, o seu conteúdo. Partindo dessas premissas, o sentido material permite conceber a existência de normas constitucionais levando-se em consideração apenas a envergadura do seu conteúdo, e não a sua presença expressa no texto constitucional. Já em relação ao aspecto formal, por exemplo, a norma contida no par. 2º do art. 242 da Constituição Federal⁷ é tão constitucional quanto o disposto no *caput* do seu art. 5º, que garante o princípio da isonomia.

Os elementos material e formal encontram-se presentes em vários conceitos formulados pela doutrina para a categoria aqui estudada. Canotilho, discorrendo sobre a fundamentalização dos Direitos Fundamentais, sustenta que esses direitos devem ser objeto de uma especial proteção num sentido formal e num sentido material. A fundamentalidade formal implica i) na colocação das normas instituidoras de Direitos Fundamentais no “grau superior da ordem jurídica”, ii) na dificuldade da sua revisão mediante procedimento legislativo, iii) na colocação dessas normas como “limites materiais da própria revisão” e iv) na vinculação imediata dos poderes públicos aos seus ditames, consistindo em “parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”. Já a fundamentalidade material determina que o conteúdo dos Direitos Fundamentais “é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”. Canotilho anota também que este último aspecto permitiria conceber a existência de Direitos Fundamentais não

⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. P. 46.

⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitucion**, p. 51.

⁷ “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

constitucionalizados, mediante aquilo que denominou “norma com *fattispecie* aberta”⁸.

A visão dos Direitos Fundamentais como normas jurídicas é encampada por George Marmelstein, que afirma que tais normas estão intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico⁹. O mencionado autor destaca, nesse conceito, dois aspectos materiais: a ideia de limitação do Poder e da proteção da dignidade humana; e dois aspectos formais: a institucionalização e a constitucionalização.

Para Robert Alexy, em conceito que se tornou um paradigma para as incursões doutrinárias posteriores nesse quadrante, os Direitos Fundamentais são “posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”¹⁰ Novamente, destacam-se os aspectos *material*, traduzido na importância de tais direitos, e *formal*, consubstanciado na rigidez dos trâmites do procedimento legislativo respectivo, do conceito.

O conceito de Alexy é, talvez, o mais disseminado e aceito pela doutrina, tanto que serviu de fundamento para a composição do conceito operacional que será adotado para os fins deste trabalho, que é da lavra de Ingo Wolfgang Sarlet e possui os seguintes contornos:

Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aquí considerada a abertura material do Catálogo)¹¹.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed., 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 379.

⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 446. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. ver. atual. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 77.

Nesse conceito, no qual igualmente estão presentes os elementos material e formal, destaca-se ainda outro aspecto importante da disciplina moderna dos Direitos Fundamentais que é o seu caráter estatal, ou seja, a sua inserção no direito constitucional positivo, e neste caso, no direito constitucional positivo brasileiro. Tal elemento é importante para traçar a relevante distinção conceitual entre “Direitos Fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos humanos”, conceitos que tem sido empregados, com alguma recorrência, como sinônimos.

Em perfunctória análise, os direitos do homem, que seriam considerados a pré-história dos Direitos Fundamentais¹², são aqueles direitos naturais inerentes a qualquer ser humano, independentemente de sua positivação ou não. Já os direitos humanos são aquelas posições jurídicas positivadas no âmbito do direito internacional, o que lhes conferiria um evidente caráter supranacional. Tais conceitos, portanto, são distintos daquele adotado para os Direitos Fundamentais que, repita-se, são disciplinados no âmbito constitucional interno de cada Estado.¹³

Tendo tais parâmetros em mente, após esse breve panorama conceitual dos Direitos Fundamentais, buscar-se-á demonstrar neste artigo que a norma prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), por enunciar um Direito Fundamental, deve ser obedecida e deve ter a sua eficácia assegurada por todas as esferas estatais. E dessa constatação extraem-se importantes consequências de ordem prática.

A exigência de se assegurar a plena eficácia dos Direitos Fundamentais é uma baliza fundamental para a interpretação e a aplicação das normas que estipulam tais direitos, pois o desrespeito a tal baliza faz com quem essas normas sejam reduzidas a belas palavras sobre Direitos Fundamentais, destino que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, p. 30.

¹³ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29-30, e MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, p. 25-28. Esse último autor destaca que os direitos do homem são elencados em “textos sagrados, obras literárias, discursos políticos, etc”, ao passo que os direitos humanos estão estipulados em “tratados internacionais, pactos e convenções”, e, por fim, os Direitos Fundamentais encontram-se na “Constituição, leis, tratados internalizados” (p. 28).

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O ART. 5º, §1º, DA CONSTITUIÇÃO

Nas palavras de José Afonso da Silva, a categoria “eficácia” pode ser tomada em dois sentidos: *eficácia social* e *eficácia jurídica*. Por eficácia social o aludido autor entende “uma efetiva conduta acorde com aquela prevista pela norma”, ou seja, ela se refere “ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao ‘fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos’. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma.” Já eficácia jurídica é qualidade que a norma jurídica possui de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, “as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.”¹⁴

Para diferenciar os dois sentidos da categoria em questão, José Afonso da Silva acrescenta que uma determinada norma pode ter eficácia jurídica sem apresentar eficácia social, ou seja, “pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar as normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”.¹⁵ Destaca-se ainda que, para José Afonso da Silva, os conceitos das categorias eficácia social e efetividade da norma se identificam.

Com base nessa diferenciação, serão empregados os seguintes conceitos operacionais para as categorias eficácia jurídica e efetividade: eficácia jurídica é a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (ou seja, juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos. Já o conceito de eficácia social (ou efetividade) engloba tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz) quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.¹⁶

A eficácia, assim, deve ser entendida não apenas em relação à adequação ao agir, “mas também em função da adesão à conduta esperada e à possibilidade de que as relações entre

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. ver. atual. e ampl.; 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65-66.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 66.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, p. 240.

as respectivas presunções (pretensão x prestação) sejam objetivamente realizáveis”.¹⁷

O estudo da eficácia social dos Direitos Fundamentais é de extrema importância e amplitude, e não pode ser olvidado em nenhum escrito que tenha a pretensão de incursionar no tema aqui abordado.

Contudo, neste item, o objeto central da análise no âmbito do direito positivo é o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que enuncia que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, traduzindo, assim, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de Direitos Fundamentais.

Sobre o objetivo da aludida norma, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que até mesmo os defensores mais ferrenhos de uma interpretação restritiva da norma “reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos Direitos Fundamentais”, impedindo que permaneçam letra morta no texto da Constituição¹⁸.

Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni pontua que “ao se afirmar que a norma relativa a um Direito Fundamental possui aplicabilidade imediata, deseja-se evidenciar a sua força normativa.” Ou seja, como a essa norma não se pode atribuir mera função retórica, “não há como supor que o Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente”¹⁹.

A importância de se reiterar a força normativa dos Direitos Fundamentais, mediante a inserção, no texto constitucional, da norma em comento, encontra paralelo no Projeto de Lei n. 166/2010 (novo Código de Processo Civil), que possui um trecho inicial inteiramente dedicado a revisar os princípios processuais que já se encontram explicitados na Constituição. Tal repetição, longe de ser uma inútil superafetação, possui um importante “significado simbólico”²⁰, o que também pode ser dito da norma legal em análise.

¹⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 57.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 264.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2008, p. 169.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p. 16.

Além desse significado simbólico, e talvez também por conta dele, deve-se considerar que não há como tomar a sério os Direitos Fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição, pois a norma em comento, que possui um caráter dirigente e vinculante, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais; em outras palavras, tal norma tem por objetivo tornar tais direitos diretamente aplicáveis pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário²¹.

Seguindo esse raciocínio, a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição é a que parte da premissa de que se trata de uma norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, “uma espécie de mandado de otimização (ou de maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos Direitos Fundamentais”²².

E é justamente sob esse aspecto que a norma definidora do Direito Fundamental à tutela jurisdicional (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) deve ser considerada, ou seja, como sendo um mandado de maximização do Direito Fundamental que veicula, do qual, sob o ângulo da eficácia, dependem todos os demais Direitos Fundamentais. Da mesma forma, a eficácia dessa norma deve conformar a atuação do juiz no momento em que interpreta a legislação processual, de modo que desta sejam extraídas as soluções práticas que, à luz do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, permitam a efetiva prestação de uma tutela jurisdicional adequada ao caso concreto.

Portanto, a norma do art. 5º, §1º, da Constituição Federal já seria suficiente para demonstrar a afirmação de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência de lei. De qualquer forma, mesmo que os princípios da força normativa da Constituição e da efetividade pareçam uma superafetação diante da “norma que afirma que o direito à tutela jurisdicional efetiva tem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da Constituição Federal)”, é importante mencioná-los, pois o Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, “embora se dirija contra o Estado, inclusive

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, p. 268.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional, p. 270.

contra o juiz, repercute sobre a esfera jurídica da parte, e assim pode ser pensado como um direito de eficácia vertical e, ao mesmo tempo, de eficácia lateral sobre os particulares.”²³

Ainda nessa seara, Paulo Bonavides, discorrendo sobre a necessidade de fazer eficazes os Direitos Fundamentais, afirma que “os Direitos Fundamentais, em rigor, não se interpretam: concretizam-se”²⁴, enunciado que se aplica com perfeição ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Como um desdobramento dessa exigência de se permitir e assegurar a eficácia dos Direitos Fundamentais, tem-se que estes devem também ser a base material de criação de normas jurídicas. Conforme leciona Osvaldo Ferreira de Melo, as normas jurídicas não podem ter “qualquer conteúdo”, já que este deve sempre estar em conformidade com “os valores inerentes aos princípios gerais do Direito, os quais, por sua vez, devem sintonizar-se com os direitos fundamentais do ser humano”.²⁵

4 O DIREITO DE ACESSO À TUTELA JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

As digressões feitas até o momento em relação aos aspectos materiais e formais do conceito de Direito Fundamental, bem como no tocante a sua eficácia e à necessidade da sua maximização, em que pese incompletas e perfunctórias, permitem vislumbrar na norma contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, um verdadeiro Direito Fundamental, que se identifica com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou acesso à justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, ou o Direito Fundamental à tutela jurisdicional.

Canotilho faz uma importante advertência quando obtempera que a constitucionalização tem como consequência a proteção dos Direitos Fundamentais através do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os Direitos Fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2008, p. 170.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 628

²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 57.

como *normas jurídicas vinculativas* e não como “trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”²⁶.

E nesse contexto, é possível vislumbrar no direito de acesso à ordem jurídica justa um Direito Fundamental, pois é através do exercício deste Direito Fundamental que todos os demais serão tutelados pelo Estado. O mesmo pode ser dito por outras palavras: a menos que contemos com o respeito e a obediência espontâneos às normas de Direitos Fundamentais, tanto pelos poderes públicos quanto pelos particulares, a eficácia assim como a efetividade dessas normas dependerá da tutela jurisdicional que é prestada pelo Poder Judiciário, e que encontra lastro legal no já referido art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Escorando e ilustrando esse entendimento, George Marmelstein afirma que os Direitos Fundamentais nutrem uma “declarada paixão pelo Poder Judiciário”²⁷, hipérbole que evidencia a importância da tutela jurisdicional para a concretização desses direitos. E o aludido autor arremata expondo que “a Constituição de 88 acreditou no Poder Judiciário como instância última de proteção aos Direitos Fundamentais”²⁸.

Ao lado desse aspecto prático (que atua, por assim dizer, no âmbito da eficácia e da efetividade dos Direitos Fundamentais), com base nas premissas teóricas anteriormente fixadas, é possível afirmar que o direito à tutela jurisdicional é um Direito Fundamental que atrai todos os elementos do conceito operacional adotado neste trabalho.

Com efeito, rememorando a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que os Direitos Fundamentais são i) posições jurídicas concernentes às pessoas que foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), ii) “integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal)”²⁹. Destaca-se, portanto, que o direito de acesso à tutela jurisdicional é um Direito Fundamental tanto em seu aspecto material (“conteúdo e importância”) quanto em seu

²⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed., 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 378.

²⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, p. 176.

²⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, p. 177.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 77.

aspecto formal (pois se encontra resguardado do legislador ordinário diante da previsão expressa no art. 5º. Inc. XXXV, do texto constitucional).

Finalmente, nesse tópico, deve ser destacado que o conceito de tutela jurisdicional somente pode ser compreendido dentro de um contexto mais lato, que é o da tutela dos direitos. Essa contextualização é alinhavada por Luiz Guilherme Marinoni, nos seguintes termos:

As normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos Direitos Fundamentais – normas que protegem o consumidor e o meio ambiente, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é construída pela própria norma de direito material. A atividade administrativa – nessa mesma linha – também pode contribuir para a prestação de tutela aos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. Ou melhor, a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos.³⁰

Portanto, em síntese, é possível afirmar que a tutela jurisdicional é uma espécie do gênero tutela dos direitos, e consiste na proteção, no amparo que o Poder Judiciário presta a todos aqueles que tem um direito ameaçado ou violado e nele se socorrem.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E TEMPESTIVA

Em essência, os conceitos de “acesso à Justiça” e “acesso à tutela jurisdicional” são equivalentes, e como tal serão abordados nesse trabalho.

Na conhecida lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, definir “acesso à Justiça” é reconhecidamente uma tarefa difícil, mas tem por objetivo determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”³¹. E esse resultado socialmente justo (traduzido na já referida locução efetividade, ou eficácia social)

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 113.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Título original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report, p. 8.

somente faz sentido se for obtido num espaço de tempo reduzido. Em expressão conhecida, afirma-se que o Direito Fundamental à tutela jurisdicional implica também na obtenção dessa tutela sem dilações temporais indevidas.

O que se pretende refutar é a infelizmente disseminada noção de que o acesso à justiça se resume ao direito de formular um pedido perante o Poder Judiciário. Essa redução é perigosa e quase leviana, pois não se pode admitir, logo numa primeira análise, que a exigência de eficácia e concretização do Direito Fundamental de acesso à tutela jurisdicional sejam satisfeitas por meio do singelo ingresso de uma "ação". É necessário muito mais do que isso. Daí a importância da efetividade e da tempestividade da prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. “O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância”.³²

Frise-se que a melhor doutrina italiana tem insistido para a necessidade de pensar o processo na perspectiva da tutela dos direitos. Vittorio Denti - talvez o mais profundo e original processualista italiano das últimas décadas -, ao estudar o processo à luz das novas necessidades de direito substancial, lembrou que a propensão de repensar a função jurisdicional em termos de "tutela dos direitos", deixando de lado a sua análise em uma moldura exclusivamente procedimental, certamente poderia contribuir para a compreensão das novas tutelas que emergem com o desenvolvimento da sociedade³³.

Em relação à efetividade, destacam-se naturalmente as técnicas processuais (os meios de execução, as sentenças, o procedimento, as técnicas de cognição, etc) como mecanismos para a obtenção da tutela jurisdicional. Para Luiz Guilherme Marinoni, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba a técnica processual adequada (norma processual), a instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional.³⁴

E arremata, destacando um elemento fundamental do seu pensamento, que é a distinção entre o Direito Fundamental à tutela jurisdicional e aquele direito objeto dessa tutela:

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 115.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 115-116.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 145.

[...] o Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos Direitos Fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal Direito Fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos Direitos Fundamentais, mas técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos Direitos Fundamentais, mas uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos Direitos Fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais).

Como se vê, embora a resposta do juiz sempre atenda ao Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro Direito Fundamental, ocasião em que, na realidade, existe o Direito Fundamental à tutela jurisdicional ao lado do Direito Fundamental posto à decisão do juiz. Quando esse outro Direito Fundamental requer prestação de proteção, não há dúvida que a decisão configura evidente prestação jurisdicional de proteção. E no caso em que a decisão não trata de Direito Fundamental? Frise-se que, embora o juiz nesse caso, não decida sobre Direito Fundamental, ele obviamente responde ao Direito Fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nessa hipótese, como a prestação do juiz não decide sobre Direito Fundamental, ela deverá ser considerada diante do próprio Direito Fundamental à tutela jurisdicional.³⁵

Tocante à dimensão temporal do tema em análise, Gomes Canotilho elenca, sob a epígrafe “dimensões jurídico-constitucionais do direito ao processo equitativo”, aquilo que podemos considerar como quatro elementos essenciais à concretização do direito à tutela jurisdicional, que são i) “direito a uma decisão fundada no direito”, ii) direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados”, iii) “proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada” e iv) “direito à execução das decisões dos tribunais”.³⁶

Para o mesmo autor, a locução proteção jurídica temporalmente adequada possui os seguintes contornos:

[...] ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* (“adequação temporal”, “justiça temporalmente adequada”), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – “*a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça*”. Note-se que a exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente “justiça acelerada”. A “aceleração” da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 146.

³⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**, p. 498-500.

(prazos de recursos, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.³⁷

Portanto, tem-se que a fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional demanda a conjugação de ambos os elementos aqui apresentados, de modo que a decisão judicial que carecer de efetividade ou de tempestividade não permitirá a plena realização do Direito Fundamental à tutela jurisdicional.

6 O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCEDIMENTO IDÔNEO

Caracterizar o direito à tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, como um Direito Fundamental, possui diversas e importantes implicações teóricas e práticas, especialmente no âmbito do direito processual, que é a disciplina da Ciência Jurídica da qual o acesso à justiça é um dos objetos. Por exemplo, em relação ao direito de ação, não há mais como aceitar as teorias clássicas, inclusive a teoria de Liebman, que influenciou fortemente a processualística brasileira, já que a ação não pode mais se limitar ao julgamento do mérito. O direito de ação, além de exigir o julgamento do mérito, demanda uma modalidade de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir a efetividade da tutela jurisdicional através do manejo de modalidades executivas adequadas, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio da atuação do juiz, que não pode mais ignorar a estrutura do procedimento e a conformação deste, a partir de cláusulas processuais abertas, para a efetiva proteção do direito material.³⁸ Tais cláusulas processuais (previstas, *e.g.*, no art. 461 do Código de Processo Civil) merecem um estudo aprofundado no momento oportuno, e estão relacionadas ao dever que recai sobre o juiz de conformar o procedimento à natureza da lide veiculada no processo.

O fato é que o direito de ação passou a enfrentar um novo questionamento não apenas porque se percebeu que “o exercício da ação poderia ser comprometido por obstáculos sociais e econômicos, mas também porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade”, que é uma marca das Constituições modernas, apenas

³⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**, p. 499.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006, p. 218.

poderiam ser caracterizados se garantido um acesso à justiça real, efetivo, e não ilusório³⁹.

Nessa linha, o direito de ação passou a ser pensado sob o *slogan* de “direito de acesso à justiça”, perdendo a característica de instituto indiferente a realidade social. É possível dizer, até mesmo, que a questão do acesso à justiça, foi o tema-ponte que fez a ligação do processo civil – antes compreendido exclusivamente na sua dimensão técnica – com a “justiça social”.

Na verdade, a realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e desta forma a igualdade, é imprescindível que o exercício da ação não seja obstaculizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo que não os ter.⁴⁰

Entretanto, o que se pretende destacar nesse trabalho é, talvez, a faceta mais visível do Direito Fundamental à tutela jurisdicional, que é o direito ao procedimento idôneo ao direito material e à realidade social. Para Luiz Guilherme Marinoni, esse direito desdobra-se em i) técnica processual e procedimento adequado, ii) direito à técnica antecipatória, iii) direito ao provimento adequado e iv) direito ao meio executivo adequado.⁴¹

Uma vez que o procedimento, para realmente permitir à jurisdição cumprir o seu dever, deve ser adequado à tutela do direito e ao caso concreto, não há como deixar de relacioná-lo com as técnicas processuais, “pois não basta que o procedimento permita a participação efetiva das partes, sendo necessário que as regras processuais outorguem ao juiz e as partes os instrumentos e as oportunidades capazes de lhes permitir a tutela do direito material e do caso concreto.”⁴²

Em síntese conclusiva deste breve percurso, destaca-se que o motivo de se reforçar a conexão entre a técnica processual (da qual o procedimento é um exemplo) e as tutelas dos direitos é consolidar o entendimento de que o processo não pode ser pensado de forma isolada ou neutra, pois só possui sentido quando puder atender às tutelas prometidas pelo direito material, para o que é imprescindível compreender a técnica processual (ou o processo) a partir

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p. 184-185.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p. 185.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, p. 149-169.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p. 419-420.

dos Direitos Fundamentais e da realidade do caso concreto. De modo que, ao contrário das doutrinas e dos sistemas desprovidos de paixão pelo homem e pela vida, e que procuram encontrar sustentação em conceitos abstratos que tanto são melhores quanto mais “limpos e transparentes”- isto é, neutros -, a relação entre técnica processual e tutela dos direitos, da forma como posta por Luiz Guilherme Marinoni, não tem outra preocupação a não ser evidenciar a falácia da teoria processual clássica, que ignorava a própria razão de ser da jurisdição, da ação, da defesa e do processo. “Ou melhor, ao se juntar a técnica processual com a tutela dos direitos se dá vida ao processo”.⁴³

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode admitir que os Direitos Fundamentais sejam reduzidos a proclamações meramente políticas, ou, em outras palavras, que sejam destituídos de eficácia e incidência prática. E é exatamente para reforçar estes novos delineamentos do constitucionalismo democrático, expressamente contemplados na Constituição Federal de 1988, e seus desdobramentos, que se afigura importante a adequada compreensão do direito à tutela jurisdicional como um Direito Fundamental.

Não se trata, por certo, de uma visão meramente cosmética, baseada na retórica poderosa do discurso dos Direitos Fundamentais. Na verdade, os grandes problemas que cercam os Direitos Fundamentais são justamente o excesso de discurso aliado à carência de concretização.

Portanto, nesse contexto, é importante ver na norma contida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, um direito formal e materialmente fundamental, que, por possuir eficácia imediata, precisa ser concretizado em cada demanda apreciada pelo Poder Judiciário, sob pena de violação da norma em questão e redução do seu texto ao já referido, conhecido e inócuo discurso.

E para o desiderato de obter a afirmação e a realização dos Direitos Fundamentais é importante que o juiz esteja ciente do seu dever constitucional de adequar o procedimento ao

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p. 419-420, nota de rodapé n. 63.

caso concreto e à realidade social nele estampada, através do emprego da técnica processual que possibilite uma efetiva tutela dos direitos.

Do contrário, não se estará respeitando o Direito Fundamental de acesso à tutela jurisdicional, que deve ter sua efetividade assegurada em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. Título original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed., 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; SALLES, Alice Francisco da Cruz. **Considerações sobre os Direitos Fundamentais sociais prestacionais e a sua concretização pelo poder judiciário**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791, p. 1112.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. ver. atual. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Version española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982. Título original: Verfassungslehre.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. ver. atual. e ampl.; 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. Título original: Il diritto mitte. Legge diritti giustizia.

