

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 129

janeiro/março – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

# Direito à tutela jurisdicional

GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Conceito. 3. Direito constitucional à jurisdição. 4. Conclusão.*

### 1. INTRODUÇÃO

O direito à tutela jurisdicional guardou, no passado, estreita consonância com a política governante no país. Espelhava a “cara” da nação. Em regime democrático, era valorizado, mas no ditatorial tudo era feito para tolher o acesso da população ao Judiciário, às vezes ao que unicamente podia se recorrer para evitar o grande volume de atos atentatórios ao direito já garantido.

Desta forma, de grande valia para a implementação de um Estado democrático de direito é possibilitar-se à população o acesso à justiça, através do juiz natural constitucionalmente garantido, seja para fazer valer o direito do cidadão frente a um outro particular, seja para controlar e até mesmo anular os atos do Estado, praticados contra a legalidade.

Mas também de nada adianta garantir o direito à tutela jurisdicional sem que o próprio sistema seja modificado, tornando-se mais efetivo. Mister se faz, por outro lado, conscientizar os jurisdicionados sobre seus direitos e aumentar o número de advogados para os necessitados.

### 2. CONCEITO

Para se chegar a um conceito de direito à tutela jurisdicional, deve-se, primeiramente, vislumbrar a jurisdição, não com uma visão

Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves é ex-Professor substituto de Direito Processual Civil da UFMG, Mestrando em Direito pela UFMG e Assessor de Ministro (STJ).

antiquada, sincretista<sup>1</sup>, mas como

“uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo substancial válida para o caso concreto – seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito dita.”<sup>2</sup>.

A jurisdição, como função estatal, tem como objetivo, repita-se, a atuação da vontade do direito objetivo, buscada através da técnica, sendo indevido sustentar que, além do escopo jurídico, a jurisdição está dotada de finalidades sociais e políticas<sup>3</sup>. Os aspectos metajurídicos do processo (em consequência, da jurisdição) estão sintonizados na lei material, mas não na lei instrumental.

Destarte, o direito à jurisdição pode ser conceituado como o direito constitucional de o cidadão acionar o Estado, que, através do Poder Judiciário, será chamado a compor uma situação social de conflito, aplicando-se o direito objetivo.

### 3. DIREITO CONSTITUCIONAL À JURISDIÇÃO

A Carta de 5 de outubro de 1988 consagrou, no inciso XXXV do artigo 5º, que a *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Não se trata de novidade em sede constitucional, eis que já fazia parte dos Textos Constitucionais de 1946 e 1967, contudo com redação e alcances diferentes. A distinção entre estes e o atual reside na ausência, lá, da expressão *ou ameaça*, bem como de ter sido retirada da redação atual a qualificação direito *individual*.

A uma comparação apressada das Cartas

<sup>1</sup> Não se pode deixar de citar a posição de MANDRIOLI, que ainda acredita que a atividade jurisdicional vise à tutela de direitos, “come attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali” (*apud* YARSHELL, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, 1993, p. 16).

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 1987, p. 55.

<sup>3</sup> Reside neste ponto a grande controvérsia entre os ilustres Professores Titulares de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, DINAMARCO (Cf. *A Instrumentalidade do Processo*) e da Universidade Federal de Minas Gerais, GONÇALVES (Cf. *Técnica Processual e Teoria do Processo*). Para o primeiro, a jurisdição tem escopos jurídicos, sociais, políticos e éticos, enquanto para o segundo, a finalidade é única, jurídica.

Magnas em discussão extrai-se que diferença não há. Todavia, não é bem desta forma. Duas novidades podem ser vistas<sup>4</sup>. A primeira é que não se fala em direito individual, mas somente em direito. Em verdade, o Brasil achava-se atrasado frente aos países do continente europeu, pois enquanto eles se preocupavam, com o correr dos tempos, com os direitos coletivos, aqui tendia-se a tutelar somente direitos individuais. Mas agora, com a nova redação, visualiza-se a proteção de direitos amplos, inerentes aos cidadãos como grupo, advindo, assim, o nascedouro de disposição constitucional sobre os interesses coletivos, difusos e homogêneos. Permite-se, destarte, o controle de legalidade dos atos da Administração, impedindo-a de praticar atos ilegais que firam direitos coletivos.

A segunda novidade trazida com a remodelação do princípio de acesso à justiça está em que se generalizam os chamados juízos preventivos ao mencionar a ameaça a direito. Tal garantia preventiva destina-se a evitar a violação de um direito, como, v.g., o interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo. Vê-se, assim, que era destinada à legislação infraconstitucional colacionar os casos de juízo preventivo, não contemplando o ordenamento jurídico brasileiro, até então, um juízo preventivo geral.

Informa Celso Barbi que os juristas, há muito, já pugnavam por esta generalização do juízo preventivo, tendo até sido aprovada declaração neste sentido, à unanimidade, pelo Congresso Internacional de Direito Comparado realizado em Bruxelas, em 1958, *verbis*:

“É desejável que em todos os países exista a possibilidade de se dirigir aos tribunais, não apenas em caso de violação consumada de um direito ou interesse jurídico, mas também, com as garantias convenientes, quando se tratar de prevenir tal violação, em caso de ameaça objetiva e atual.”<sup>5</sup>

Não poderia deixar de mencionar ainda o excelente artigo do eminente processualista fluminense, José Carlos Barbosa Moreira, intitulado “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, na obra *Temas de Direito Processual – 2ª série* (São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21), que praticamente esgota a matéria posta em mesa.

<sup>4</sup> BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte: 1991. v. 33, p. 89.

<sup>5</sup> BARBI, *op. cit.*, 1991, p. 89.

O direito à justiça, ou mais precisamente, direito à tutela jurisdicional é e sempre foi preocupação de todos os Estados, como corolário de sua democracia. E tanto é que está definido no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como se segue:

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal.”

Assim também o artigo 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais assinada em Roma, em data de 4 de novembro de 1950, reza:

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

Da mesma forma o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14, 1, prescreve:

“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.”

No mesmo diapasão também o artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, escrita em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem ci-

vil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”<sup>6</sup>

Os doutrinadores admitem como o marco do reconhecimento estatal do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça (pelo menos quando as partes já estejam litigando em juízo) o Código Austríaco de 1895, o qual conferiu ao juiz um papel ativo para equalizar as partes<sup>7</sup>.

Nos Estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o direito de acesso à justiça correspondia a um direito natural, preexistente ao Estado, e refletia a ideologia da época, lastreada na preocupação com direitos individuais. Sendo direito natural, o Estado permanecia passivo, sem nada resolver, transformando o direito à justiça em um direito meramente formal à ação e à defesa, ainda mais levando-se em conta que a justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire* não estava ao alcance do cidadão, pelos seus altos custos. Tratava-se, desta forma, de acesso meramente formal à justiça, e não efetivo, como pretendiam os cidadãos.

Itália e Alemanha, nações onde mais se estudou direito processual neste século, inseriram em seus Textos Fundamentais a garantia em tela, senão veja-se. A Constituição italiana de 1947 defende abertamente o direito à tutela, em seu artigo 24, quando preconiza que:

“Todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos.”

Na Carta da Alemanha de 1949, denominada Constituição de Bonn, a garantia está locada em seu artigo 103<sup>8</sup>, que prevê:

“Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais...”

Tiveram o cuidado de inserir nas suas leis fundamentais a garantia nominada também Espanha e Portugal. O artigo 24 da Constituição espanhola de 1978 diz que:

“Todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva dos seus direitos

<sup>6</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 11-12.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Constituição de Diversos Países*. 1979. v. II, p. 379.

e interesses legítimos pelos juízes e tribunais, não podendo em nenhum caso ser denegada justiça.”

Já a Lei portuguesa de 1976, com a alteração introduzida pela Primeira Lei de Revisão de 1982, dispõe no artigo 20, 2, que:

“A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.”<sup>9</sup>

Ainda recentemente é preocupante a situação do Estado perante o direito garantido de acesso à justiça, pois aquele se mantém igualmente indiferente às realidades do sistema judiciário, em geral.

Devem-se afastar problemas de somenos importância visando a possibilitar o efetivo acesso à Justiça. Primeiramente, mister se faz conscientizar a população que uma gama de direitos e garantias lhe é oferecida, indicando a fonte e explanando acerca de tais direitos. Isso se diz porque de nada adianta a compilação de garantias sem que os jurisdicionados saibam de sua existência.

Em segundo plano, visualizando aqui somente o aspecto político da questão, abstraído de questões puramente processuais, pugna-se por uma justiça menos onerosa, com real acessibilidade aos desafortunados que dela necessitam. Com efeito, a Justiça é bastante cara. Nisto, a novel Constituição brasileira deu altos saltos; garantiu o direito de certidão aos órgãos públicos independentemente do pagamento de taxas, garantiu assistência judiciária gratuita aos necessitados e traçou as regras básicas para se organizar a Defensoria Pública da União, efetivamente implementada, órgão incumbido de prestar assistência jurídica aos que não têm condições de arcar com honorários de advogado, juntamente com a dos Estados, já há muito organizada.

Assevera-se que há, atualmente, uma forte tendência de todos os processualistas de facilitar em grande monta o acesso à tutela jurisdicional, bem como de utilizar o processo como um instrumento para realização da justiça.

<sup>9</sup> THEODORO JR., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: 1990, v. 310, abr./mai/jun., p. 19.

Com relação ao primeiro tópico, a abertura da justiça a todos, indiscriminadamente e sem controle, deve ser vista com restrições, pois, a tal pretexto, vários institutos de processo constitucional podem se desmorar. O maior risco é que sejam abandonados, por exemplo, o princípio do julgador imparcial, da reserva legal e do contraditório, eis que seria o direito ao acesso à justiça um supraprincípio, onipotente regra.

Theodoro Jr. lembra Enrique Vescovi<sup>10</sup>, autor uruguaio que revela sua apreensão com o princípio da celeridade inserido no novo Código Geral de Processo daquela República de 1988, *verbis*:

“Sin embargo, en la búsqueda de una Justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un límite en la supresión o disminución de trámites (recursos, incidentales) constituido por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio...”

Na Itália, através da Lei de nº 353, de 26.11.90, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992, profundas alterações foram introduzidas no processo civil, com vistas a imprimir maior celeridade procedimental, diminuindo a duração entre o início do processo e a satisfação do direito lesado. Trata-se de uma lei primorosa, amplamente discutida entre os juristas peninsulares desde a apresentação do projeto ao Senado, em agosto de 1988, pelo Ministro da Justiça Giuliano Vassalli. Procura-se possibilitar o acesso à justiça, satisfazendo melhor o interesse dos jurisdicionados, fazendo-se uma reestruturação do sistema até então deficiente.

No final de 1991, a imprensa escrita e falada noticiou que nos Estados Unidos da América, federação que se prima pela democracia, o setor estatal competente estava atento ao crescimento de demandas, criando a tão criticada, à época, “indústria do litúgio”, o que fazia a população americana desacreditar na sua justiça. Grande parcela de culpa foi atribuída aos advogados, que ficavam sempre esperando uma situação de desrespeito a direitos para que aproveitassem dela visando a ganhar dinheiro fácil. Criticou-se não o desrespeito a direitos, mas a não-profissionalidade dos causídicos que buscavam desgraça alheia para se promoverem.

<sup>10</sup> THEODORO JR., Humberto. A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios da efetiva e adequada tutela jurisdicional, *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte, n. 94, mar./abr., 1992, p.11.

Questiona-se também se o processo pode ou não ser realizado como instrumento de justiça. A discussão é infundável e não comporta ser examinada neste sintético trabalho. A *vexata quaestio* está em se admitir escopos sociais e políticos além de jurídicos ao processo<sup>11</sup>.

Aroldo Plínio Gonçalves adverte que, quando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça ou justiça social, provocam fascínio tal que é difícil barrá-los, notadamente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da forma<sup>12</sup>.

Não obstante o fascínio acima mencionado, o processo é melhor tratado como técnica, fazendo presente a sua instrumentalidade, mas instrumentalidade tal que se realize com escopos apenas jurídicos, como já enfatizado, através de procedimentos mais céleres e eficientes, com participação das partes, em contraditório, na formação do provimento.

Uma confusão entre direito de petição e direito à tutela jurisdicional não pode ser feita, pois o primeiro consiste na faculdade de uma ou de um grupo de pessoas apresentar reclamação aos órgãos públicos em defesa de seus direitos. Tucci & Tucci lecionam que, a despeito de possivelmente terem uma origem comum, não se pode “asimilar el deber de impartir justicia que corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales, com el deber de informar, remover obstáculos administrativos, atender reclamaciones en vía de gestión, oír proposiciones o sugerencias, recibir quejas, que caracteriza la acutación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición” (Cf. NOSETE, José Almagro. *Protección procesal de los derechos humanos en España*. RDPria 1973 (4):24)<sup>13</sup>.

O direito ao acesso à justiça, então, tem sido progressivamente reconhecido como sendo de vital importância numa sociedade democrática, pois através dele tem-se modos de controle de abusos e ilegalidades praticados pelo Estado. Não basta somente sua capitulação nos textos-base, pois perdem sentido os direitos se desprovida fica a população de meios para reivindicá-los.

<sup>11</sup> Ver nota de rodapé de n. 3.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. O Processo como Técnica. *Revista do TRT 9ª Região*. Curitiba, v. 16, n. 2. p. 35, jul./dez. 1991

<sup>13</sup> TUCCI & TUCCI, *op. cit.*, p.11.

Mas, neste diapasão, a Lei Magna brasileira de 1988 inovou, graças ao legislador constituinte, eis que armou os jurisdicionados de meios para efetivação dos seus direitos, visando ao tão pedido acesso à justiça.

Pode, portanto, o acesso à justiça ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e equânime que pretenda garantir efetivamente e não apenas proclamar os direitos de todos<sup>14</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

O direito à jurisdição sempre foi preocupação de todos, pois reflete a ideologia do Estado em determinada época; com a ditadura ele é banido ou restringido no ordenamento jurídico; já com a democracia ele é plenamente assegurado.

Enquanto no Brasil, tendo em vistas os vários anos de ditadura (civil e militar), o direito à tutela jurisdicional somente ganhou foro de constitucional na Carta de 1946 (depois tolhido no governo militar), no estrangeiro ele já era realidade no século passado, seja nas Constituições dos Estados, seja nas declarações de direitos humanos, nas quais aparecia o direito à jurisdição como um direito fundamental do homem.

Bem andou o constituinte de 1988 em fazer constar que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário a ameaça a direito e ainda fortalecer o direito coletivo ao invés do direito individual como era costume.

Não basta a outorga do direito à jurisdição sem que a imensa população seja conscientizada da existência deste e de outros tantos direitos e sem que sejam implementados meios para se chegar a uma função jurisdicional.

Afigura-se, destarte, o direito à tutela jurisdicional como um dever-poder do Estado, criando para a entidade política soberana uma obrigação irrecusável para com o jurisdicionado, que passa a ser o centro de tudo, como é o próprio princípio democrático, norteador das atuações da pessoa política.

#### Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e

<sup>14</sup> CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, p.12.

- Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, v. 23-25, n. 23-25, p. 59-103, 1980-1982.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral das Constituições Escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 60-61, p. 25-98, jan./jul. 1985.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.
- BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, v. 33, p. 87-106, 1991.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O Direito à Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. 84p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 310p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168p.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 417p.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 350p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 341p.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. 711p.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 219p.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. O Processo como Técnica. *Revista do TRT 9ª Região*. Curitiba, v. 16, n. 2, p. 27-41, jul./dez. 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 451p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 320p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As Nulidades do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 261p.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 861p.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições Políticas de Diversos Países*. Brasília: Imprensa Nacional, 1975.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. 255p.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coord. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. 391p.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coord. *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. 326p.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. 198p.
- THEODORO JR., Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987. 285p.
- THEODORO JR., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 310, abr./mai/jun. 1990.
- THEODORO JR., Humberto. A garantia do devido processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional. *Revista Jurídica Mineira*. Belo Horizonte, n. 94, mar./abr. 1992.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. 281p.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 288p.