

**JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE**

# ***TUTELA PROVISÓRIA***

***Analisada à Luz das Garantias Constitucionais  
da Ação e do Processo***

*6ª edição revista e refundida do livro  
Tutela Cautelar e Tutela Antecipada:  
Tutelas Sumárias e de Urgência*

## Capítulo IV

# **GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL**

*1. Tutela jurisdicional e direito constitucional de ação. 2. Direito de ação: perspectiva constitucional. 3. Garantia do devido processo constitucional. 4. Garantia constitucional de ação e o resultado da atividade jurisdicional. Acesso efetivo ao processo e à ordem jurídica justa. 5. Efetividade como conteúdo da garantia constitucional da ação. Visão bilateral do fenômeno. 6. Tutela provisória e garantia constitucional de acesso à Justiça. 7. Tutela provisória e Poder Público. 8. Tutela provisória e valores constitucionais conflitantes. 9. O juiz e o contraditório. 10. O direito de ação, a inércia da jurisdição e o contraditório. 11. O contraditório e as questões de ordem pública.*

### **1. Tutela jurisdicional e direito constitucional de ação**

Todos têm direito à tutela jurisdicional. Essa afirmação, aparentemente simples, envolve uma das questões mais árduas da ciência processual, na vertente que estuda o relacionamento entre processo e Constituição.

O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, cujo exercício revela-se necessário por força do princípio da inércia, está assegurado a todas as pessoas no plano constitucional. Ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, inc. XXXV), o legislador garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar.

Muito mais que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República exige seja conferido a todos, indistinta e incondicionalmente, o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, à satisfação do direito não cumprido espontaneamente. Mas não é só. Esse resultado deve ser proporcionado com observância de certas garantias relativas ao respectivo processo, destacando-se o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV) bem como a duração razoável e a celeridade (CF, art. 5º, inc. LXXVIII).

Essa visão do fenômeno processual aplica-se a todos os sujeitos da relação instaurada entre o juiz e os sujeitos parciais. O autor da demanda, isto é, quem pleiteia a tutela jurisdicional asseverando ser titular do direito afirmado, é amparado pelo sistema constitucional, que lhe oferece a proteção estatal ao seu interesse eventualmente tutelado na esfera jurídico-material.

Nem todos os que se dirigem ao Poder Judiciário são realmente titulares de direitos. Muitos afirmam essa condição, mas não conseguem demonstrá-la, levando o juiz a rejeitar a pretensão apresentada.

Mesmo esses, todavia, têm direito ao mecanismo estatal de solução de controvérsias. Basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, para que a pessoa tenha acesso à jurisdição e ao processo.

Nessa medida, a Constituição Federal não assegura apenas o acesso a quem esteja efetivamente amparado pelas regras de direito material. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. Está à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, titular de direitos ou de meras pretensões infundadas, o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.

Assim, a garantia constitucional de ação representa para as pessoas, em última análise, garantia ao devido processo constitucional, ao instrumento estatal de solução de conflitos. Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto.<sup>1</sup>

O sistema processual-constitucional foi construído para conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos. Muito embora o acesso ao Poder Judiciário seja franqueado a todos, reais titulares de direitos ou detentores de simples interesses não amparados no plano material, o mecanismo está direcionado, evidentemente, para a satisfação de quem efetivamente merece a tutela jurisdicional.<sup>2</sup>

Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam se valer do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional por parte de quem dela necessita.

Insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação. É preciso identificar o que isso efetivamente representa para a esfera jurídica da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados

---

1. Cfr. Comoglio, “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* setembro/1991, p. 676. Dinamarco refere-se à tutela constitucional do processo, que representa o conjunto de princípios amparados pela Constituição Federal e diretamente relacionados ao sistema processual. Para ele, o “processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade” (*A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., p. 27). V. também Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., pp. 146 e ss.

2. Vittorio Denti observa a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, que passou a conferir significado concreto aos princípios enunciados na Constituição, assegurando-lhes significado substancial, não meramente formal. Daí o direito de ação, assegurado no art. 24 do texto constitucional, não significar mais, apenas, direito ao julgamento. Representa, na verdade, “una concreta garanzia di effettività della tutela dei diritti sostanziali, correlata col principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 cost.” (*La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 73).

para alcançar esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.<sup>3</sup>

O correto entendimento do complexo de normas constitucionais direcionadas para a garantia do sistema processual constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo.

As regras existentes na Constituição destinadas a estabelecer garantias para o processo não estão limitadas aos vários incisos do art. 5º, que substancialmente apontam para o juiz natural, contraditório, ampla defesa, vedação às provas ilícitas, duração razoável do processo e celeridade (incs. LIII, LIV, LV, LVI e LXXVIII). Encontramos ainda no capítulo reservado ao Poder Judiciário inúmeros dispositivos diretamente relacionados com o bom desenvolvimento do processo. As garantias dos juízes e dos tribunais (arts. 95 e 96) e o dever de motivação (art. 93, inc. IX) também constituem importantes instrumentos para assegurar efetividade à função jurisdicional.

Para produzir resultado prático dotado de utilidade e realmente capaz de solucionar o litígio a tutela jurisdicional depende da existência de sistema adequado de princípios relacionados ao processo em si, mas também da regulamentação adequada dos deveres e garantias daqueles a quem foram incumbidas sua condução e sua direção.<sup>4</sup>

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios.

Daí se poder afirmar ser o processo permeado de valores éticos, exatamente aqueles amparados pela própria Constituição. Cada País tem seu modelo processual-constitucional, construído em conformidade com as opções ideológicas dominantes.<sup>5</sup>

---

3. Cfr. Comoglio, *Commentario della Costituzione*, p. 10.

4. Cfr. Vittorio Denti, *La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 74. O ilustre processualista da Universidade de Pavia acrescentou que a perspectiva tradicional do estudo do processo tende a dar maior importância às normas constitucionais representativas de garantias individuais das pessoas. Mas – observou – existe intensa interpenetração entre tais garantias e aquelas concernentes à posição institucional do juiz no ordenamento, tal como se verifica pela Declaração Internacional dos Direitos do Homem. O autor apresenta interessantes considerações sobre as garantias processuais estabelecidas nessa carta (pp. 74-78).

5. Cfr. Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 22 e ss. Comoglio, em magnífico estudo de Direito Comparado, procura identificar nos vários sistemas de garantias constitucionais do processo um modelo unitário, com requisitos básicos de forma e de conteúdo. Após minucioso exame dos diversos sistemas constitucionais e do tratamento dado ao processo em cada um deles, apresenta as características fundamentais do processo italiano e critica conclusões fundadas em visão equivocada do modelo processual previsto na Constituição (cfr. “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* setembro/1991, pp. 673 e ss.). Também sobre as garantias constitucionais do processo, incluindo exame do modelo brasileiro, v., do mesmo autor, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, *RePro* 90/95 e ss. O caráter ético da ciência processual aponta para a insuficiência da visão exclusivamente técnica do fenômeno. Horácio Wanderlei Rodrigues ressalta a necessidade de ampliação de horizontes: “O processualista que não perceber esse aspecto, que não se inserir no contexto político, econômico, cultural e social de seu tempo, continuando a ver as questões de aces-

Exatamente por isso, o sistema processual deve ser construído a partir das regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade.<sup>6</sup>

## 2. *Direito de ação: perspectiva constitucional*

O direito constitucional de acesso à Justiça, autônomo, incondicional e abstrato, não se confunde com o objeto da pretensão deduzida pelo autor da demanda e consubstanciada em determinada situação da vida supostamente amparada por regras substanciais para a qual se pleiteia a proteção jurisdicional, com fundamento na violação ou ameaça ao alegado direito. A evolução da ciência processual demonstrou a autonomia entre a ação e o direito material, premissa hoje aceita de forma absoluta e que dispensa maiores indagações.

Cabe ao processualista moderno, preocupado com os escopos da ciência à qual se dedica, outra ordem de questões.

Dúvida não há de que toda discussão sobre o direito de ação, quer relativa às teorias concebidas com o fim de identificar sua natureza, quer quanto ao nexó entre ele e a efetiva existência do direito material, tem, hoje, reduzida importância para o sistema processual.<sup>7</sup>

---

so à Justiça apenas como problemas a serem resolvidos através da criação de novos instrumentos técnico-processuais ou da correção dos existentes, estará auxiliando na manutenção e reprodução do *status quo*. É preciso que o sistema processual seja visto não somente como um instrumento de solução de conflitos intersubjetivos (aspecto inegavelmente importante) ou mesmo difusos, coletivos ou individuais homogêneos, mas também e fundamentalmente como instrumento político de realização da justiça social, escopo maior do Estado contemporâneo” (*Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*, 1ª ed., p. 128). Dinamarco também ressalta o caráter eminentemente político da função jurisdicional e a necessidade de examinar o sistema pelo prisma dos resultados que ele produz (cfr. *A instrumentalidade do processo*, pp. 182 e ss.).

6. O método adequado é proposto por Comoglio: “Ciò chiarito, non pare ormai più corretto (nè tantomeno realistico) analizzare anzitutto il processo, nell’assetto sistematico dei principi che ispirarono la codificazione del 1942, e quindi sottoporlo ad una sorta di marginale verifica, che *a posteriori* determini il grado variabile della sua conformità a siffatte garanzie. Pare invece giustificato un *iter* metodologico inverso, il quale, assumendo *a priori* la validità del modello processuale che la Costituzione ha voluto consacrare, sappia conformemente ricostruire, a sua immagine e somiglianza, la disciplina (per così dire, ‘vivente’) del processo civile in Italia” (cfr. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1994, p. 1.064). A tendência cada vez maior de admitir a influência de valores constitucionais sobre o processo já fora identificada por Vittorio Denti em 1983, em comunicação apresentada em congresso italiano de Direito Comparado (cfr. “Valori costituzionali e cultura processuale”, *Rivista di diritto processuale* XXXIX/443 e ss.).

7. Cfr. as observações feitas por Giovanni Tarello a respeito dos significados diversos de *ação* atribuídos por Chiovenda, Calamandrei, Pekelis e Orestano (“Quattro buoni giuristi per una cattiva azione”, in *Dottrine del processo civile – Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, pp. 241 e ss.).

As grandes questões envolvendo as várias teorias sobre a natureza da ação constituem preocupação já superada. A moderna ciência processual não se ocupa delas, pois se entende que tais construções doutrinárias cumpriram bem seu papel, contribuindo para a evolução dos institutos processuais. Não há mais razão para insistir nessas questões teóricas, satisfatoriamente solucionadas. Eventuais divergências doutrinárias a respeito não têm relevância prática.

Necessário seja o tema tratado em conformidade com a visão atual da ciência processual, com ênfase para a preocupação fundamental do processualista de hoje, qual seja, a efetividade do instrumento. O grande desafio do estudioso do processo está centrado no problema maior representado pela eficácia prática e na necessidade de desenvolver mecanismos aptos a alcançar esse objetivo.<sup>8</sup>

A relevância dessas questões será ainda menor se o fenômeno for analisado pelo prisma constitucional, pois o resultado mostra-se compatível com qualquer das teorias formuladas ao longo do tempo. De mais a mais, tais concepções de ação, na verdade, acabam se completando, visto que resultam de exame do instituto por pontos de vista diversos.<sup>9</sup>

Em síntese, é necessário *revisitar* o tema e tratá-lo segundo a visão instrumentalista do direito processual.<sup>10</sup>

A revisão conceitual do fenômeno *ação* mostra-se adequada à realidade da ciência processual. Não parece mais conveniente continuarmos nos grandes debates sobre a natureza da ação, se direito concreto ou abstrato, condicionado ou incondicionado. Todas essas teorias encontram explicação nas premissas adotadas pelos respectivos defensores. Devemos, pois, extrair dessa garantia constitucional significado útil para o destinatário, cujo objetivo é obter a satisfação do suposto direito violado.<sup>11</sup>

---

8. Isso não significa ignorar a contribuição que o desenvolvimento dessas teorias trouxe para a ciência processual: “Che le tradizionali teorie dell’azione abbiano de decenni esaurito la loro funzione, per lasciare spazio ad una visione più moderna del processo e della tutela giudiziaria, nella prospettiva costituzionale, è constatazione indiscutibile. Né, con ciò, si è mai rinnegata o smentita, retrospettivamente, l’importanza di quella (pur esaurita) funzione” (Comoglio, “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, *Rivista di diritto processuale* 2/466).

9. Cfr. Alessandro Pizzorusso, “Garanzie costituzionale dell’azione”, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 4ª ed., vol. VIII, p. 610.

10. Cfr. o enfoque dado à questão das condições da ação no meu *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 99 e ss., onde procurei estabelecer a função dessa categoria para o sistema processual, em conformidade com a ótica do instrumentalismo substancial. V. também Comoglio, “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, *Rivista di diritto processuale* 2/469 e ss., apontando a redução da relevância e da utilidade do conceito tradicional de ação, abstrato ou concreto.

11. Na “Introdução” à 2ª edição de seu livro sobre processo civil, José Rodríguez Urraca aponta a superação da polêmica doutrinária sobre a natureza da ação, concentrando-se em aspectos mais relevantes do problema: “No interesa, en fin de cuentas, si la acción es un derecho abstracto o concreto, sino preguntarnos – y respondernos – si ella sirve efectivamente para resolver todos los problemas que se presentan a quien hoy tiene necesidad de acudir a litigar en defensa de sus intereses” (*El proceso civil*, 2ª ed., p. 4).

Têm valor meramente histórico, portanto, as considerações a respeito da natureza abstrata ou concreta da ação, de seu caráter condicionado ou incondicionado.<sup>12</sup> Na verdade, a ação perdeu a relevância que lhe era atribuída pelos processualistas.<sup>13</sup>

Essa constatação poderia apontar para a completa desnecessidade de o tema ser novamente tratado pela doutrina.

Mas o interesse no exame desse instituto ainda persiste se mudarmos o ângulo de visão, para considerá-lo à luz de sua contribuição para a efetividade do processo.

Parece mais adequado tentar identificar a relevância constitucional da ação, como direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material.

Daí a pertinência teórica e prática de se voltar ao tema, agora por outro prisma, na tentativa de enfrentá-lo segundo visão instrumentalista da ciência processual.

A identificação do conteúdo do direito de ação no plano constitucional é útil não só para efeito de identificar sua verdadeira função para a ciência processual e para os resultados que ela busca alcançar, como também para verificar a legitimidade dos limites impostos pelo legislador infraconstitucional ao regulamentar o exercício desse direito.

Pode-se afirmar, com apoio na moderna doutrina processual, que a ação configura direito ou poder vinculado não a direito substancial existente, mas apenas afirmado.<sup>14</sup>

---

12. A última tentativa doutrinária de sistematização do direito de ação foi realizada por Liebman, cujas noções são suficientemente conhecidas dos processualistas pátrios, muitos com posições próprias a respeito do fenômeno (cfr. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, pp. 135 e ss., e *Manual de direito processual civil*, vol. 1, pp. 145 e ss.; Dinamarco, *Execução civil*, 8ª ed., pp. 379 e ss.; Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, pp. 45 e ss., e *As condições da ação penal*, pp. 26 e ss.; José Ignácio Botelho de Mesquita, *Da ação civil, passim*; João Batista Lopes, *Ação declaratória*, 4ª ed., vol. 10, pp. 17-33; Antônio Carlos Marcato, *Ação de consignação em pagamento*, 6ª ed., pp. 59-78, e *Procedimentos especiais*, 9ª ed., pp. 21 e ss.; Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 7ª ed., pp. 24 e ss., e *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 88 e ss.). A respeito da construção de Liebman, Vittorio Denti tece a seguinte observação: “Proprio la prolusione torinese di E. T. Liebman tuttavia, per la sua stessa impostazione, sembrava voler porre il suggello definitivo all’evoluzione dell’azione, facendola rientrare totalmente nell’alveo del processo, come potere che condiziona, col suo esercizio, la funzione giurisdizionale, quale si esprime nel provvedimento sulla domanda. Ed era in qualche modo inevitabile che, per questa via, l’azione finisse col coincidere coi poteri processuali che si esercitano con la domanda e con l’eccezione e che rappresentano, *a parte actoris*, l’attuazione del principio della domanda e di quello del contraddittorio. È significativo, sotto questo aspetto, che la più recente codificazione dell’azione, quella francese (art. 30 *code de procédure civile*) la definisca *le droit, pour l’auteur d’une prétention, d’être entendu sur le fond de celle-ci* e, per il convenuto, *de discuter le bien-fondé de cette prétention*. In ultima analisi, e come meglio si chiarirà in seguito, l’azione è considerata, piuttosto che un *diritto* in senso proprio, una *garanzia*, che finisce per coincidere col contraddittorio, e quindi con la difesa in giudizio” (“Azione”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, p. 1). De fato, muito mais do que direito ou poder de iniciar o processo, ação é garantia constitucional ao modelo processual, tal como regulado pela própria Constituição, informado pelo contraditório e pela ampla defesa. Essas ideias serão mais bem desenvolvidas a seguir.

13. Cfr. Fazzallari, “Azione civile (teoria generale e diritto processuale)”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile II*, p. 33.

14. Cfr. Proto Pisani, “I procedimenti cautelari”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, p. 12; v. tb. Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, 6ª ed., pp. 88 e ss.

Toda vez que alguém procura a tutela jurisdicional do Estado o faz para afirmar a existência de um direito lesado ou ameaçado. Esse direito pode ter natureza individual, difusa ou coletiva. Mas será sempre afirmada a existência de um interesse juridicamente tutelado no plano material.

Não se nega a existência de tutelas jurisdicionais cujo objeto imediato não é a proteção ao direito material. Mandado de segurança contra ato judicial, ação rescisória, ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade são alguns exemplos. Desses, apenas o último não está fundado em determinada situação da vida. Nos dois primeiros, ainda que indiretamente, a tutela jurisdicional pleiteada refere-se ao plano substancial. À base do mandado de segurança contra ato judicial ou da ação rescisória está sempre uma situação concreta, regida pelo direito material, para a qual se busca proteção judicial.

No caso das ações diretas versando a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade em tese de leis temos modalidade anômala de tutela jurisdicional, voltada à compatibilização da legislação ordinária com o texto constitucional. Trata-se de situação excepcional, decorrente do modelo adotado pelo legislador brasileiro para o controle direto da constitucionalidade das leis.

Em regra a garantia constitucional de ação estabelece nexo entre os instrumentos processuais de tutela dos direitos e as situações concretas de direito substancial, na linha da tradição continental.<sup>15</sup>

De qualquer modo, a relevância de estudo sobre o direito de ação reside na possibilidade de ser extraída daí nova visão desse fenômeno processual, que de algum modo contribua para a efetividade do processo. Todo instituto processual deve ser concebido de forma a conferir utilidade prática à ciência a que pertence. De nada adianta discutir longamente a respeito de aspectos do direito de ação cujas conclusões não contribuam para aprimorar o mecanismo, sempre considerando os objetivos do direito processual.

Nessa linha, parece que as reflexões sobre esse tema devem deslocar-se para o plano constitucional, que assegura a todas as pessoas, como garantia fundamental, o direito de ação, ou, melhor, o direito de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça (CF, art. 5º, XXXV).

### ***3. Garantia do devido processo constitucional***

Ao apontar a natureza constitucional do direito de ação, necessário identificar qual o verdadeiro conteúdo dessa garantia, hoje considerada como inerente à própria personalidade da pessoa. Ou seja, não basta afirmar que o direito de ação é assegurado a todos. Imprescindível determinar o conteúdo e a exata extensão dessa garantia. O que pode exigir do Estado o sujeito de direito, por ser beneficiário do poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado, para proteção a determinada situação jurídica com

---

15. Cfr. Alessandro Pizzorusso, “Garanzie costituzionale dell’azione”, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 4ª ed., vol. VIII, p. 610.



fundamento em suposta ameaça ou violação? Qual o limite da atuação do legislador infraconstitucional na regulamentação desse direito?

Em suma, a indagação é uma só: o que significa, efetivamente, direito constitucional de ação?

Não se trata de preocupação puramente teórica ou acadêmica. A identificação do conteúdo da garantia em questão é fundamental, pois o legislador ordinário deve adequar o sistema processual aos postulados estabelecidos em sede constitucional.<sup>16</sup>

Inicia-se com verificação de eventuais limites ao seu exercício pelo titular. Por esse ângulo a resposta é inexorável. Trata-se de direito desvinculado de qualquer condição, salvo os requisitos formais exigidos para acesso ao órgão judicial: ser sujeito de direito, ter capacidade de exercê-lo ou estar acompanhado do representante legal e ser representado por quem seja habilitado a deduzi-lo em juízo (advogado). O direito de ação destina-se à veiculação de qualquer interesse eventualmente assegurado pelo ordenamento jurídico material. Basta a afirmação da existência de um suposto direito, individual, coletivo ou difuso, para que alguém tenha a seu dispor o meio pelo qual poderá deduzi-lo perante o órgão jurisdicional e postular a respectiva tutela.<sup>17</sup>

Importante enfatizar que a garantia da ação está relacionada, em regra, à existência de uma pretensão, fundada na incidência de regras de direito material a determinada situação da vida. Mas não apenas os efetivamente titulares dessa posição de vantagem prevista em lei podem valer-se dos mecanismos estatais de solução de controvérsias. Para ter acesso a eles – e é esse o real significado da garantia constitucional da ação – basta alguém *afirmar* a existência de um interesse juridicamente protegido.

O problema da ação constitucional deve ser solucionado, pois, não à luz da modalidade de tutela pleiteada, nem da natureza do direito substancial afirmado.

Daí inexistir ação típica ou nominada. A atipicidade do direito de ação vem afirmada no texto constitucional, que ampara todos os direitos, indistintamente, contra qualquer ameaça ou lesão (art. 5º, XXXV).<sup>18</sup>

16. Comoglio rejeita o caráter apenas teórico na fixação dos limites de aplicação das garantias constitucionais do processo, preocupação fundada em “pressupposti di carattere pratico-valutativo, in quanto la stessa realtà politica ed economico-sociale, di cui è espressione la disciplina costituzionale, non sempre trova adeguata risposta ai suoi problemi nella genericità e nell’astrattezza delle singole norme” (*La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, p. 4).

17. A constitucionalização da atipicidade do direito de ação é explicada por Proto Pisani: “ciò significa che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dall’ordinamento giuridico, può agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscano il potere di azione” (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 599). Nessa medida, é preciso que os operadores do Direito se conscientizem de que ação não tem nome. É suficiente a identificação, no plano jurídico-material, do tipo de providência necessária à proteção do direito. Com tais dados pleiteia-se a tutela jurisdicional adequada, mediante o exercício do direito constitucional de ação. Não se justifica a preocupação, muito comum entre os profissionais, sobre qual a ação a ser proposta, que nome lhe atribuir. As circunstâncias inerentes ao direito material influem, muitas vezes, no tipo de processo, de procedimento ou de tutela, mas não na ação, que configura direito genérico e invariável.

18. Também a Constituição italiana prevê direito de ação em caráter genérico, o que implica dizer “che chiunque si affermi titolare di un diritto, riconosciuto come tale dall’ordinamento italiano, può

A partir dessa previsão, não tem mais sentido discutir sobre a diferença entre ação, abstrata ou concreta, e o direito de propor demandas. O que importa, realmente, são os problemas relacionados à efetividade das várias formas de tutela jurisdicional. A tipicidade das ações resolve-se, na verdade, em tipicidade de tutelas. Estas, sim, representam o elemento variável da demanda. Ação é única, voltada à obtenção de mecanismos aptos a assegurar o direito afirmado, se reconhecida sua existência. Não comporta adjetivações, próprias da tutela pleiteada.<sup>19</sup>

Ação está relacionada ao processo e à sua estrutura. Trata-se de garantia de acesso efetivo ao meio necessário à satisfação de um interesse, o que depende, evidentemente, da subsunção dos fatos alegados ao ordenamento jurídico material. Mas, mesmo se rejeitada a pretensão, porque infundada, o sujeito teve assegurado o acesso previsto na Constituição.

Somente a partir dessa perspectiva se justifica voltar ao tema. Deve ser o instituto revisitado segundo essa visão que pretende extrair seu verdadeiro significado, dotado de relevância para a efetividade do processo.

Se não for assim, melhor não mais se preocupar com a ação, uma vez que as várias correntes doutrinárias a respeito já se incumbiram de esgotar os argumentos, muito embora nenhuma explique o fenômeno pelo prisma da efetividade.<sup>20</sup>

Ao afirmar que a lei não poderá subtrair à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o legislador constitucional estabelece, de um lado, a garantia da ação; de outro, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

---

agire in giudizio a sua tutela senza la necessità di specifiche norme di raccordo che gli attribuiscono il potere di azione” (Proto Pisani, “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”, conferência realizada nas *II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil*, p. 1).

19. Cfr. Comoglio, “Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale”, *Rivista di diritto processuale* 2/489. Flávio Yarshell conclui, acertadamente, que o poder ou direito de invocar a tutela jurisdicional não comporta tipificação, pois o fenômeno é sempre o mesmo, embora relacionado a diferentes situações jurídico-substanciais (*Tutela jurisdicional*, p. 60). E, como essa garantia deve representar, para a pessoa que dela necessita, a possibilidade concreta e efetiva de obter proteção para qualquer situação de violação ou ameaça ao direito, a tutela jurisdicional também é atípica, no sentido de que inexistente rol taxativo de provimentos (ob. cit., p. 138). Não obstante correta a segunda conclusão, parece que, enquanto a garantia da ação, relacionada ao direito constitucional de acesso ao processo *equo e giusto*, não comporta sequer qualificativo, a tutela jurisdicional, embora genérica como previsão, pode ser objeto de classificação à luz da situação material a que se refere (tutela possessória, tutela reivindicatória, tutela consignatória) ou de seus efeitos (tutela declaratória, tutela condenatória, tutela constitutiva, tutela executiva). Essa circunstância, na verdade, não é negada pelo autor, que afirma existência de formas de tutela, estabelecidas a partir da situação substancial, identificando o bem da vida e a eficácia substancial (ob. cit., p. 141). O tema foi desenvolvido de forma mais pormenorizada, com o exame dos vários critérios levados em conta para a classificação e das eventuais impropriedades, a partir do item 8, pp. 142 e ss., da obra citada.

20. Por isso, Vittorio Denti entende necessário que “il problema dell’azione sia collegato non soltanto con le modalità processuali della tutela, ma anche con la posizione stessa del giudice nell’ordinamento, e quindi con la caratteristiche fondamentali dell’ordine giudiziario. Correlazione, questa, che è invece prevalentemente mancata nello svolgimento delle teorie dell’azione, centrate tutte sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, e perciò sulla proiezione nel processo dei diritto soggettivi” (“Azione”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, p. 2).

A tutela constitucional da ação é fenômeno que se desvincula do problema de relacionamento entre direito e processo, para assumir significado maior.

Essa garantia estabelecida na Constituição Federal não nos assegura o reconhecimento do direito que afirmamos possuir, mas também não significa apenas o acesso livre ao Poder Judiciário. Representa o complexo de poderes constitucionais conferidos a quem necessita da intervenção estatal. É garantia de meio e de resultado, o que não significa identificação com o conteúdo variável pretendido pelos litigantes – o interesse material deduzido –, mas com o valor constante da efetividade instrumental.<sup>21</sup>

A efetiva proteção ao direito afirmado não integra, obviamente, a garantia da ação. Trata-se da real existência da tutela jurídica, questão a ser analisada exclusivamente à luz das regras substanciais e antecedentes ao processo.<sup>22</sup>

Assegura-se a todas as pessoas o acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao meio pelo qual essa função estatal desenvolve sua atividade. Se a jurisdição atua pelo processo e se todos têm direito a essa atividade do Estado, todos têm direito ao processo.

Mas não a qualquer processo. A Constituição também se preocupou em estabelecer as linhas fundamentais desse meio de atuação de uma de suas funções. O legislador constitucional determina os princípios e as garantias essenciais ao método utilizado pela jurisdição para solução de controvérsias, instituindo o *modelo processual brasileiro*.<sup>23</sup>

O direito de ação nada mais é do que o direito ao modelo processual estabelecido na Constituição da República.

Acesso à Justiça, ou, mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa<sup>24</sup> significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional

21. Trata-se do processo justo a que se refere Comoglio, em cujo contexto a busca da efetividade se manifesta mediante a regulamentação de técnicas adequadas a assegurar o resultado “che, anziché proiettarsi specificamente (come per l’azione) verso la realizzabilità *esterna* delle forme di tutela, si traduce nell’adeguatezza *interna* del contraddittorio o della difesa, seppur in funzione costante dell’esito finale del giudizio” (“Contraddittorio”, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 4ª ed., vol. IV, p. 6). Afinal de contas, a efetividade do processo constitui condição *sine qua non* para a garantia real e concreta de qualquer interesse individual ou coletivo constitucionalmente assegurado (cfr. Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, p. 55).

22. Cfr. Vittorio Gasparini Casari, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, p. 125.

23. Os princípios constitucionais do processo brasileiro atendem àquele conjunto de garantias que Vittorio Denti aponta como necessário à configuração do processo justo e que Barbosa Moreira, em conferência realizada na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 19.8.1997, denominou de “processo civilizado”: imparcialidade do juiz, publicidade da audiência, necessidade de motivação das decisões, contraditório, direito à prova (cfr. Denti, “Valori costituzionali e cultura processuale”, *Rivista di diritto processuale* XXXIX/445). V. também Vincenzo Vigoritti, *Garanzie costituzionale del processo civile, passim*. Sobre os princípios constitucionais do processo, cfr. Nelson Nery Jr., *Princípios do processo civil na Constituição Federal, passim*; Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo, passim*; Carlos Augusto de Assis, *A antecipação da tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)*, pp. 23 e ss., incluindo o exame dos dois aspectos da garantia: *procedural due* e *substantive due process*.

24. Cfr. Kazuo Watanabe, *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça)*. *Processo coletivo e outros estudos*, pp. 3-10.

do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do *devido processo constitucional*. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo *equo, corretto, giusto*.<sup>25</sup>

As garantias constitucionais do processo asseguram esse mecanismo adequado à solução das controvérsias. São garantias de meio e de resultado. Estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também a um resultado suficientemente útil e eficaz para quem necessita valer-se dessa atividade estatal. Proporcionam vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses, para que a tutela jurisdicional obtida ao final do processo seja dotada de efetividade.

#### **4. *Garantia constitucional de ação e o resultado da atividade jurisdicional.*** ***Acesso efetivo ao processo e à ordem jurídica justa***

A eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional<sup>26</sup> e constitui elemento essencial do Estado de Direito.<sup>27</sup>

As regras que compõem o devido processo constitucional destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro,<sup>28</sup> conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos que necessitem recorrer à atividade jurisdicional do Estado.

---

25. Comoglio observa com propriedade que o processo incorpora e atua um método institucional de resolução de conflitos sociais, como tal regulado pelas regras estatais. As garantias a ele relativas – afirma – “non si limitano a rafforzare dall’esterno una mera *riserva legislativa* per la regolamentazione di quel metodo, ma dall’interno impongono a quest’ultimo, ed alla sua disciplina, alcune condizioni minime di legalità e di correttezza, la cui efficacia è potenzialmente operante in qualsiasi fase (o momento nevralgico) del processo” (“Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1994, p. 1.069).

26. Na Itália a doutrina extrai do sistema constitucional o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Mas não somente nessas regras se apoia a doutrina para enfatizar a importância do princípio. Invocam-se também o art. 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem, ratificada naquele País em 4.8.1955, pela Lei 848; o juramento prestado pelos magistrados (art. 9º r. d. 30.1.1941, n. 12, alterado pela l. 23.12.1946, n. 478) e pelos advogados (art. 8º r. d., l. 27.11.1933, n. 1.578).

27. Cfr., a respeito, Giorgio Costantino, “Il processo incivile nel 1995 (note sulla applicazione dimezzata della riforma)”, *Il foro italiano* maio/1995, p. 225, que ressalta ser a ineficácia do processo equivalente à inexistência de regras gerais e predeterminadas, com retorno ao sistema feudal, “nell’ambito del quale la tutela delle situazioni subietive risiede esclusivamente nell’appartenenza ad un gruppo (a una *lobbie*, a un partito, ad una associazione più o meno segreta) e non nell’applicazione, con la tecnica del contraddittorio, di regole generali e predeterminate, valide per tutti i consociati; è l’abolizione non solo del processo, ma del diritto stesso”.

28. “Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria” (Andolina e Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, p. 13).

O processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de se tornar inútil.

Daí decorre a ideia de efetividade como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que constituem os fundamentos do sistema processual brasileiro. Trata-se, sem dúvida, de componente inafastável das garantias constitucionais do processo.<sup>29</sup>

Não basta assegurar, portanto, a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele.

Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, duração razoável, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos os meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.<sup>30</sup>

Por esse ângulo, e principalmente em País onde avultam as desigualdades sociais, escancaradas pela pandemia, assume papel de relevo no rol de garantias do sistema processual a assistência judiciária gratuita, concedida a todos os que não tenham recursos suficientes para iniciar o processo (CF, art. 5º, XXXIV).<sup>31</sup>

Também de nada valeriam todas as garantias constitucionais dirigidas a esse instrumento estatal se o sistema não assegurasse suficiente independência dos juízes, a fim de preservar sua imparcialidade. Talvez seja esse o grande suporte de um sistema processual civilizado.<sup>32</sup>

---

29. Cfr. Comoglio, “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1994, p. 1.065. É do eminente titular de Pavia a afirmação de que “la Costituzione si configura come un complesso di garanzie, volte a salvaguardare nel tempo l’intangibilità di fondamentali valori, anche i c. d. *diritti processuali* che essa riconosce vanno considerati dal duplice angolo visuale delle *possibilità pratiche* di una loro *concreta violazione* e di un’altrettanto *concreta loro reintegrazione*” (*La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, p. 87).

30. Denti reporta-se a decisão da Corte Europeia dos Direitos do Homem segundo a qual não faz sentido regular corretamente o *iter* processual se não houver a prévia e concreta garantia de sua instauração (*La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 76). Sobre o significado de acesso à Justiça e os obstáculos a serem transpostos para assegurar a efetividade dessa garantia v. Cappelletti e Garth, *Acesso à Justiça*, pp. 15 e ss.

31. A propósito, Denti aponta julgamento da mesma Corte Europeia condenando o Estado Italiano por considerar inadequado o sistema do patrocínio gratuito ali instituído (cfr. *La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 78).

32. Sobre as garantias de independência do juiz brasileiro à luz do regime constitucional anterior, mas substancialmente aplicável ao atual, cfr. Ada Pellegrini Grinover, “A independência do juiz brasileiro”, in *O processo em sua unidade – II*, pp. 41 e ss. A respeito da garantia da imparcialidade, assim se manifestou a eminente processualista: “A imparcialidade do juiz, mais do que um simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, a *imanência do juiz no processo*, pela completa jurisdicionalização deste, leva à reelaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial,

Embora as questões relacionadas ao direito de ação tenham sido objeto de inúmeras teorias e construções doutrinárias, algumas observações a respeito do tema são ainda pertinentes.

Superada a fase puramente técnica da ciência processual, em que as preocupações eram de outra ordem, surge a necessidade de identificar, substancialmente, a verdadeira função dessa garantia constitucional na vida das pessoas. Não basta dizer – insisto – que todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário, nem afirmar que a ação deve ser identificada com esse direito abstrato e incondicionado, colocado à disposição do sujeito de direito, sem esclarecer qual seu conteúdo, isto é, o que representa para cada um de nós a titularidade da ação, qual seu significado real para quem porventura necessitar da intervenção jurisdicional.<sup>33</sup>

Essa garantia deve significar, portanto, o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.

Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não

---

em núcleo essencial da função jurisdicional” (“O princípio do juiz natural”, in *O processo em sua unidade – II*, pp. 3-4).

33. Vittorio Denti, com precisão, identificou a questão fundamental no estudo da ação pelo prisma constitucional. O verdadeiro problema, diz ele, não era o reconhecimento abstrato desse direito, mas a garantia do acesso concreto à tutela jurisdicional por parte das pessoas. Essa visão do direito de ação revela preocupação não apenas de cercá-la de um complexo de garantias objetivas para acesso à tutela, mas também em remover os óbices econômicos e sociais ao pleno exercício dos direitos pelas pessoas (cfr. *La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 102). Por isso não parece aceitável a afirmação de que a garantia constitucional da ação não tem relevância processual (cfr. Liebman, *Problemi del processo civile*, p. 41; Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 7ª ed., p. 36, e “Pressupostos processuais e condições da ação”, *Justitia* 156/ 53 e 62, nota 31). Adequada interpretação do princípio da inafastabilidade deve conferir-lhe significado real e concreto “al fine di assicurare loro in’effettiva capacità di incidenza sulle strutture del processo ordinario, nel quadro di un suo graduale adeguamento ai principi costituzionali” (Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, p. 41). Isso significa, portanto, que a previsão constitucional deve refletir-se efetivamente sobre o ordenamento processual. Essa preocupação também foi externada por Ronnie Preuss Duarte, que destacou a relevância da identificação do conteúdo dessa garantia e procurou determiná-lo, além de tratar o acesso à Justiça como direito fundamental (*Garantia de acesso à Justiça. Os direitos processuais fundamentais*, pp. 19-24 e 90-228). Em síntese, processo justo para o autor é aquele “conformado de tal forma que, tanto quanto possível, conduza a um resultado justo (...) no sentido de possibilitar às partes um desfecho substancialmente conforme o Direito” (pp. 20 e 21). Nessa mesma linha, impõe-se ao legislador “o dever de formatar técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito substancial”, bem como ao juiz o de suprir eventuais lacunas na legislação, não podendo o Judiciário “se compadecer com uma interpretação que aponte para a incapacidade de o processo atender aos reclamos do direito material” (Pedro Scherer de Mello Aleixo, “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira. A caminho de um ‘devido processo proporcional’”, in Antônio Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Wolfgang Sarlet (orgs.), *Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de Direito Comparado*, p. 425).

significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra de modo útil e tempestivamente.<sup>34</sup>

Ou seja, o direito de ação e o direito de defesa constituem aspectos inerentes à garantia de acesso à Justiça, o que significa que todos têm direito à via constitucional de solução de litígios, livres de qualquer óbice capaz de comprometer a eficácia do resultado pretendido por aquele cujos interesses estejam amparados no plano substancial. Mas quem não obtém a tutela jurisdicional, por não conseguir demonstrar a existência de proteção jurídica ao interesse deduzido, também tem direito a esse instrumento, com todas as garantias a ele inerentes.

Esse é o significado da expressão “acesso à ordem jurídica justa”, que pretende representar o escopo máximo da atividade jurisdicional e de seu instrumento.<sup>35</sup>

O processo deve significar para as pessoas o mecanismo apto a lhes proporcionar esse acesso, isto é, deve ser dotado de garantias suficientes para que as partes possam deduzir suas razões, bem como para que o real titular do direito o veja reconhecido e satisfeito de forma efetiva e eficaz.

Nessa medida, o direito constitucional de ação assume o importante papel no sistema de garantia de acesso à ordem jurídica justa. Mas garantia substancial não só ao mecanismo constitucionalmente assegurado, mas também à eliminação dos óbices econômicos, culturais, sociais e técnicos à efetividade do resultado dessa atividade estatal. Somente com essa configuração o direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF não será mais uma daquelas figuras de retórica, meramente formais e vazias de conteúdo.<sup>36</sup>

Além do mais, visão publicista do fenômeno aponta para o aspecto objetivo da realização do próprio ordenamento jurídico, violado pela conduta inadequada de uma

---

34. Cfr. Comoglio, “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1994, p. 1.076.

35. A expressão foi cunhada por Kazuo Watanabe, para quem direito de acesso à Justiça coincide, fundamentalmente, com direito de acesso à ordem jurídica justa, cujos dados elementares são: “(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características” (*Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça)*). *Processo coletivo e outros estudos*, p. 10).

36. Não apenas dados diretamente relacionados ao processo podem ser invocados. Até mesmo aspectos inerentes ao próprio direito substancial têm sido levados em consideração na concepção do verdadeiro conteúdo do direito de ação. Denti informa que a Corte Constitucional italiana já considerou que a fixação de prazo prescricional inadequado pode constituir óbice ao efetivo exercício do direito e, em consequência, limitação ao direito de ação. E conclui: “Si è delineata, così, una nozione di ‘azionabilità’ dei diritti soggettivi che va oltre i limiti tradizionali del diritto di azione come potere processuale e tocca anche gli aspetti sostanziali della loro tutela” (*La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 104). Sobre os óbices internos e externos à efetividade do processo, cfr. Augusto M. Morello, *Anticipación de la tutela*, pp. 5-8.

das partes, que não atendeu voluntariamente ao comando legal. A exigência de efetividade do processo atende, portanto, não apenas ao interesse privado das partes, mas também ao escopo de atuação da regra material e de pacificação social.<sup>37</sup>

Por tais razões, pode-se afirmar que a plena observância da tutela constitucional do processo constitui fator fundamental para a efetividade da função jurisdicional do Estado, voltada à proteção dos interesses legítimos e do ordenamento jurídico, um dos aspectos do tema mais amplo consistente na tutela dos direitos. Esta última compreende formas de tutela extraprocessuais, destinadas exatamente a evitar a necessidade de intervenção jurisdicional.<sup>38</sup>

Vista por esse ângulo constitucional, a ação não se submete à disciplina de normas processuais. O poder de propor demandas, tal como regulado pelas regras infraconstitucionais de processo, certamente não se confunde com essa concepção de ação.<sup>39</sup>

Nessa medida, as denominadas condições da ação dizem respeito ao provimento concretamente requerido ao juiz, não à situação jurídica representada pela garantia constitucional de ação.<sup>40</sup>

A doutrina classifica o pronunciamento judicial, pleiteado para solucionar concretamente um problema verificado no plano do direito material, em função dos efeitos substanciais dele decorrentes. Daí a divisão da tutela jurisdicional em cognitiva, declaratória, condenatória, constitutiva (e, para alguns, mandamental e executiva *lato sensu*), executiva e cautelar.<sup>41</sup>

O objeto da tutela jurisdicional é exatamente esse efeito jurídico pretendido, que acaba se tornando definitivo em razão daquela qualidade especial adquirida pela sentença que o reconhece, denominada coisa julgada.

---

37. Vittorio Gasparini Casari ressalta esse aspecto da garantia constitucional da ação (*Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, pp. 134-136).

38. Sobre a distinção entre tutela de direitos e tutela jurisdicional de direitos, cfr. Vittorio Denti, *La giustizia civile – Lezione introduttive*, pp. 111 e ss. Aponta o autor, ainda, para situações de direito material, como a interdição, em que a tutela jurisdicional constitui a única forma de realização do direito material (p. 112).

39. Esse poder processual de iniciar o processo Vittorio Denti prefere denominar de poder de propor demanda judicial. Mas, se se pretende continuar a chamá-lo de direito de ação, por questão de convenção terminológica, é possível fazê-lo, “purché sia chiaro che la effettiva ‘cerniera’ tra i diritti sostanziali e il processo è data dalle norme costituzionali, e non dalle norme processuali” (*La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 116). Correto o entendimento de que a garantia constitucional de ação deve envolver efetiva possibilidade de tutela das situações substanciais (cfr. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, p. 95).

40. Tais considerações levaram Vittorio Denti a concluir, no que se refere especificamente ao significado de interesse de agir, que sua função outra não é senão evitar sejam submetidas ao juiz questões abstratas e hipotéticas, reservando a atividade jurisdicional para a solução de situações concretas: “Si trata, peraltro, di un requisito che concerne la proposizione della domanda e, più in generale, l’esercizio dei poteri di iniziativa decisoria nelle varie fasi del processo, in quanto diretti a provocare una pronuncia del giudice in senso conforme alle aspettative della parte” (*La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 117).

41. Esse critério, na verdade, não diz respeito ao provimento em si, mas aos efeitos produzidos no plano das relações substanciais (cfr. Denti, *La giustizia civile – Lezione introduttive*, p. 122). Para mais considerações a respeito dessa classificação, cfr. Capítulo V, nn. 1 a 4 e 28.



A garantia da ação ou da inafastabilidade representa o acesso efetivo ao instrumento constitucional de solução de controvérsias. Quem o utiliza pretende obter, no plano substancial, um dos efeitos mencionados.

### **5. Efetividade como conteúdo da garantia constitucional da ação. Visão bilateral do fenômeno**

Efetividade do processo e, conseqüentemente, da tutela jurisdicional respectiva compreende vários aspectos. Todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); é preciso sejam postos à disposição do interessado os meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*).<sup>42</sup>

Processo efetivo, portanto, é aquele dotado de mecanismos adequados à proteção de qualquer direito e acessíveis a quem se apresente como o respectivo titular. Deve ainda proporcionar, na medida do possível, a reprodução exata do fenômeno substancial, possibilitando ao juiz visão correta da realidade. Por fim, é preciso assegurar àquele a quem for reconhecida a condição de titular do direito a possibilidade de usufruir plenamente dessa situação de vantagem, devendo o resultado ser obtido com dispêndio mínimo de tempo e energia.<sup>43</sup>

E, nessa mesma linha de raciocínio, o conceito constitucional de tutela jurisdicional sobrepõe-se à distinção entre direito material e processo, pois contém elementos de um e de outro.<sup>44</sup>

A garantia constitucional da ação representa, na verdade, garantia de tutela adequada à situação substancial, assegurando atuação e satisfação eficaz e tempestiva dos interesses reconhecidos no plano material.

Assim, direito de ação não é direito à sentença favorável, a uma sentença qualquer ou à sentença de mérito. Também não é suficiente afirmar que o art. 5º, inc. XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional e estabelecer o modelo político-processual brasileiro.<sup>45</sup>

---

42. Cfr. Comoglio, "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1994, p. 1.070. Sobre o significado dessa expressão e os óbices existentes no sistema sociojurídico brasileiro para efetivação da garantia constitucional, v. Horácio Wanderlei Rodrigues, *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*, 1ª ed., pp. 28 e ss. Para ele, trata-se de direito fundamental, necessário para assegurar a efetividade dos demais direitos. A garantia constitucional deve contar com instrumentos adequados para solucionar os litígios em tempo razoável (cfr. ob. cit., p. 127). Acesso à Justiça representa, portanto, verdadeiro direito humano fundamental, considerado pela doutrina como de segunda geração (cfr. Salvador Franco de Lima Laurino, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, pp. 70-71).

43. Cfr. Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", in *Temas de direito processual (terceira série)*, pp. 27-28.

44. Cfr. Comoglio, "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1994, p. 1.077.

45. Cfr. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, p. 38.