

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA JURISDICIONAL

Camila Fernanda da Silva JOSÉ¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO: O presente trabalho tem como enfoque a tutela jurisdicional, e através da historicidade, conceito e seus aspectos constitucionais, demonstrar sua relevância na efetividade do direito pleiteado, quando da postulação do bem jurídico no judiciário. O acesso à justiça dá-se de maneira incondicionada, de acordo com artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, estará, no entanto, essencialmente ligada a tutela jurisdicional, quando aquele que detém o direito subjetivo preencher as condições da ação. Havendo uma harmonização, diante da natureza constitucional do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional; Direito fundamental; Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com os dispositivos normativos da Constituição Federal, é importante destacar, o artigo 5º, inciso XXXV onde traz o princípio da efetividade da jurisdição, que nos convoca para debruçarmos sobre o estudo da tutela jurisdicional.

Vale ressaltar que este princípio, não deve ser entendido de maneira avulsa dos demais princípios, já que assim estará fadado ao insucesso. Uma vez que, todos os princípios do ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o caso em concreto, se relacionaram e agem de forma mais ou menos intensa.

Antes de adentrarmos no assunto específico da tutela jurisdicional, é importante estabelecer a distinção desta com a prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional está ligada ao serviço jurisdicional prestado pelo Estado, com o fim de proporcionar a paz social. Aqui é o conjunto de

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP camila_fernanda_88@hotmail.com

² Mestre em Direito. Orientador do trabalho. Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP gilberto_ligero@unitoledo.br

mecanismos adequados para a resolução dos conflitos, consistindo no serviço prestado pelos órgãos públicos, se exteriorizando no direito de ação.

A tutela jurisdicional esta relacionada coma situação do direito material com as circunstancias que são deduzidas em juízo, podendo ou não ser concedido o direito subjetivo pleiteado.

Deste modo, a seguir estabeleceremos os aspectos constitucionais e o significado da tutela jurisdicional, deste fenômeno processual que se relaciona com o direito material, que proporcionando o mesmo término desejado pela jurisdição, a pacificação social.

2 DEFINIÇÃO

Toda e qualquer definição em direito é uma tarefa bastante difícil de realizar, uma vez que sempre há posições e critérios diferentes entre os doutrinadores.

Em que pese a dificuldade, é importante para os objetivos desse trabalho, estabelecer uma definição de tutela jurisdicional. Para tanto, faz-se menção a algumas definições de processualistas de escol.

Inicialmente, citamos José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 29), veja-se:

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia de direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado.

O posicionamento citado é de grande relevância doutrinária, porque seu autor é defensor da influência do direito material no direito processual, ou seja, o processo deve servir de instrumento para realização do direito subjetivo.

Na sequência, cita-se a posição de João Batista Lopes (2005, p. 20), definindo tutela jurisdicional da seguinte forma:

Tutela jurisdicional efetiva é a que garante o pleno exercício dos direitos e faculdades no curso do procedimento e dar razão a quem a tiver segundo os ditames da ordem jurídica.

O autor tem uma visão da tutela jurisdicional segundo “quem tem a razão”, ou seja, João Batista Lopes entende que a tutela jurisdicional pode ser prestada tanto ao autor quanto ao réu.

Diante de tão importante tema, não se pode deixar de citar a definição de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 196), apresentada da seguinte forma:

O resultado útil do processo civil de conhecimento é a tutela jurisdicional consistente em julgar as pretensões e com isso definir o preceito a ser observado pelos litigantes em relação ao bem da vida sobre o qual controvertem.

Analisando a definição feita pelo processualista paulista, é possível verificar que sua preocupação, ao definir tutela jurisdicional foi deixar claro que ela será concretizada, quando houver sentença de mérito no processo, ou seja, por intermédio da sentença é que se estabelece a norma concreta, para que seja realizado o direito.

Por fim, cita-se a definição do jovem processualista Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 267)

Tutela jurisdicional é a proteção, a salvaguarda, que o Estado deve prestar naqueles casos em que ele, o próprio Estado, proibiu a autotutela, a justiça pelas próprias mãos. A tutela jurisdicional neste sentido, deve ser entendida como a contrapartida garantida pelo Estado de atribuir os direitos a seus titulares na exata medida em que uma tal atribuição faça-se necessária por alguma razão.

O que é importante, pois, de se ter em mente, destarte, é que tutela jurisdicional significa, a um só tempo, o tipo de proteção pedida ao Estado juiz – o que a doutrina tradicional usualmente chama de pedido mediato – mas também os efeitos práticos desta proteção no plano do direito material com vistas a proteger um determinado bem jurídico (um determinado interesse) que justificou o pedido de exercício da função jurisdicional (pedido mediato, para empregar a nomenclatura tradicional).

O autor citado tem uma visão muito particular da tutela jurisdicional, pois antes de mais nada a relaciona com a contrapartida que deve ser prestada pelo estatal, em razão de ter assumido a tarefa de pacificar a sociedade.

No mais, é bastante interessante verificar como Cássio Scarpinella Bueno extrai dos elementos da demanda, especialmente do pedido, as principais características da tutela jurisdicional.

Assim, de acordo com os conceitos dos ilustres doutrinadores citados acima, entendemos que a tutela jurisdicional é o resultado prático do processo, não se contentando somente no plano do processo civil, pois se deve dar uma proteção jurídica *tempestiva* - a demora do processo, que deve ser razoável -, *adequada* - deve se ajustar ao interesse da parte, isto é, ao direito lesado, uma vez que nem sempre o dinheiro faz voltar ao *status quo ante*, que é o objetivo da tutela jurisdicional -, e por fim *efetiva* - deve gerar efeitos, ser executada, sendo capaz de criar resultados práticos no mundo material.

É relevante ressaltar, que nem sempre essa foi a definição para tutela jurisdicional, uma vez que a redação original do legislador de 1973 do CPC rezava:

Art. 463 Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: (grifo nosso).

Deste modo, compreendia-se tutela jurisdicional e sentença como sinônimos. Assim, esclarece Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 268), entedia-se que, proferindo a sentença de mérito na qual a lide fosse resolvida a favor ou contra o autor, reconhecendo, para todos os fins, se havia ou não algum direito lesionado ou ameaçado em que extensão, extinguia-se o ofício jurisdicional.

Essa era a visão do Estado Liberal, em função da qual era conceituada a tutela jurisdicional. A sentença na maioria das vezes transformava o direito material no equivalente em dinheiro.

Com a sociedade evoluindo, surgiram desta maneira novos conflitos, e a solução de conversão do direito em dinheiro não era mais satisfatória às novas lides.

Com o advento da Lei nº. 11.232/2005, que alterou a redação do artigo aludido acima, trazendo o conceito atual de tutela jurisdicional.

A luz do moderno modelo constitucional de processo civil, tutela jurisdicional é mais que declarar ou reconhecer direitos, é necessário torná-los concretos, ou se quando não for plausível, oferecer condições satisfatórias para a concretização do direito. Conseqüentemente a sentença de mérito é somente uma parcela, do que se entende por tutela jurisdicional.

A mera declaração do direito na sentença não é mais suficiente, é necessário criar condições concretas para ter o bem protegido. A título de exemplo é o caso de declarar que há uma dívida a ser paga, porém para ter uma tutela efetiva é necessário submeta o patrimônio independente de concordância do devedor, para executar o pagamento do débito.

Entretanto, é fato que há sentenças que dispensam a necessidade de qualquer complementação concreta, isto porque por si só dão a satisfação do que motivou o ingresso no judiciário.

As sentenças conhecidas como declaratórias, o bem pleiteado é perseguido em juízo, bastando declaração do direito, logo corresponde a tutela jurisdicional. Nas sentenças constitutivas o bem perseguido em juízo corresponde a uma modificação no direito material, bastando o juiz reconheça tal direito para obter a tutela jurisdicional.

Contudo deve se compreender que o conceito de tutela jurisdicional, é a efetiva concretização, em benefício da parte vencedora mesmo que necessitando de complementação.

2.1 Aspectos Constitucionais da Tutela Jurisdicional

Em nossa recente história, com o advento Ato Institucional nº. 5/68 em seu artigo 11, trouxe a exclusão da apreciação do Judiciário para determinadas matérias dos atos administrativos praticado pelo Golpe Militar:

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Passado este nefasto período, com a nova ordem trazida pela Constituição Federal de 1988, prescreve no artigo 5º, inciso XXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a lesão de direito”.

Trata este dispositivo, do acesso ao Poder Judiciário, de maneira incondicionada, visto que é vedada a autotutela, pois o Estado evocou para si a responsabilidade da prestação jurisdicional, mantendo assim a ordem jurídica e a paz social.

Necessário lembrar que esta prestação jurisdicional não esta vinculada com a procedência ou não do direito pleiteado, pois esta prestação ainda esta no plano do direito abstrato.

A prestação jurisdicional resguardada por nosso ordenamento jurídico, é tanto para lesão do direito subjetivo (repressiva) e quanto o direito que se encontra ameaçado, evitando que se transforme em lesão (preventiva).

O direito a tutela jurisdicional não pertence somente aos indivíduos, mas também as pessoas jurídicas e as entidades despersonalizadas têm o direito de formular pretensão perante o judiciário.

Atualmente, a doutrina contemporânea fala-se em uma tutela jurisdicional adequada, não bastando a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça, sendo necessário que a prestação estatal, seja rápida, efetiva e adequada. Visto que pela visão antiga, essa garantia se entendia somente o direito de ação e o direito do juiz natural, assim não garantindo a efetiva concretização do direito.

Neste sentido, o Ilustre doutrinador Fredie Didier Jr. expõe:

O princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução. Ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material. (2007, p. 81).

Deste modo, esta prestação jurisdicional não está vinculada com a procedência ou não do direito pleiteado, pois esta prestação ainda está no plano do direito abstrato.

A prestação jurisdicional é prestada a todos independente da efetiva existência ou ameaça do direito, uma vez que a tutela jurisdicional será prestada a quem realmente detenha o direito invocado.

2.1.1 Anotações históricas

Os interesses dos homens sempre foram em número maior do que os bens disponíveis, gerando deste modo os litígios. Assim, a definição de litígio é importante nesse momento. Veja-se o que diz Fernanda Tartuce (2009, p. 24):

A limitação dos recursos naturais e humanos pode conduzir à disputa entre os indivíduos quanto à sua titularidade. Muitas vezes, a regra sobre a devida posição jurídica relativa ao bem é cumprida espontaneamente; todavia, pode haver uma pretensão que encontre resistência em sua observância, situação caracterizadora do conflito. Diante de tal constatação, faz-se necessária, com intuito de pacificação social a definição clara sobre quem é o efetivo titular do interesse.

Considerando que nem sempre houve intervenção estatal para solução dos conflitos, inicialmente havia a tutela com as próprias mãos até chegar na jurisdição atual. Assim, a história da tutela jurisdicional se confunde com a própria história da jurisdição.

Nas fases primitivas da civilização, inexistia um órgão estatal com autoridade e soberania, para que garantisse o cumprimento do direito, mesmo porque não haviam normas gerais imposta pelo Estado aos particulares.

Assim, para a satisfação da pretensão das pessoas, utilizava-se do uso da força para solucionar o conflito, e nos casos para a repressão aos atos criminosos utilizava-se vingança privada.

Com o passar dos tempos, iniciou-se o regime da autotutela, no qual o Estado chamou para si o *jus punitiois*, e mediante seus critérios empregou órgãos e pessoas para solucionar os conflitos que agiam de maneira parcial, ocorrendo assim à imposição da decisão de umas das partes à outra.

Ainda no sistema primitivo, havia outra solução possível dos conflitos, que era da autocomposição, onde uma das partes do conflito, ou ambas, abriam mão de seu interesse ou parte dele. Sendo assim, eram consideradas soluções parciais, pois dependiam da vontade e atividade das próprias partes envolvidas para acatamento da decisão.

Pouco a pouco, este sistema sofreu alterações, com a integração dos árbitros, que eram pessoas de confiança de ambas as partes, que eram chamadas para solucionar os conflitos. A figura do árbitro, geralmente era confiada aos sacerdotes, pois como tinham ligações com as divindades e garantiam soluções mais acertadas, esta fase ficou conhecida como arbitragem facultativa.

A medida que o Estado foi-se firmando, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiros e afastando o temor dos julgamentos arbitrários, criou-se regras destinadas a servir de critério objetivo, começando assim com a Lei das XII Tábuas do ano 450 a.C, implantando assim a arbitragem obrigatória.

Subsequentemente, uma nova fase iniciou-se no século III d.C, pois fechou-se o período histórico da chamada justiça privada para a justiça pública. As partes não podiam mais valer-se da autodefesa, pois tinham que provocar o exercício da função jurisdicional, que se exercia através do processo.

Essas fases não ocorreram de forma marcadamente distinta, como a história narrada nos mostra, uma vez que todos esses momentos, conviveram uns com os outros.

Hoje, o Estado moderno exerce o monopólio sobre a jurisdição, decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo soluções. Porém no ordenamento jurídico brasileiro, em caráter excepcional quando autorizado por lei, os interessados podem optar pelo meio não estatal de exercício da jurisdição.

Nas hipóteses autorizadas no direito positivo brasileiro, encontramos a Lei 9.307 de 23 e setembro de 1996, que prevê os mecanismos arbitrais, vejamos o artigo 1º dessa regra:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Contudo, o Código Civil de 2002, no seu artigo 852, reafirma a possibilidade da arbitragem, porém a restringe para determinadas situações:

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Ainda no nosso Código Civil, encontramos uma exceção expressa para o exercício da autotutela, no tocante ao desforço imediato:

Art. 1210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

“§1º. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Como se pode perceber pode-se afirmar que, atualmente, os indivíduos podem optar pela autotutela, autocomposição e até mesmo a heterotutela não-estatal, caso da arbitragem.

Nos casos em que alguém escolha a autotutela, não é demais lembrar que qualquer abuso pode representar justiça pelas próprias mãos, o que é considerado crime pelo nosso ordenamento jurídico.

Em decorrência das exceções autorizadas pelo legislador pátrio sobre a autotutela, o artigo 345 do Código Penal, traz uma limitação à satisfação da pretensão, punindo no âmbito criminal a exceção exercida:

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Finalizando, é possível afirmar que, apesar de existirem todas essas formas de solução dos conflitos de interesses, a heterotutela estatal, realizada pelo Judiciário ainda é a mais utilizada, amparados pela tutela jurisdicional.

3 CONCLUSÃO

A concessão da tutela jurisdicional não ocorre unicamente se os requisitos processuais estabelecidos pela lei forem cumpridos pelo autor. Assim o demandante poderá de exigir do juiz uma sentença favorável à sua pretensão, estando todos os requisitos processuais presentes, no entanto deverá ao mesmo tempo deter o direito material que alega.

É indispensável a presença do direito material que o autor alega, uma vez que não é suficiente ao autor ter o direito de ação para que se obtenha a tutela jurisdicional.

Ter o direito de ação é assegurar a prolação de uma sentença que poderá ser ou não favorável, sendo assim poderá ser titular da tutela jurisdicional tanto o autor como o réu.

Diante do exposto da breve explanação sobre a tutela jurisdicional, nota-se também uma nova visão do direito onde a tutela jurisdicional deve ser entendida de maneira abrangente, como sendo o resultado prático do processo.

Está ultrapassado o conceito que tutela jurisdicional e sentença são sinônimas.

Esta nova interpretação do direito articula que a sentença deverá provocar efeitos no plano do direito material. Isto porque somente com a sentença não há entrega do direito material, portanto, a tutela jurisdicional é algo a mais que a sentença, devendo permitir a materialização do direito material.

Sendo assim, trata-se de uma escalada, onde o direito começa absoluto e abstrato que é o de ingressar no judiciário, até o momento que se restringe que é o momento do provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126781/ato-institucional-5-68>

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influencia do direito material sobre o processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. V, I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. V, I. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento**. V, I. 8 ed. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V, III. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil. Parte geral.** São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito civil: processo de conhecimento.** V,l. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** V, l. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 9 ed. rev. e atual. São Paulo, 2007.

YARSHEEL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1999.