



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Busca pela Tutela Jurisdicional Efetiva

Luísa Santiago Firmo

Rio de Janeiro
2014

LUÍSA SANTIAGO FIRMO

A Busca pela Tutela Jurisdicional Efetiva

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Arthur Gomes

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

A Busca pela Tutela Jurisdicional Efetiva

Luísa Santiago Firmo

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: A busca pela tutela efetiva dos direitos é matéria constante nos estudos dos processualistas. Com a modernização Estado cada vez mais se torna árdua a tarefa acompanhar os anseios sociais e dar uma resposta de qualidade. É preciso fazer uma reflexão histórica das técnicas processuais já criadas pelo legislador para o exercício da jurisdição para que seja possível pensar em futuros mecanismos que garantam a efetividade da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Processo Civil. Jurisdição. Princípios. Tutela Jurisdicional Efetiva. Acesso à justiça.

Sumário: Introdução. 1. Origem da jurisdição. 2. Tutela jurisdicional. 2.1. Evolução da tutela jurisdicional no ordenamento jurídico. 2.2. Princípios aplicáveis à tutela jurisdicional. 3. Tutela jurisdicional efetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta uma análise histórica sobre o surgimento da função jurisdicional do Estado em substituição à autotutela que antes era utilizada como meio de solução de conflitos através do critério da força.

A partir do exercício da função jurisdicional, a atenção se voltou às possíveis espécies de tutelas jurisdicionais que pudessem resguardar os direitos dos jurisdicionados. Assim, o legislador previu a tutela cautelar e, posteriormente, criou norma genérica que permitiu a concessão de tutelas antecipadas.

Contudo, ainda assim foi necessário ampliar o acesso à justiça por meio de medidas como a assistência judiciária e a proteção de direitos coletivos.

Para tanto, o primeiro capítulo será destinado a avaliar a evolução legislativa referente ao exercício da função jurisdicional do Estado.

No segundo capítulo serão apresentadas as técnicas processuais já criadas pelo legislador para aprimorar a tutela jurisdicional e os princípios aplicáveis.

O terceiro capítulo será destinado a apontar os contornos que a tutela efetiva tomou no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os campos que devem atuar para desenvolver ainda mais a incidência.

Ao final, será apresentada a conclusão deste trabalho, com o reconhecimento da evolução do instituto da tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, a necessidade de aprimorar as técnicas processuais para alcançar a efetividade.

1. ORIGEM DA JURISDIÇÃO.

Antes da organização do Estado, o método mais primitivo de solução de conflitos era a autotutela, exercida entre os homens na disputa de meios necessários à sua sobrevivência, vencendo aquele que era mais forte. O período foi marcado pela ausência de um julgador distinto das partes e a imposição da decisão de uma parte em detrimento da outra por meio da força.

A instituição do Estado, no entanto, limitou-se a definir os direitos, o que fez com que os titulares dos direitos reconhecidos tivessem que agir para defendê-los, fazendo justiça com as próprias mãos.

Contudo, com a evolução da sociedade e a organização do Estado, verificou-se que a justiça privada era incapaz de gerar a paz social desejada por todos, sendo substituída pela justiça pública.

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direitos, se a parte recalcitrante recusa-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei¹.

Assim, a solução de conflitos, que começou com o arbítrio dos particulares envolvidos em um litígio, passou a ser acompanhada e executada pelo Estado, quando provocado, na maior parte dos casos. Somente em situações excepcionais, o legislador permitiu o exercício da autotutela ao reconhecer que o Estado não consegue estar presente em todos os conflitos, como ocorre na legítima defesa e no desforço imediato no esbulho possessório.

Os Estados perceberam o avanço na prestação da justiça e, no decorrer da história, desenvolveram garantias processuais que a tornassem cada vez mais efetiva, como o contraditório e ampla defesa, a imparcialidade do juiz e a lealdade processual. Sobre esta evolução afirma Ada Pellegrini Grinover²,

É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.

Nasce, portanto, ao lado das funções legislativa e administrativa, a função jurisdição, que é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de um caso concreto.

1 THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I, 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

2 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22.ed., Malheiros Editores, 2006, p. 29.

A palavra jurisdição vem do latim *iuris dictio*, dizer o direito. A função jurisdicional é exercida pelo Estado em substituição à atividade das partes, ou seja, o Estado exerce a função como forma de substituir a autotutela. Ao exercer a jurisdição, portanto, o Estado está exercendo atividade que originalmente não lhe cabia, uma vez que a regra era a autotutela, com cada titular de interesse realizando as atividades necessárias à proteção do mesmo³.

A função jurisdicional possui, essencialmente, três características: inércia, substitutividade e natureza declaratória.

A inércia significa que o Estado só atua se for provocado, ou seja, o juiz só prestará a tutela jurisdicional quando o interessado a requerer, seguindo o processo por impulso oficial. Ademais, o provimento jurisdicional deve ser guiado pela pretensão do autor, não podendo conceder menos, mais ou algo diverso do que foi pedido, pois são nulas as sentenças *citra*, *ultra* e *extra petita*.

A substitutividade é a ideia de que o juiz, ao decidir, substitui a vontade das partes pela vontade do direito. Como visto, originalmente os particulares exerciam a autotutela para a defesa de seus interesses. Com a evolução da sociedade, o Estado passou a prestar jurisdição, substituindo a atividade das partes e realizado no caso concreto a vontade do direito.

Por fim, a jurisdição tem natureza declaratória, pois não cria direitos subjetivos, mas somente declara direitos preexistentes, quando provocada para isso.

Embora se reconheça o avanço da jurisdição como forma de solução de conflitos, é necessário observar que, para que haja qualidade na sua prestação, não pode se transformar

³ CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1, 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 73.

em regra geral. Assim, deve ser provocada quando restarem frustradas as tratativas entre as partes, conforme ensina Luiz Fux⁴,

Malgrado se revele um substitutivo das condutas barbáricas de outrora, o acesso à jurisdição deve ser excepcional, haja vista que, numa sociedade harmônica, o ideal, mercê do cumprimento espontâneo do direito, é a própria auto composição, que otimiza sobremodo o relacionamento social. Esta é, sem dúvida, a razão pela qual os diplomas processuais modernos inserem a fase de conciliação como obrigatória nos processos judiciais, preocupação que levou o legislador constitucional brasileiro a contemplá-la na Carta Maior.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico deve incentivar e fornecer meios para que os conflitos possam ser solucionados por meio de um ajuste de vontades entre as partes, evitando-se, assim, que todos os litígios sejam resolvidos pelo Poder Judiciário.

2. TUTELA JURISDICIONAL

É importante destacar, de início, a distinção feita por Alexandre Câmara⁵ entre os conceitos de jurisdição e de tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional é a forma pela qual o Estado assegura proteção ao titular de um direito subjetivo. Assim, terá direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão de um determinado processo. O Estado só presta verdadeira tutela jurisdicional quando esta é adequada a proteger o direito material lesado ou ameaçado de lesão. A todo direito deve corresponder uma tutela jurisdicional capaz de assegurá-lo.

Como visto, a jurisdição é uma função do Estado, e, havendo provocação, todos terão direito a que a mesma seja prestada. Embora todos tenham direito à jurisdição, nem todos têm

⁴ Disponível em: <file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa%20Firmo/Downloads/228-846-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/12/2014.

⁵ CÂMARA, op. cit., p. 86.

direito à tutela jurisdicional. Isso porque só tem direito à tutela jurisdicional aquele que seja titular de uma posição jurídica de vantagem.

2.1. EVOLUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O processo de conhecimento clássico apenas permitia a invasão da esfera jurídica do réu quando proferida uma sentença transitada em julgado, tendo em vista os prejuízos causados só se justificariam com o exercício da ampla defesa. Assim, devidamente averiguada a existência do direito do autor e exaurida a fase de conhecimento, poder-se-ia iniciar a fase de execução.

Não havia, portanto, qualquer espécie de mecanismo que pudesse resguardar o direito do autor durante a duração do processo, o que gerou grandes injustiças:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 69, parágrafo 19 que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.⁶

Os anseios sociais fizeram com que fosse necessária uma releitura da tutela jurisdicional que se demonstrasse mais efetiva na proteção de direitos. Nesse contexto, foi criada a tutela cautelar, de cunho assecuratório, com o objetivo de conservar o direito pleiteado e neutralizar os efeitos prejudiciais do tempo.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellem Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20/21.

A tutela cautelar, por ter como finalidade assegurar a futura satisfação do direito material, é definida por Freddie Didier⁷ como:

Instrumento de proteção de outro instrumento (a tutela satisfativa), por isso comumente adjetivada como 'instrumental ao quadrado'. Por exemplo: o bloqueio de valores do devedor inadimplente e insolvente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor.

Depois de cumprida sua função acautelatória, a tutela cautelar perde a eficácia, pois existe exclusivamente para assegurar outra tutela. Em regra, se extingue com ou sem a obtenção da tutela satisfativa definitiva, ou seja, com a resolução da referida causa. Tem-se que, de acordo com o exemplo citado, se satisfeito o direito de crédito do credor, perderá a eficácia a cautelar de bloqueio de valores do devedor insolvente.

Verifica-se, porém, que a tutela cautelar, apesar de ter atendido a alguns inconvenientes sofridos com a morosidade do processo, não conseguiu alcançar a tão almejada efetividade da tutela jurisdicional. O direito fundamental do acesso à justiça, como previsto na Constituição Federal, não se concretizou, pois a simples guarda de um processo principal, não garante uma prestação jurisdicional eficaz.

Se alguém temia, antes da introdução nos novos arts. 273 e 641 no CPC, a violação do seu direito da personalidade, não existiria outra ação, além da ação cautelar, para tutelá-lo de forma adequada, impedindo a sua violação. Contudo, proposta a ação cautelar, e obtida a sentença capaz de impedir a violação do direito, nenhuma ação principal poderia ser imaginada por aquele que somente necessitava ir ao Poder Judiciário para conseguir a tutela que já havia sido entregue por meio do instrumento da ação cautelar.⁸

Como o procedimento previsto para a tutela cautelar previa liminar e, ao final, a sentença poderia conceder a tutela preventiva, os jurisdicionados passaram a utilizar essa via

⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2, 7 ed. Salvador: JusPodivm. 2012, p. 462.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipada*. 12a edição, São Paulo: Editora RT, 2011, p. 69.

para evitar a ocorrência de um ato ilícito. Assim, o Poder Judiciário, embora sem embasamento legal, passou a desvirtuar a tutela cautelar ao conceder medidas antecipatórias atípicas como se cautelares fossem, criando as chamadas cautelares satisfativas.

Havia uma desnecessária dobra de processos: a ação principal dessa ação cautelar nada mais era do que a renovação da ação cautelar satisfativa originária, uma espécie de demanda confirmatória dos termos da demanda anteriormente ajuizada. Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da força normativa do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria.⁹

O cenário se justifica porque não havia regra geral no Código de Processo Civil, que previsse a tutela antecipada, embora já estivesse presente em alguns procedimentos especiais como na ação popular, nas ações locatícias, na ação civil pública, na ação declaratória direta de inconstitucionalidade, entre outras.

Diante da atecnia e insegurança geradas com a falta de proteção dos direitos, o legislador introduziu o instituto da tutela antecipada, por meio da Lei nº 8.952/94, com o objetivo de cessar a utilização inadequada do processo cautelar e, ao mesmo tempo, garantir uma efetiva prestação jurisdicional.

Com isso, surge a normatização da tutela antecipada ampla e genérica, e de forma mais agressiva já que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos da tutela definitiva pretendida. É uma forma de tutela jurisdicional satisfativa prestada com base no juízo de probabilidade em situações que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza.

⁹ DIDIER JR, op. cit., p. 477.

A grande contribuição da tutela antecipada foi possibilitar a distribuição do ônus do tempo do processo, pois foi reconhecido que submeter o autor a uma tutela jurisdicional sem previsão de tempo seria violar o devido processo legal.

A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça. Já se disse que a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que tem a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo tem a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.¹⁰

A tutela antecipada surge, portanto, com a nova redação do artigo 273 do CPC, de modo a colocar fim a antítese que existia entre a prática processual inadequada e a necessidade de uma tutela estatal mais célere aos anseios da sociedade.

Ressalta-se, no entanto, que, embora tenha havido evolução em relação às técnicas processuais de concessão de tutela jurisdicional, dando mais opção ao juiz, este fato, por si só, não garante que a prestação seja adequada. Para isso, o ordenamento jurídico deve analisar uma série de medidas que serão estudadas a seguir.

2.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À TUTELA JURISICIONAL

O direito processual, além de estabelecer normas formais, deve observar determinados princípios que legitimam o seu exercício, tais como o devido processo legal, o acesso à justiça e a instrumentalidade.

¹⁰ MARINONI, op. cit., p. 23.

O devido processo legal pode ser conceituado como o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, dotado de todas as garantias constitucionais. As partes devem ter pleno exercício de suas faculdades e poderes processuais em um procedimento regular, previamente estabelecido, presidido por juiz natural investido na forma da lei, coerente, competente e imparcial.

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos¹¹.

O princípio do devido processo legal é dividido em duas espécies: substancial e processual.

O devido processo substancial considera que as leis devam ser elaboradas com a finalidade de atender o interesse público, evitando, assim, abuso de poder por parte de quem as elabora. Exige-se, assim, uma atuação do poder legislativo vinculada aos interesses da sociedade para que seja detentora de legitimidade.

O devido processo legal processual refere-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, e abarca o conjunto de direitos garantidos às partes para que participem de maneira adequada permitindo o convencimento do juiz por uma das teses, como ocorre na citação, contraditório, ampla defesa, apresentação de provas, sentença fundamentada, entre outros.

Ressalta-se, ainda, que em importante avanço, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o devido processo legal também se aplica às relações privadas, como, por exemplo, a

¹¹ MARINONI, op. cit., p. 15.

garantir a ampla defesa em procedimentos de exclusão de associados dos quadros de entidades privada¹².

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

De acordo com a teoria horizontal dos direitos fundamentais, esses direitos são oponíveis não só contra o Estado, mas contra particulares, e, como consequência, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não poderão contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.

O princípio da instrumentalidade defende que o processo deve se desenvolver não como um fim em mesmo, mas como meio a atingir a realização do direito material. Assim, o objetivo passa a ser alcançar a maior utilidade aos provimentos jurisdicionais, sem se apegar apenas à forma.

¹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 158215/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgamento em: 07 jul. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+158215%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alc5gzp>. Acesso em: 12 mar. 2015.

A garantia constitucional do acesso à justiça está consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e no artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica da qual o Brasil é signatário.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

O acesso à justiça é tema de constante pesquisa entre os operadores de direito. É consenso que o Estado deve adotar meios que facilitam a aproximação dos jurisdicionados e, uma vez alcançada e provocada a jurisdição, deve ser a tutela jurisdicional concedida de forma efetiva, para atender aos anseios das partes. No entanto, ainda é preciso debater sobre quais são os meios viáveis que atendam ao direito fundamental.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹³.

Mauro Cappelletti dedicou a sua obra para o tema e apontou para três ondas renovatórias de acesso à justiça, a saber: a) a assistência judiciária exercida pela justiça gratuita, a defensoria pública, e os tribunais de pequenas causas; b) a representação dos direitos difusos; e c) e a efetividade do processo.

¹³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 8.

No ordenamento jurídico brasileiro, houve grande avanço em relação às duas primeiras ondas. Em relação à assistência judiciária, foram implementadas, por meio das Leis 1.060/50 e 9.099/95, a justiça gratuita e os juizados especiais enquanto a competência da Defensoria Pública está regulada na própria Constituição Federal.

Em relação à segunda onda, defende-se a proteção aos direitos de titularidade indeterminada. Os direitos de terceira dimensão são direitos que pertencem a um corpo social que, a princípio, não possuíam representação legítima e, muitas vezes, tratavam de direitos economicamente não tuteláveis do ponto de vista individual.

O processo coletivo nasce, portanto, com um imperativo de duas ordens: primeiro para a tutela dos bens de titularidade indeterminada e, segundo, para permitir que alguém tutele os interesses que, do ponto de vista individual, são economicamente inviáveis.

Questões como legitimidade do processo individual, ou limites subjetivos da coisa julgada, não mais responderiam a contento as necessidades de um processo coletivo, sendo com ele, em verdade, inconciliável. Desse modo, tornou-se mister criar um regramento próprio.

No Brasil, o processo coletivo surge com a ação popular (lei 4.717/65), e se consolida com a ação civil pública (Lei 7.347/85).

No entanto, há de ser observado que o respeito aos princípios ora explicitados e a ampliação ao acesso à justiça, por si só, não são suficientes à satisfação do direito buscado, fazendo-se necessária a existência de uma carga de efetividade sobre a prestação da tutela jurisdicional.

3. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O direito à tutela jurisdicional efetiva traduz a necessidade de uma proteção eficaz que poderá ser concedida por meio de uma sentença transitada em julgado ou por outro tipo de decisão judicial. Assim, não basta assegurar o ingresso ao poder judiciário, mas garantir decisões justas e úteis aos jurisdicionados.

O processo será efetivo se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação, como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo a que ele tem direito.

Os casos submetidos ao poder judiciário exigem não só a declaração do direito, mas a execução dos efeitos práticos à parte vencedora. Verifica-se, pois, que efetividade é recompor o patrimônio do lesado, sem que este sinta os efeitos do inadimplemento.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. O legislador deve instituir procedimentos técnicos processuais capazes de permitir a realização das tutelas e o juiz deve optar entre elas a que mais se adequa ao caso concreto.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁴ discorre sobre as seguintes sugestões:

Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, i) nos procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou ii) na discussão de determinadas questões, iii) nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, iv) na técnica antecipatória, v) nas sentenças e vi) nos meios de execução diferenciados. Na mesma dimensão devem ser visualizados os procedimentos destinados a permitir a facilitação do acesso ao Poder Judiciário das pessoas menos favorecidas economicamente, com a dispensa de advogado, custas processuais etc.

No entanto, é preciso reconhecer que o legislador não é capaz de prever todas as situações jurídicas possível que demandem uma tutela estatal. A técnica processual deve

¹⁴ MARINONI, op. cit., p. 119.

abarcando diversos casos concretos para que o juiz possa interpretá-la de acordo com o direito fundamental à tutela efetiva, alcançando a solução ideal para cada situação.

Atendendo ao afirmado, o legislador previu, além da tutela antecipada já tratada anteriormente, a tutela jurisdicional específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa no art. 461, CPC.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Com essa inovação, rompe-se o dogma de que o inadimplemento do devedor de prestação de fazer ou não fazer deveria ser resolvido através da conversão em perdas e danos. No estágio atual, a conversão em perdas e danos deixa de ser a regra passando a ser a exceção, conforme ilustra Alexandre Câmara¹⁵:

Exemplifique-se: tendo alguém contratado os serviços de outrem para que este pintasse um muro de branco, e restando inadimplente o devedor, deverá o juiz, ao julgar a demanda ajuizada pelo credor, condenar o réu a pintar o muro. Em não sendo, ainda assim, prestado o fato, deverá o juiz determinar que um terceiro realize a prestação à custa do devedor.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 92.

Outro exemplo possível é o que se tem na demanda proposta em face de uma boate por um seu vizinho que se sinta incomodado pelo alto volume da música que ali é tocada durante a madrugada. Deverá o juiz condenar a boate a não tocar música em volume tão alto. Mantendo a boate seu comportamento faltoso, poderá o juiz determinar até mesmo o fechamento da casa noturna, com o que se alcançará resultado equivalente, capaz de assegurar o sossego do vizinho prejudicado pelo alto som.

Destaca-se que, como houve a edição de uma norma de caráter genérica, a consequência lógica é que o princípio da congruência entre a o pedido e a sentença seja atenuado, tendo em vista que o juiz pode conceder provimento diverso daquele pleiteado pelo autor.

Com a alteração do art. 461, CPC, o legislador reconhece ser necessário dar maior poder de utilização do processo ao juiz e aos jurisdicionados, pois torna possível a construção de um modelo processual adequado à tutela pretendida no caso concreto.

O legislador, ao fixar tais normas, parte da premissa de que, por ser impossível prever todas as necessidades futuras e concretas, é imprescindível dar poder aos operadores do direito para a identificação e utilização dos meios processuais adequados às variadas situações. É correto falar, nesse sentido, em concretização da norma processual, isto é, na aplicação da norma processual no caso concreto, ou, ainda, na identificação e utilização da técnica processual – apenas autorizada pela norma – adequada às necessidades concretas¹⁶.

O direito processual, portanto, deve ser interpretado à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional sendo objeto constante de estudos para aprimorar a qualidade das técnicas processuais que buscam a dar efetividade ao direito.

CONCLUSÃO

¹⁶ CÂMARA, op. cit., p. 120.

O Estado, ao proibir a autotutela e assumir a função jurisdicional, passou a ser responsável por assegurar uma tutela jurisdicional efetiva. Ao longo do desenvolvimento do direito processual civil, foram estudadas uma série de técnicas que buscavam aprimorar o acesso e a qualidade da atividade jurisdicional.

A tutela cautelar foi criada para assegurar a efetividade de um processo futuro. Não sendo suficiente aos anseios da sociedade, surgiu a tutela antecipada que permitiu a antecipação dos efeitos da sentença definitiva pretendida, atendidos seus requisitos.

Ainda assim, para que se pudesse considerar a tutela como efetiva, tornou-se indispensável a observância de princípios constitucionais como o devido processo legal, o acesso à justiça e a instrumentalidade. A efetividade não se confunde com a celeridade, mas do tempo necessário ao convencimento do juiz com o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Verificou-se, ainda, ser necessário ampliar o acesso à justiça por meio da assistência jurídica, da defesa dos interesses difusos e da efetividade do processo. Todos os direitos devem ser protegidos e os mecanismos processuais devem se adequar às suas peculiaridades.

Por fim, deve ser garantido o direito pleiteado pelo autor e, apenas quando se tornar impossível, se determinar uma prestação equivalente. Para isso, o legislador deve atuar em observância estrita ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, fornecendo ao juiz técnicas processuais abertas e genéricas que se amoldem ao caso concreto.

O legislador, ao alterar os artigos 273 e 461, do CPC, introduzindo normas genéricas, já demonstrou que está atento à necessidade de ampla atuação do juiz ao conferir a tutela pleiteada. No entanto, esta iniciativa é apenas um começo e, conforme mudarem os anseios sociais, deverá o legislador atuar para aprimorar a tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 158215/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Julgamento em: 07 jul. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+158215%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alc5gzp>. Acesso em: 12 mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1, 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, Tradução de Ellem Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, 7 ed. Salvador: JusPodivm. 2012.

FUX, Luiz. Disponível em: <file:///C:/Users/Lu%C3%ADsa%20Firmo/Downloads/228-846-1-PB.pdf>. Acesso em: 10/12/2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22.ed., Malheiros, 2006, p. 29.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 50. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 2008.