

# A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Benedito Pereira Filho\*



## Abstract

The present essay aims to emphasize the importance of jurisdictional tutelage by the State, and, above all, to stress the need for interpretation concerning certain institutes which should grant citizens their nonrestrictive rights to seek jurisdictional action, adequate both to their will and in accordance with the actual owner in power. In this sense, the text tries to focus on the adverse consequences of a misplaced jurisdictional rendering, altogether uncompromised with its real meaning, which is, inexorably, to give the jurisdictionees answer to their conflicts in strict consonance with a State labeled by the Federal Constitution as lawfully Democratic.

## Key-words

Jurisdiction, power, action, lawsuit, jurisdictional action.

## Resumo

O presente trabalho tem por escopo realçar a importância da tutela jurisdicional por parte do Estado mas, sobretudo, apontar de forma contundente a necessária interpretação que se deve buscar acerca de certos institutos para possibilitar ao cidadão o seu irrestrito direito a ação jurisdicional adequada aos seus anseios e condizente com o verdadeiro dono no Poder. Nesse diapasão, procura-se por todo o texto enfocar os males que redundam numa prestação jurisdicional equivocada e descompromissada do seu real sentido que é, inexoravelmente, permitir aos jurisdicionados resposta a seus conflitos em estrita consonância com um Estado rotulado pela Constituição Federal como Estado Democrático de Direito.

## Palavras-chave

Jurisdicção, poder, ação, processo, atividade jurisdicional

---

\* Professor da disciplina Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Mestre e Doutorando pela Universidade Federal do Paraná, em Curitiba e Advogado, em Marília-SP.

## 1. Jurisdição

Apesar da obviedade, é sempre oportuno recordar que o Estado, ao coibir o exercício do direito pelas próprias mãos do interessado,<sup>1</sup> obrigou-se, inexoravelmente, a prestar a tutela jurisdicional. Dessarte, conclui-se, sem maiores dificuldades, que se for inadimplente no seu mister, abrirá oportunidade não só para questionamentos, mas, para que o credor da tutela jurídica possa, então, realizar seu direito com sua própria força.<sup>2</sup>

A real prestação da tutela jurisdicional é, assim, imprescindível para o bom convívio da sociedade. Desta feita, o Estado deve aparelhar-se de meios técnicos, físicos e administrativos (pessoal) capazes de fornecer campo propício para o desempenho dessa sua relevante função.

A par dessas premissas, é forçoso reconhecer que jurisdição é muito mais dever do que poder. A aparente contradição é facilmente desfeita se lembrarmos que todo poder emana do povo e esse, ao delegá-lo a um órgão responsável pela jurisdição, tem, em contrapartida, o direito de cobrar o serviço e aquele o dever de prestá-lo. A situação, guardadas as devidas proporções, é a mesma que se passa entre mandante e mandatário.

Talvez seja desnecessário dizer que jurisdição é poder porque precisa ser exercitada, em muitos casos, coercivamente. Para isso, é o judiciário parte integrante da soberania do Estado. Mas isso, antes de negar, só reforça o seu dever de tutela ao bem da vida solicitado pelo interessado.

Esse raciocínio autoriza afirmar que o conceito simplório de jurisdição como sendo "o poder de dizer o direito ao caso concreto", se não pode ser desconsiderado, deve, então, ser aditado para incluir o DEVER de se prestar a tutela jurisdicional prometida a todos.

Para isso, antes de se analisar o instrumento viabilizador de tal incumbência, o processo, é importante esclarecer que o poder judiciário, responsável pela tutela jurídica deve exercê-la de forma independente e compromissada com os fins sociais e o bem comum,<sup>3</sup> com vistas à proteção dos direitos inerentes aos cidadãos, principalmente, aqueles previstos na Constituição Federal

como verdadeiras garantias, exercitáveis, inclusive, contra o Estado.

Essa independência, todavia, advém mais da conscientização da sua atuação do que, propriamente, da estrutura e previsão legal. É cediço no meio jurídico que a corte máxima, o Supremo Tribunal Federal, tem seus onze ministros indicados pelo presidente da república e sabatinados pelo senado, o que, invariavelmente, acaba por estreitar a relação entre esses poderes.

Nesse desiderato, é necessário apontar que, apesar da unicidade do poder, há a sua divisão em três funções: a legislativa, executiva e judiciária, com vistas a uma melhor aplicabilidade. Para tanto, cada função, investida de poder suficiente para sua atuação, guarda independência, apesar da harmonia que deve existir entre elas.

No entanto, desses três poderes que ramificaram do gênero, somente o judiciário não é eletivo. Ou seja, o poder que emana do povo acaba sendo somente o legislativo e o executivo, justamente esses os responsáveis pela elaboração das leis que serão aplicadas pelo judiciário que não emanou do detentor do poder.

Significa, então, que o judiciário para ser um poder forte, capaz de fazer valer sua independência, tem de aplicar o direito ao caso concreto e não a lei.<sup>4</sup> É que, por vezes, essa lei, elaborada pelas esferas legislativa e executiva, sofre todo tipo de contágio, *lobby*, acabando por atender aos anseios de certas classes privilegiadas da sociedade em detrimento da maioria, justamente a que mais precisa de políticas governamentais e nestes casos só o judiciário será capaz de reparar a iniquidade.<sup>5</sup>

Por isso, o real sentido da jurisdição tem de enfrentar essa questão com transparência e acuidade. É preciso compreender que o judiciário não obstante sua ascensão ao poder ser pela via indireta, goza das mesmas prerrogativas dos demais, razão pela qual não pode se deixar passar por mero funcionário deles, o que ocorre toda vez que se aplica a lei ao caso concreto, sem levar em consideração questão ideológica, política, econômica, social etc., que envolveram sua criação, sob o pobre argumento de se fazer justiça aplicando a

legislação abstrata ao caso concreto.

O povo precisa de um judiciário grandioso, indefectível, altamente qualificado e aparelhado para desenvolver com esmero e eficiência a função jurisdicional, respeitando e fazendo com que se respeite, antes e acima de tudo, a Constituição.

## 2. Processo

O exercício da jurisdição civil é executável graças ao seu instrumento denominado processo que disponibiliza a atuação das partes interessadas e, também, do juiz. O que já autoriza dizer que a finalidade do processo civil está, não só na vontade das partes em resolverem conflitos, mas, também no interesse do próprio Estado que tem, como visto, o dever de prestar a jurisdição.

Destarte, equivocada está a corrente subjetivista segundo a qual a finalidade do processo civil estaria em servir de instrumento apenas às partes envolvidas no conflito. Da mesma forma, enganam-se aqueles defensores da corrente objetivista que vêem neste instrumento apenas a possibilidade do Estado prestar a sua função jurisdicional através do poder competente.

Escorreito, portanto, o entendimento do sempre coevo processualista gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva (SILVA, 1997, p. 42-43), defensor da corrente mista, para quem a finalidade do processo está tanto na atuação das partes, que têm interesse no desfecho da causa, como, por via oblíqua, no próprio Estado que se utiliza dele para se desincumbir do seu débito com o cidadão de prestar a justiça quando e se invocado.

Se o escopo da jurisdição é tutelar direito e se o faz por intermédio do processo, não precisa muito esforço para vislumbrar a relevância desse instrumento para a atividade jurisdicional.

## 3. Direito e Processo

Direito e Processo, portanto, seguem, invariavelmente, um ao lado do outro, harmonizando autonomia e instrumentalidade. É possível, porém, a atuação de um independentemente do outro. Assim, quando o juiz extin-

gue o processo sem julgamento de mérito, atua apenas no plano processual, não passando de um juízo de prelibação, sem questionar a existência ou não da pretensão de direito material trazida para os autos. A pronta e efetiva realização da obrigação por parte do obrigado constitui, por outro lado, a realização do Direito sem a necessidade do processo.

Surgido o conflito, obedecidos os princípios e normas do processo, ter-se-á a tutela jurisdicional prestada, conjungindo a necessária atuação Direito/Processo.

Se entre as pessoas e o direito reclamado existe uma ponte, que é o processo, isto o reveste de fundamental importância, razão pela qual deve ser bem estruturado para comportar com satisfação a incumbência que lhe é rogada. Então, compreendê-lo significa aparelhar-se para uma melhor aplicação do Direito e, conseqüentemente, para uma harmonização do convívio social, fim último do Estado.

Na escala evolutiva do direito processual, dentre as fases mais acentuadas, a da instrumentalidade do processo é, atualmente, a mais festejada. Cândido Rangel Dinamarco carrega a bandeira com sua obra intitulada *A Instrumentalidade do Processo*, alçando vôos bem altos, fugindo ao chamado "processualismo",<sup>6</sup> na procura do esperado processo de resultado.

Seguindo esta linha do instrumentalismo, o processualista deve ter uma visão introspectiva, ou seja, endoprocessual, eliminando qualquer formalismo exacerbado que possa se converter numa negação de justiça. É evidente que toda atuação, por mais simples que possa ser, necessita de programação e ordenação. Outra exigência não poderia ser do processo, mas o exagero da forma acarreta em dar mais importância à emenda do que ao soneto.

Quer-se dizer com isso que, não obstante a inegável importância da visão instrumentalista do processo, que ameniza a cegueira própria das paixões, que resume o processo com o fim em si mesmo, é necessário algo mais.

Para o processo se caracterizar realmente num instrumento hábil, capaz de realizar a verdadeira justiça preconizada pelo Estado de Direito, alguns dogmas devem ser revistos. No campo da tutela executiva, por exemplo, não se pode mais admitir o princípio segun-

do o qual não existe execução sem título, sendo, também, necessário, rever a excessiva proteção colocada a cargo do executado capaz de frustrar qualquer execução forçada.

O processo é a oportunidade que as partes têm para resgatar o diálogo, agora de forma ordenada e instruída pelo Estado-juiz, visando atender humanitariamente àquela demanda social trazida a juízo, objetivando a composição do conflito com igualdade, para que não existam perdedores e vencedores, mas sim convencidos.

Diante disto, a instrumentalidade do processo deve ser corroborada por um atuar do Estado, materializado na pessoa física do juiz, que vai muito além da vetusta idéia de neutralidade. O juiz, assim como as partes, os sujeitos da relação processual, portanto, deve estar interagido, pronto ao diálogo, à procura da forma mais fácil para se chegar à decisão, equacionando os binômios justiça/rapidez.

No processo, o campo de atuação não deve e não pode se restringir apenas às partes. O juiz tem de ser um agente ativo e não passivo. Não pode aceitar as "verdades" trazidas para os autos se com sua atividade puder alcançar o pano de fundo do conflito e resolvê-lo da forma mais próxima possível da realidade.

Para isso, é necessário que ele, sem perder a responsabilidade do dever/poder de dizer o direito, se iguale às partes, para dar oportunidade de ouvi-las e jamais se posicionar de forma equidistante, observadora, ainda que conforme as regras do processo,<sup>7</sup> mas sem sua intervenção, sob a especiosa capa de neutralidade.

É inocência ou artifício retórico defender radicalmente a presença da neutralidade nas decisões judiciais. Ao decidir, invariavelmente, o julgador descarrega todo um subjeti-

vismo na sua convicção. Sua cultura, seus hábitos, sua posição social etc., são fatores que pesam na hora de decidir. Somente através de uma atuação mais perto possível das partes e, de um modo geral, de todos os envolvidos na relação processual, conseguirá amenizar essas ditas influências.

O mundo jurídico vê, então, no direito e no processo um papel de vital importância para a harmonia da sociedade. Contudo, além das normas elaboradas (direito) e do instrumento (processo) para viabilizá-las, quando necessário, é fundamental a atuação do juiz.

Não somente como uma pessoa poderosa, detentora da jurisdição,<sup>8</sup> mas, principalmente, como alguém capaz de aplicar os princípios gerais do direito e não simplesmente a lei como lhe é posta pelo poder competente. É necessário compreender, de um vez por todas, que Direito não se resume à existência de leis.

Como bem relata o Advogado e Professor de Direito Processual Penal Edson Vieira Abdala, "o julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado somente no direito positivo, apenas repete o sistema e infunde a me-

gaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade. O juiz pode tudo, dependendo apenas da sua habilidade para fundamentar, não necessitando se esconder na legislação inflexível para ser mais ou menos juiz." (ABDALA, 1995, p. 65)

Alternativo ou não, o que importa é que o juiz não pode se subsumir a uma lei injusta, desatualizada ou inadequada para o caso, sob o pretexto de estar aplicando a lei ao caso concreto e, assim, de estar realizando justiça.

O processo deve ser, portanto, mais do que um instrumento de aplicação do direito positivo, deve ser utilizado por todos, princi-

*"Não obstante a inegável importância da visão instrumentalista do processo, que ameniza a cegueira própria das paixões, que resume o processo com o fim em si mesmo, é necessário algo mais."*

palmente pelo juiz, como meio de aplicação do Direito, visto não só aquele positivado, mas o do povo, da sociedade.

Qualquer entrave que venha prejudicar esta atuação política dos sujeitos da relação processual, dificultando o entendimento, o diálogo, o acordo entre as partes, deve ser repudiado. Nesse sentido, a linguagem jurídica tem se mostrado, também, um verdadeiro incesso à justiça.

O mundo jurídico, por tratar de questão de tão grande relevo, deve proporcionar um amplo acesso, sendo qualquer tipo de exclusão veementemente combatida. Por esta razão, num país subdesenvolvido como o Brasil, com índices de analfabetismo altíssimos, excluir pela linguagem é um mal que deve ser urgentemente reparado.

A linguagem jurídica, de um modo geral, é incompreensível à maioria. Diante da brutal ignorância, os operadores do Direito conseguem ludibriar aqueles que, por razões várias, não conseguem entender o que está se passando com o seu "direito". Esta técnica maldosa e artificiosa é utilizada inclusive pelo legislador constituinte, haja vista o artigo 5º com seus incisos grafados em romanos, embaraçando até mesmo estudiosos. Justamente no título que cuida dos direitos e das garantias fundamentais do cidadão.

Compartilha do mesmo entendimento o Professor Doutor René Ariel Dotti:

*"após os anos de convivência inócua e irritante com o dialeto economês, a sociedade não pode mais suportar as dúvidas e as inquietações fabricadas por uma linguagem tecnicista, rebarbativa e alienante que marca um novo código de dominação ideológica: o bacharelês."* (DOTTI, 1997, p. 04)

Justiça, segundo o pensamento desse renomado jurista paranaense, é, do ponto de vista institucional, um serviço público e, como tal, precisa ser eficiente, transparente e capaz de atender satisfatoriamente o povo.

Continua o professor:

*[...] é preciso, com urgência, estabelecer um processo de diálogo eficiente entre os operadores da lei e militantes do foro, por um lado, e os meios de comunicação e o povo, de outro, para que os serviços da Justiça*

*não sejam comprometidos pela maldição da linguagem, assim como narram as escrituras a respeito da criação e os tempos primitivos do mundo: 'Por isso se chamou o seu nome Babel, porque ali confundiu o Senhor a linguagem de toda a Terra. E dali dispersou por toda a superfície dela (Genesis, 11, 9).'* (DOTTI, 1997, p. 04)

Linguagem rebuscada, excessivamente erudita, ofende o princípio da igualdade ao permitir compreensão apenas a uma ínfima parcela da sociedade.<sup>9</sup> O uso desmedido do latim é outro fator degradador do pleno acesso à justiça. Mas, demonstrando desconhecimento da própria legislação, uma vez que o artigo 156 do Código de Processo Civil exige o uso do vernáculo, o próprio legislador se utiliza de expressões latinas.<sup>10</sup>

Carlo Ginzburg também denuncia esse ato:

*Começou denunciando a opressão dos ricos contra os pobres através do uso de uma língua incompreensível como o latim nos tribunais: 'Na minha opinião, falar latim é uma traição aos pobres. Nas discussões os homens pobres não sabem o que se está dizendo e são enganados. [...]'* (GINZBURG, 1998, p. 51)

Com tudo isso, tem-se uma legislação confusa, exagerada, oportunista, constituindo-se numa verdadeira inflação legislativa, culminando, muitas vezes, em verdadeiras injustiças abstratas, que, por essa razão, não pode ser concretizada pelo judiciário.

Segundo relato do jornal "O Estado de São Paulo", edição do dia 13 de abril de 1997, o Brasil tem 9,4 mil leis federais e mais de 100 mil decretos, sendo que só no Estado de São Paulo há 41 mil leis estaduais. Somente no ano de 1996, a Assembléia Legislativa Paulista aprovou 141 leis ordinárias.

Em virtude dessa conjuntura, convive-se com dispositivos confusos e extravagantes que inviabilizam os serviços dos operadores jurídicos. A mesma reportagem acima mencionada descreve alguns artigos do incrível Decreto Federal nº 56.585, de julho de 1965, que gasta uma página e 11 (onze) artigos para

descrever o ovo.

É interessante transcrever alguns artigos para dar uma exata idéia da legislação a que se está submetido:

*Art. 1º. Pela designação de ovo entende-se o ovo de galinha, sendo os demais acompanhados da indicação da espécie de que procedem;*

*Art. 3º. O ovo, segundo a coloração da casca, será ordenado em dois grupos: I- Branco e II- De cor. Enquadra-se no Grupo I o ovo que apresente casca de coloração branca ou esbranquiçada. Enquadra-se no grupo II o ovo que apresente casca de coloração avermelhada;*

*Art. 11. Os casos omissos serão resolvidos pelo diretor do Serviço de Padronização e Classificação do Ministério da Agricultura.*

Segundo ainda relato do jornal, na mesma página, o Decreto 56.586 autoriza o cidadão Manoel Jorge Curi a pesquisar esmeralda no município de Conquista, Estado da Bahia.

Com toda esta panacéia, como respeitar o artigo 3º da LICC, que obriga a conhecer toda a legislação existente, sob pena de responsabilidade?<sup>11</sup>

O direito realiza-se com o seu fiel cumprimento, voluntariamente, por respeito às normas existentes ou pelo efetivo cumprimento do comando exarado na sentença ou acórdão, pelo judiciário. Declarar direito, seja abstrata ou concretamente, não significa, na maioria das vezes, satisfazer eficazmente àquele que dele tanto necessita.

Por essas razões, o papel do juiz transcende o simples aplicar a lei ao caso concreto, como se fosse uma luva que perfeitamente se encaixa nos dedos conforme, romanticamente, é ensinado nos bancos escolares e aplicado por muitos.

Não se está, com isso, querendo discutir o acerto da teoria unitária ou dualista do direito, agudamente debatida entre renomados processualistas. Pretende-se, apenas, olhar pelo lado "do consumidor do direito" porque ele se satisfará com a sua efetiva realização e isto só ocorrerá com o pronto respeito pela norma existente ou, então, como já se dis-

se, pelo efetivo realizar do comando expresso na decisão judicial.

O raciocínio é evidente. Se "A" é credor de "B" e necessita da intervenção do Estado-juiz para receber seu legítimo crédito, pouco ou quase nada lhe interessa a declaração judicial desse crédito. A sua satisfação só virá com a efetiva atuação jurisdicional, agindo coercitivamente sobre a vontade do devedor para cumprir, com ou sem sua vontade, a obrigação devida. Nesse sentido, o direito concretiza-se com a sentença, mas só será satisfeito, consumado, com a efetiva e integral realização do comando nela expresso, que realmente interessa ao credor.

Há leis em abundância, a quantidade, porém, não corresponde, eqüitativamente, à satisfação jurídica.

Por isso, nesse jogo, o juiz é, indubitavelmente, a peça fundamental. E essa peça deve ser lapidada não no judiciário, onde o vezo, com certeza, já vendou-lhe os olhos, mas sim desde os bancos escolares, com um ensino jurídico desmascarado, de cunho filosófico, sociológico, ético, enfim, voltado para os reais problemas sociais.

O ensino jurídico deve perder aquele culto de formalismo exacerbado, assombroso, inculcando na mente dos futuros bacharéis uma irrealdade que só os mais auspiciosos irão perceber com o desenvolver da profissão, lutando contra estes mitos, sendo que a maioria, lamentavelmente, cairá numa profunda decepção, culminando em maus profissionais ou em mudanças de profissão.

Esses e outros problemas afetos ao mundo jurídico foram bem focalizados pelo professor Roberto A. R. de Aguiar (1996). Seu texto *A Contemporaneidade e o Perfil do Advogado*, merece uma leitura pausada. O autor demonstra, com clareza e objetividade, as várias facetas do campo jurídico.

Finalizando, o processo como instrumento da jurisdição deve ser filtrado, não só do exagero da forma, mas de todos esses males, somado a uma atuação mais contundente de um juiz consciencioso da função social que exerce.

Tem de ser assim, porque a sua tão decantada efetividade depende desse interagir, sabedor de que a parte credora da ju-

risdição precisa do seu direito material violado restabelecido exatamente na mesma proporção que o tinha antes da alegada violação. Caso contrário, é preciso lhe dar a oportunidade de tentar refazer o estado anterior à ofensa, pela própria força.<sup>12</sup>

#### 4. Do direito de ação

Os lexicógrafos, com rara variação, definem, no campo jurídico, ação como sendo “invocação do poder jurisdicional do Estado para fazer valer um direito que se julga ter”. A esse conceito técnico, deve ser aditado, como já salientado, que o aludido poder jurisdicional é antes de tudo, um dever.

Realmente, tem a ação processual esse condão de provocar a atividade jurisdicional tendente a satisfação de uma pretensão de direito alegada pela parte que se sente titular. A ação não fica, entretanto, adstrita ao direito estritamente processual. É que temos a ação de direito material que, se eficaz, desnecessário se faz o uso da ação de direito processual.

No entanto, há processualistas que negam a ação no plano material. Fábio Luiz Gomes, citando o professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, adverte que quem pensa dessa forma alega que

*“o monopólio da jurisdição pelo Estado fez com que a mesma fosse transformada na ação processual”.* (SILVA, 1997, p. 130)

Não obstante entendimento nesse sentido, é evidente a presença da ação de direito material. Nos socorre mais uma vez Fábio Luiz Gomes (SILVA; GOMES, 1997, p. 130) ao lembrar com propriedade a permissão do desforço imediato do artigo 502 do código civil, que autoriza o uso da força para proteção de um direito subjetivo-material violado.

Como se percebe, a ação de direito material sempre poderá ser utilizada, só cedendo

lugar à ação de direito processual quando restar ineficaz, tendo em vista o monopólio estatal e, logicamente, a proibição da justiça pelas próprias mãos. Sendo assim, se o devedor instigado pelo credor, cumpre o avençado, houve ação de direito material sem necessidade da ação de direito processual. Aliás, em muitos casos, o uso dessa primeira é imprescindível ao interessado, sob pena de torná-lo carecedor da ação por falta de interesse processual.

#### 5. A utilidade da ação de direito processual

A restrição da ação de direito material para hipóteses específicas e, no mais, dependente da atuação da outra parte, faz surgir como conseqüência lógica da presença do Estado na solução dos conflitos, o uso da ação de direito processual que possibilitará, via processo, a entrega da prestação jurisdicional às partes litigantes.

A ação, e daqui em diante se reportará sempre a de direito processual, proporciona, às partes e ao Estado-juiz, a chance de resta-

belecer uma situação que por algum motivo está causando desconforto no seio da sociedade. Salvo os casos de processo necessário, como, por exemplo, anulação de casamento, a ação só será indispensável se as partes não chegarem a um consenso.

Permanecendo a controvérsia, sua utilidade é funda-

mental. Através dela, invoca-se a presença do Estado como terceiro imparcial para conceder solução pacífica ao caso levado a seu exame. O direito de ação não deve, por essa razão, sofrer obstáculos, restrições, sob pena de negação da jurisdição prometida em troca da retirada dos particulares da possibilidade de



se fazer justiça de mãos próprias.

Restringir esse direito é o mesmo que dizer ao cidadão que ele está sem proteção jurídica e proibido de utilizar de outro meio para garantir o seu desiderato. Ou seja, é deixá-lo com o maior prejuízo que um homem pode ter: o sentimento de injustiça.

Por isso, a doutrina não vacila em afirmar que o direito de ação é público, autônomo e abstrato. Em resumo, independe da existência ou não de um direito material, aliás, seu uso, independentemente da natureza da providência jurisdicional que se pretende, se constitutiva, condenatória, mandamental, declaratória ou executiva *lato sensu*, tem sempre uma declaração da presença ou não do direito substantivo de que se diz titular.

Esse argumento é inatacável porque, mesmo frente uma sentença de improcedência do pedido do autor que, nada obstante ter negado a existência do direito material pretendido, houve, indubitavelmente, o devido uso do direito de ação. Tanto é assim, que a leitura do artigo 75 do código civil deve ser "a toda pretensão de direito existe uma ação que o assegure" e não "a todo o direito..." pois, como visto, mesmo quando não se tem direito há possibilidade do uso da ação.

Da mesma forma, a garantia de acesso irrestrito à jurisdição, prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, consistente em conceder proteção jurisdicional a todo aquele que tiver seu direito violado ou ameaçado, deve ser estendida a quem sequer sofreu ameaça, pois o direito de ação não pode ser condicionado a nada.

### 5.1. Das condições da ação

Esse subtítulo já é uma contradição em relação à conclusão lançada no parágrafo anterior. Ora, se o direito de ação é a porta que dá acesso à jurisdição e se essa é um dever do Estado, como condicioná-lo às denominadas condições da ação? Como se pode julgar alguém carecedor da ação se a mesma constitui um direito público, autônomo e independente?

Parece que a contradição é evidente. Tenta solucionar o problema o processualista paulista Antônio Carlos Marcato (1999, p. 22). Esse renomado jurista busca uma saída para o pa-

radoxo afirmando que o direito de ação se divide em condicionado e incondicionado. Segundo seu entendimento, o direito de demandar é incondicionado, enquanto o direito à efetiva prestação da tutela jurisdicional de procedência ou improcedência do pedido é condicionado às condições da ação.

A diferença básica, então, seria que no direito de demandar (incondicionado) não haveria por parte do Estado o dever de pronunciar-se acerca do pedido formulado, já quanto ao direito de ação (condicionado) acarretaria ao Estado o dever de declarar ou executar o direito reclamado.

O esforço do processualista aliado a seu vasto conhecimento não são suficientes para resolver a flagrante contradição. A verdade é que toda vez que se extingue o processo sem julgamento de mérito, tendo como pretexto a ausência de condição da ação, nega-se a jurisdição.

Aliás, esse expediente tem sido utilizado em larga escala como forma de amenizar a quantidade de processo nos respectivos cartórios. Numa comarca de entrância especial, por exemplo, o indeferimento de uma petição inicial por ausência de uma condição da ação leva o autor a ajuizar nova demanda, com chances claras dessa nova ação ser distribuída para outra vara que não a inicial.

O menos avisado, inocente, poderia questionar alegando que ao autor caberia o recurso de apelação previsto no artigo 296, inclusive com juízo de retratação. Mas qual seria a racionalidade de se recorrer ao tribunal e ficar aguardando por dois ou três anos uma resposta se o autor tem ou não o direito de ação. Percebe-se que neste caso o tribunal nada mais fará do que declarar a existência ou não de um direito de ação que se diz público, autônomo e abstrato.

Além do mais, a previsão recursal do artigo 296 pode se constituir numa verdadeira anomalia. Basta o autor recorrer e o tribunal reformar a decisão que indeferiu a petição inicial por falta de condição da ação. Imaginem a seguinte situação: com a reforma, o réu é citado e comparece aos autos alegando como preliminar a falta de condição da ação que o juiz já havia vislumbrado. Como proceder agora esse magistrado? Extinguirá novamen-

te a relação processual, seguindo seu convencimento, agora corroborado com o do réu?

Seja qual for sua decisão, outro recurso será interposto e o tribunal terá que se manifestar sobre uma matéria já decidida. Quando, porém, decidiu da primeira vez, o fez sem a presença do réu, o que o impossibilita de alegar matéria preclusa. Por outro lado, a câmara estará preventa e, certamente, não mudará sua decisão anterior. Dessarte, esse dispositivo, além do improvável uso, pode levar os sujeitos da relação processual a uma verdadeira arapuca.

Na realidade, a análise realizada pelo juiz quanto às condições da ação é e sempre será julgamento de mérito. Não se pode concluir que o pedido é juridicamente impossível, se a parte é manifestamente ilegítima ou se há falta de interesse de agir, sem adentrar, analisar o pedido do autor, o mérito da causa. Apesar da opção do legislador pela extinção sem julgamento do mérito, o processualista não pode deixar de admitir o equívoco em tal escolha.

É preciso também que se diga que as denominadas condições da ação podem e devem ser resumidas a apenas uma. Defender impossibilidade jurídica do pedido é uma aberração, pois se o Estado arrebatou o monopólio da justiça, como pode em dada circunstância alegar impossibilidade na prestação da tutela jurídica? No máximo, o que pode ocorrer é a falta de interesse.

Da mesma forma a ilegitimidade de parte não passa de falta de interesse no processo. Aquele que pleiteia direito alheio em nome próprio fora dos casos legalmente autorizados, não tem interesse no processo e, por via de consequência, deve, como quer o código, ser considerado carecedor da ação. Entretanto, para aqueles como nós, que vêm nas condições da ação julgamento de mérito, a decisão deveria

ser de improcedência do pedido.

## 5.2. Do indeferimento da petição por ausência de condição da ação

De toda essa celeuma, o mais grave é, sem dúvida, o indeferimento da petição inicial por suposta ausência das condições da ação. Como já salientado, o uso indiscriminado dessa prerrogativa acaba constituindo-se em total negação da jurisdição. O dever na prestação da tutela jurisdicional, aliado a necessidade do processo e da ação, faz com que

se prestigie o princípio da instrumentalidade da forma, impedindo indeferimentos desprovidos de real necessidade.

O expediente de extinguir a relação processual por ausência de condição da ação, deve ser usado toda vez que for necessário para prestar a jurisdição e não negá-la. Explica-se! Se, diante de uma legitimação ordinária, o autor pleiteia direito alheio, é necessário o indeferimento justamente para proteger o direito daquele que realmente é titular. Demonstrada a falta de interesse da parte ma-

*“A ação de direito material sempre poderá ser utilizada, só cedendo lugar à ação de direito processual quando restar ineficaz, tendo em vista o monopólio estatal e, logicamente, a proibição da justiça pelas próprias mãos.”*

nifestamente ilegítima, nega-se a proteção jurídica pleiteada e, por via oblíqua, protege-se o interesse do verdadeiro titular, ainda que este não esteja nos autos e portanto não se sabe quem é.

O indeferimento da petição inicial é tão desastroso que, mesmo em situação acima citada, deve-se buscar solução que dê continuidade à relação processual. A Revista dos Tribunais 642/188 traz à baila acórdão unânime da 2ª Câmara do TJ-BA datado de 04.04.89, na apelação número 760/87 com a seguinte decisão:

*“Embora a ação de investigação deva ser requerida pelo filho, não ocorre ilegitimidade da parte quando, por imprecisão técnica, a ação foi requerida pela genitora da*

*menor impúbere interessada, visando ao reconhecimento."*

Também acórdão unânime número 11.486 da 2ª Câmara do TJ-MA, de 05.04.90, citado pelo professor Humberto Theodoro Júnior em Código de Processo Civil Anotado, suscita a seguinte conclusão:

*"Para propor ou contestar ação - CPC, art. 3º - basta o menor esboço de direito e legitimidade. O juiz não deve ser tão rigoroso, a ponto de exigir que este conceito se aprofunde, além, pelo menos, da expectativa de direito que legitima o exercício da ação."*

## 6. Conclusão

A prestação da tutela jurisdicional é dever do Estado. O processo e a ação são meios colocados à disposição das partes para cobrar daquele que deve prestá-la o adimplemento da sua obrigação. Por mais que se obedeça a ritos procedimentais e princípios processuais, é mister compreender a dinâmica do direito - material e processual - de forma interdisciplinar e consciencioso de que o importante é a entrega da tutela jurídica por parte do Estado.

De todos os sujeitos envolvidos nessa tarefa, o juiz por ter o dever aliado ao poder, precisa ser capaz de avaliar as várias situações levadas a juízo para proceder com dinamismo capaz de cumprir o labor que está incumbido.

Respeitado o princípio de demanda, deve o juiz agir durante todo o tempo da relação processual em busca da solução de mérito para a causa posta sob seu exame. Dessarte, não é porque a parte dispôs de uma determinada produção de prova que o juiz estará impedido de realizá-la. O princípio dispositivo, jamais será óbice para isso. Nesse ponto, é necessário demonstrar a diferença que existe entre esses dois princípios.

A doutrina, erroneamente, costuma confundir esses dois princípios como se fossem sinônimos. O princípio de demanda impede o juiz de agir de ofício para iniciar uma relação processual, enquanto o dispositivo permite às partes escolherem a realização de certos atos processuais já com o processo em curso.

No entanto, essa disponibilidade das partes em muitos casos não afeta o juiz que poderá agir de ofício em busca da efetiva tute-

la jurisdicional. Essa possibilidade não é nenhuma criação alternativa, muito embora poderia até ser, e está expressamente prevista no código em vários dispositivos.

Como exemplos, pode se apontar os seguintes artigos do Código de Processo Civil, com previsão expressa para o juiz agir de ofício ou lhe fornecendo condições para conduzir o processo em busca de uma sentença de mérito: artigo 130, 131, 262, 342, 343, 355, 382, 440, etc. Para se ter uma idéia, o artigo 130 acima citado, permite ao juiz que de ofício determine as provas necessárias à instrução do processo.

Por isso, a insistência numa conscientização dos magistrados do dever e do poder que eles têm para prestar a tutela jurisdicional. Nessa linha de raciocínio é possível, por exemplo, defender o deferimento de uma tutela antecipada de ofício, sem requerimento da parte.

O juiz, ao perceber que a contestação apresentada pelo réu só tem finalidade protelatória, mesmo sem o requerimento do autor, poderá conceder a antecipação da tutela como forma de coibir essa defesa desleal e imoral. Outro exemplo que pode ocorrer é, diante de uma situação de extrema urgência, o juiz conceder a tutela antecipada para evitar perecimento do direito, um dano irreparável ou de difícil reparação.

Aqueles que negam tal possibilidade alegam que o juiz não pode agir dessa forma porque estará ofendendo o princípio de demanda. Usam desse argumento porque confundem princípio de demanda com dispositivo. O juiz, quando concede uma tutela antecipada de ofício, o faz com a relação processual em curso, com a jurisdição já devidamente movimentada.

O que se poderia dizer é que nesses casos ele ofenderia o princípio dispositivo. Mas como já discutido, inclusive com citações de artigos acima, o juiz tem respaldo legal para enfrentar esse princípio. É bom lembrar que nenhum princípio reina de forma absoluta, intransigente. Assim, ao princípio dispositivo temos o inquisitivo que permite ao juiz tomar algumas decisões mesmo contrárias àquele princípio.

É possível, ainda, objetar alegando que o autor poderá não aceitar a antecipação da tutela por entender que não a requereu. Ora, se ele assim agir, o juiz estará autorizado a extin-

guir o processo sem julgamento do mérito por flagrante ausência de interesse processual.

Finalizando, entendemos que a verdadeira prestação da tutela jurisdicional tem de enfrentar essas e tantas outras questões de forma corajosa e compromissada com um atuar que vise, acima de tudo, o interesse do cidadão enquanto credor da proteção jurídica prometida pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

## NOTAS

<sup>1</sup> Hodiernamente ainda encontra-se no ordenamento jurídico resquícios da autotutela, como, por exemplo, a defesa da posse, que pode ser exercitada pela força do possuidor que se encontrar nessa qualidade no momento da agressão.

<sup>2</sup> Não é sem outra razão que convivemos com a chamada "justiça alternativa", presenciada nas favelas das grandes cidades, oriunda justamente da omissão do Estado em prestar a tutela jurisdicional que proporcionou ao particular, geralmente oportunista, o "direito" de preencher esse vácuo de justiça e, assim, prestar a sua àquelas pessoas carentes.

<sup>3</sup> Justifica plenamente esse raciocínio, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC - ao exigir do juiz, na aplicação da lei, perquirir as razões sociais e o fim comum que ela se destina.

<sup>4</sup> "Roberto Lyra Filho parte da distinção entre Direito e Lei. Essa distinção, que aparece já nas próprias línguas, é tratada de modo concreto, pois terá como fio condutor a figura do Estado como legislador e a diferença entre a legalidade (que tende a rumar para o legalismo formal e autoritário) e a legitimidade (que procura confrontar a lei e a dominação). [...] A partilha (dos bens materiais) e sua regulação (nos contratos, delitos e penas) circunscreve a justiça geométrica ou distributiva e a justiça aritmética ou comutativa, sendo necessário distinguir entre o legislador - que ligitiza ou universaliza os direitos - e o juiz - que ressocializa ou concretiza a universalidade abstrata posta pelo legislador." (CHAUÍ, 1986, p. 19-20).

<sup>5</sup> Qual a racionalidade capaz de explicar o fato de se extinguir a punibilidade do devedor que pagar o valor sonogado antes da denúncia e não ocorrer o mesmo com um cidadão que após furtar um bicicleta a devolve ao dono, intacta, antes da denúncia? Todos não são iguais perante a lei?

<sup>6</sup> A evolução do processo, ao passar da fase autonomista, "[...] atingiu a paroxismos tais que se consagrou o equívoco de considerá-lo um fim em si mesmo, naquilo que passou a ser conhecido como **processualismo** [sem grifo no original] [...]" (DANTAS, 1997, prólogo).

<sup>7</sup> "Mas a escuta não deve alcançar, como se poderia pensar apressadamente, apenas os litigantes, mas também o pró-

prio juiz, o qual não tem sido treinado à democracia (ouvir/escutar/dialogar) mas à prepotência. Via de regra, ele entra no processo com preconceito de tratar com pessoas de "menor significado", que nada tem a dizer, mas apenas a ouvir sua "respeitável decisão"." (CARVALHO, 1995, p. 17).

<sup>8</sup> "Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de "checks and balances", à paralela expansão dos "ramos políticos" do estado moderno." (CAPPELLETI, 1993, p. 19).

<sup>9</sup> "Aproveito a ocasião para jurar que jamais fiz um poema ou verso ininteligível para me fingir de profundo sob a especiosa capa de hermetismo. Só não fui claro quando não pude [...]" (BANDEIRA, 1957, p. 91).

<sup>10</sup> São exemplos, entre outros, o artigo 29, inciso III da Lei 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, bem como o artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, utilizando, respectivamente, os termos *pro rata* e *de cujus*.

<sup>11</sup> "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece." Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

<sup>12</sup> "Na verdade, quem pensa em termos de "efetividade do processo" deve classificar as tutelas a partir dos seus resultados no plano do direito material, independentemente das suas características processuais." (MARINONI, 2000, p. 58).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo: Acadêmica, 1995. pp. 59-66.

AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. In: *OAB Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. pp. 129-142.

BANDEIRA, Manuel. *Itinerário de pasárgada*. Rio de Janeiro: São José, 1957.

BRASIL. *Código civil*. 50. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Código de processo civil*. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 21. ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. por Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

- CARVALHO, Amílton Bueno de. Direito alternativo e processo. In : RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo : Acadêmica, 1995. pp. 9-17.
- CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In : LYRA, Deodoró Araújo (Org.). *Desordem e processo*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo : Dialética, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. rev. e atual., São Paulo : Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Execução civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- DOTTI, René Ariel. A justiça e a linguagem cifrada. *Folha de Londrina*, Londrina, 28 de abril de 1997, cad. 1. p. 4.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes : o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição*. 10. reimpressão, trad. por Maria Betânia Amoroso, São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coors.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo : estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1986.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 7. ed., 2. tiragem, São Paulo : Malheiros, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo : elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba : EDIBEJ, 1996.
- OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. trad. por Heitor Cavalcanti Poppe, São Paulo : Editora Globo, [s/d].
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In : TUBENCHALAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coors). *Livro de Estudos Jurídicos*. 1. ed., vol. VII, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. pp. 91-119.
- \_\_\_\_\_. Democracia, participação e processo. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coors.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. pp. 83-97.
- \_\_\_\_\_. *Direito, poder, justiça e processo : julgando os que nos julgam*. 1. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Inovações no código de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- PEREIRA FILHO, Benedito. Embargos do devedor. Ausência de impugnação especificada. *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba : Genesis, v. 4, ano II, jan./abr. 1997. pp. 173-183.
- \_\_\_\_\_. O necessário reconhecimento da união estável. *Journal da Fundação*. Marília, n. 12, ano III, maio 1997. p. 2.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo : Revista dos Tribunais. n. 642. p. 188.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Lições alternativas de direito processual (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo : Acadêmica, 1995.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil : processo de conhecimento*. 4. ed. rev. e atual., vol. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de processo civil : execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3. ed. rev. e atual., vol. 2, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. Democracia moderna e processo civil. In : GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coors.). *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. pp. 98-113.
- \_\_\_\_\_. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aument., Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- VASSOURAS, Vera Lúcia Conceição. *O mito da igualdade jurídica no Brasil : notas críticas sobre igualdade formal*. São Paulo : V.L.C. Vassouras, 1994.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.