

1 INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais presentes nas ordens jurídico-constitucionais contemporâneas revelam novas possibilidades de olhar e de desenvolvimento do Direito como conhecimento científico, ressignificando e redimensionando os seus institutos, ampliando os horizontes de conhecimento e, sobretudo, de sua aplicação, adequando-os à realidade hodierna, que se conforma numa série de demandas jurídicas, sociais, econômicas, políticas e culturais.

O atual contexto histórico tem sobre si a marca fluídica das fronteiras dos direitos, os quais, antes de serem sociais, econômicos, civis, políticos, são direitos humanos. Pensar o direito é, antes de tudo, pensar o homem e sua humanidade. Essa é a marca que o distingue dos demais animais. É na humanidade do homem que se encontra a ação transformadora da sua existência e o direito é a manifestação dos limites e das possibilidades que o homem culturalmente construiu para exercê-la em todas as suas dimensões.

A dimensão substancial do acesso à justiça surge no atual contexto histórico como fundamental à realização dos direitos humanos e traz consigo a necessidade de compreensão de institutos jurídicos que se relacionam produzindo e sendo produzidos pelo direito, dentre os quais se encontram o processo, a jurisdição e a decisão judicial.

A partir de uma perspectiva reflexiva, o presente artigo busca apresentar breves considerações pontuais sobre aspectos teórico-conceituais de processo, jurisdição e decisão judicial e sua importância para a efetivação do acesso à justiça.

Para tanto, no plano metodológico o estudo a ser desenvolvido pautar-se-á no raciocínio lógico-dedutivo para possibilitar a compreensão dos institutos em análise a partir de pressupostos teórico-conceituais gerais, levando a conclusões específicas, derivadas e correlacionadas às deduções gerais e primárias que subsidiarão o estudo. A abordagem a ser utilizada é a qualitativa e tem como propósito repensar e estabelecer conexões teórico-conceituais sobre os institutos jurídicos em comento.

Para tanto, o presente artigo foi dividido em cinco seções. A primeira consiste na presente introdução.

A segunda seção tem como objetivo apresentar, pontualmente, aspectos teórico-conceituais de processo e jurisdição e a inserção da prestação jurisdicional no rol dos direitos fundamentais.

A terceira seção delinea, a partir de considerações específicas, a inserção do acesso à justiça e da prestação jurisdicional no rol dos direitos e garantias fundamentais e a necessária transposição do seu lugar de ação como direito formal para direito substancial.

A quarta seção apresenta a relação entre processo, jurisdição e decisão judicial, e a importância desta como instrumento de desvelamento da verdade processual a ser concretizada, efetivando o acesso à justiça na sua dimensão substancial por meio da prestação jurisdicional.

A quinta seção traz as considerações finais, lançadas numa perspectiva reflexiva, sobre as quais poderão ser pensadas novas possibilidades de análise.

2 ASPECTOS TEÓRICO-CONCEITUAIS DE PROCESSO E JURISDIÇÃO E A INSERÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento do Direito enquanto instrumento de poder e controle social perfaz milênios de construção histórica e revela uma plasticidade que se adapta no tempo e no espaço às macroestruturas de poder, pois se constitui como instrumento essencial à própria concepção existencial de Estado, com o qual se entrelaça, sustentando e sendo por ele mantido, refletindo uma interação quase que mutualística. O paralelo da interação mutualística não se configura na sua plenitude, mas apenas se manifesta como aproximação figurativa em razão da capacidade que o Direito possui de superar a existência do Estado e, por um processo complexo de transmutação de sua própria natureza constitutiva, transformar-se em algo novo, sem, contudo, abandonar suas origens.

Numa perspectiva ampla, a simples possibilidade de se nomear algo como direito já o coloca no status de fundamental, essencial, necessário a alguém em uma relação interpessoal, passível de conflito de interesses, de determinar-se como fato jurídico.

No entanto, há direitos que, por razões históricas, políticas, sociais, econômicas, por contingências de natureza fenomenológicas, tornaram-se e se tornarão mais fundamentais do que outros, pois, sem eles, os demais não subsistirão e tornar-se-ão inócuos, reles palavras ao vento, sem bases sólidas que os concretizem no plano da vida real, existencialmente vivida e experienciada.

A título de exemplo têm-se o acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional, os quais são garantias processuais fundamentais, asseguradas no bojo do texto constitucional pátrio, cuja efetivação é essencial para a proteção e exigibilidade de outros direitos, igualmente fundamentais, que possam ser obstados de seus titulares. Neste sentido, elas compõem um sistema de proteção da lei fundamental, em prol da segurança da pessoa, da vida e da liberdade humana.

A prestação jurisdicional se constitui como consectário lógico do acesso à justiça. Este não se realiza sem aquela. O direito como norma não se realiza sem o agir voltado a sua concretização, a qual se dá através da prestação jurisdicional, que se realiza por meio do processo e da jurisdição, os quais viabilizam, por meio da dinâmica processual, a transmutação da norma *in abstracto* em norma concreta, individualizada no bojo da decisão judicial.

Logo, a compreensão adequada do acesso à justiça e da prestação jurisdicional como direitos/garantias fundamentais, e da construção da decisão judicial, concretizadora do direito posto, torna premente a análise pontual de aspectos teórico-conceituais de dois institutos fundamentais de teoria geral do processo: processo e jurisdição.

O processo pode ser definido a partir de diversas perspectivas. Etimologicamente, processo provém do latim *processus*, derivado de *procedere*, que significa avançar, caminhar para frente, dar um passo depois do outro. Fora do campo jurídico, numa concepção comum, representa a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade do seu fim.

Até o século XIX, o Direito Processual não possuía uma autonomia em relação ao estudo do Direito Material, os estudos sobre aquele se constituíam em apêndice deste, levando-o a ser uma simples operação de meio/fim. Ocorre que o processo não se constitui como um simples instrumento, um mero caminhar para frente, ele é algo maior, específico e complexo, que demanda operadores habilitados e conhecedores do seu lugar de ação e movimento para manejá-lo apropriadamente, trazendo, com isso, a harmonia que se materializa na efetivação do direito reclamado (PASSOS, 2000, p. 74).

A complexidade do Direito Processual fez surgir diversas dimensões conceituais de processo. Dentre elas, sem deixar de considerar a existência de outras possibilidades teórico-conceituais, visibiliza-se o processo como relação jurídica, como situação jurídica, como método complexo e cooperativo de exercício da jurisdição. Uma não exclui a outra, elas se complementam e se amplificam, tornam o processo orgânico, vivo, dinâmico, destinado a concretizar a norma *in abstracto*.

Da ordem cronológica do desenvolvimento teórico-conceitual de processo, emerge a concepção de processo como relação jurídica sistematizada e adotada por Oskar von Bülow (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 88), o qual concebe o processo como uma relação jurídica que avança gradualmente e se desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes, devendo ser observados três elementos essenciais que distinguem a relação jurídica processual da relação

substancial litigiosa levada ao processo: a) os sujeitos, uma vez que o juiz, no cumprimento de sua função estatal e sem envolvimento na situação jurídico-substancial, integra o processo; b) o seu objeto, que não é o bem da vida procurado pelo demandante, mas a própria atuação jurisdicional; e c) os pressupostos processuais.

Dessa forma, para Bülow (*apud* DINAMARCO, 2002, p. 88) a relação jurídica processual é complexa, evolutiva e de direito público, sendo a própria essência do conceito de processo e “por força dela, de um lado o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum”.

O processo como situação jurídica¹, foi a tese adotada por James Goldschmidt em contraposição à teoria da relação jurídica processual formulada por Bülow. Para Goldschmidt (2003, p. 21), o direito é um conjunto de imperativos que devem ser seguidos pelos submetidos às normas jurídicas. Assim, quando o direito, por meio do processo, assume uma posição dinâmica, sofre uma mutação estrutural, pois o que era, numa visão estática, um direito subjetivo, se transmuta em possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento por meio da sentença), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de realizar certos atos para prevenir eventual sentença desfavorável).

No plano jurídico, Piero Calamandrei (1999, p. 253) considera o processo “uma série de atividades que devem se levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional”. Isso porque a obtenção da providência jurisdicional não é espontânea, o pronunciamento da sentença e a consequente execução forçada de seu provimento não ocorre de forma autônoma pelo órgão judicial, “é necessário que cumpram numerosos atos que se sucedem num período de tempo mais ou menos longo, o conjunto dos quais, considerados como uma unidade em vista do fim que os reúne, constitui empiricamente o processo em sentido judicial” (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

Calamandrei (1999) chega a comparar o processo judicial a um drama com seus personagens e episódios, cujo epílogo seria representado pelo pronunciamento da providência jurisdicional:

¹ Essa tese, embora tenha sido rejeitada por muitos processualistas, contribuiu com diversos conceitos para o desenvolvimento da ciência processual, tais como os conceitos de ônus, sujeição.

Quem se ponha a observar o modo como se desenvolve um processo judicial, civil ou penal, vê, com efeito, que o mesmo consiste numa série de atividades realizadas por homens, que colaboram para a consecução do objeto comum que consiste no pronunciamento de uma sentença ou em colocar em prática uma medida executiva; essa colaboração não é simultânea, senão sucessiva, de modo que as várias atividades que devem ser realizadas pelas distintas pessoas que tomam parte no processo, distribuem-se no tempo e no espaço seguindo uma certa ordem lógica, quase como num drama teatral em que as intervenções dos atores se sucedem não por causalidade, senão seguindo o fio da ação, de maneira que a frase sucessiva está justificada pela precedente e, por sua vez, de ocasião à que vem depois; a ordem na qual se desenvolve o discurso dos interlocutores não poderia se alterar sem destruir o sentido (CALAMANDREI, 1999, p. 254).

As atividades que compõem o processo, materialmente distintas e separadas cronologicamente uma das outras, formam uma série contínua que se unem pela unidade do fim e constituem atos jurídicos na forma de atos processuais. Esses atos processuais, no processo judicial, devem ser ordenados seguindo o sistema da legalidade das formas processuais, segundo o qual as atividades que direcionam o pronunciamento jurisdicional não podem ser realizadas no modo e na ordem que os interessados entendam ser a mais apropriada ao caso, mas devem, para ter eficácia jurídica, ser realizados de acordo com o que a lei estabelece (CALAMANDREI, 1999, p. 255-256).

Os atos processuais, como componentes de um procedimento único, são realizados por distintas pessoas que colaboram no processo de forma dialética, numa sequência de ações e reações, ataques e defesas, em que cada sujeito provoca, com a sua atividade, o movimento de outros sujeitos, e espera deles um novo impulso para se pôr novamente em movimento. Essa dinâmica reflete uma relação contínua entre os sujeitos do processo, a relação jurídica processual, que busca alcançar uma finalidade, que é o provimento jurisdicional. Enquanto essa finalidade não for alcançada, a relação jurídica processual continua existindo (CALAMANDREI, 1999, p. 267-275).

Seguindo semelhante linha de análise, mas com enfoque contemporâneo, Fredie Didier Jr. (2019, p. 36) apresenta a definição de processo a partir da Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Fato Jurídico, podendo ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica.

Para a Teoria da Norma Jurídica², processo é o método de criação de fontes normativas, conseqüentemente, de normas jurídicas. O poder de criação de normas jurídicas

² Ao tomar como ponto de partida a Teoria da Norma Jurídica, Fredie Didier parte do referencial teórico kelseniano, aplicando-o ao desenvolvimento do conceito de processo e procedimento.

deve ser exercido processualmente, ao exemplo do processo legislativo (produção de normas gerais pelo Poder Legislativo), do processo administrativo (produção de normas pela Administração Pública), do processo jurisdicional (produção de normas individuais pela jurisdição) e do processo negocial (criação de normas particulares pela autonomia privada) (DIDIER JR., 2019, p. 36-37). Considerando esses processos de construção de atos normativos, recebe destaque para este estudo o processo como método de exercício da jurisdição voltado à construção da decisão judicial.

Para a Teoria do Fato Jurídico, processo é uma espécie de ato jurídico complexo, portanto, sinônimo de procedimento. Como procedimento, é composto por vários atos jurídicos (atos processuais) que se sucedem no tempo e são relacionados entre si com um objetivo comum: a prestação jurisdicional (DIDIER JR., 2019, p. 37-38).

Seguindo essa linha, Carnelutti, citado por Carreira Alvim (2015, p. 12), define processo como “o conjunto de atos destinados à formação ou à atuação de comandos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração, para tal fim, de pessoas interessadas (partes), com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes)”.

Ainda de acordo com a Teoria do Fato Jurídico, no plano da eficácia dos fatos jurídicos, processo pode ser definido como o conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça, etc.) e formam uma relação jurídica complexa. Essa relação jurídica complexa é composta por uma série de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo (DIDIER JR., 2019, p. 39).

Em todas as acepções apresentadas, verifica-se o processo como um instrumento complexo, orgânico, cooperativo, composto por vários atos jurídicos e que forma uma relação jurídica processual, que resulta num provimento jurisdicional, corporificado na decisão judicial, o qual tem por finalidade a resolução de um litígio, um conflito de interesses. O Estado, no exercício da função jurisdicional, de maneira imparcial e equidistante dos interesses das partes, de maneira cooperativa, mas impositiva, utiliza o processo como instrumento de resolução de conflitos segundo determinadas regras estabelecidas no ordenamento jurídico, garantindo, por meio dele, o acesso à justiça.

Outro instituto fundamental para a compreensão da decisão judicial e que tem ligação intrínseca e direta com a prestação jurisdicional é a jurisdição. Jurisdição, cujo termo vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer) significando etimologicamente a dicção do direito, é, num

primeiro plano, uma função estatal, pela qual o Estado se substitui aos titulares dos interesses em conflito para buscar a pacificação do conflito, de forma imparcial e impositiva.

Tal qual o processo, a jurisdição não deve ser definida de forma simples, pois ela é mais que o mero dizer o direito, ela se lança para além das fronteiras funcionais que lhe são atribuídas. Ela se constitui como poder, função e atividade.

A tríplice dimensão da jurisdição é tratada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 147), os quais destacam que, além de função estatal, a jurisdição também representa poder, função e atividade. Representa um poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; como função implica no encargo que os órgãos estatais tem de promover a pacificação dos conflitos através da realização do direito justo e por meio do processo; como atividade consiste no complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.

A tríplice dimensão da jurisdição é o resultado de um processo evolutivo de estudo do instituto, sobre o qual outras concepções teóricas foram desenvolvidas, algumas superadas, mas que se constituíram como fundamental à contemporânea concepção e compreensão do instituto.

Dentre as teorias primárias acerca da jurisdição encontra-se a defendida por Chiovenda, a qual afirma que o juiz atua na vontade concreta do direito e a ele bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. O direito corresponderia à norma geral e preexistente a ser declarada pela jurisdição. Assim, um juiz poderia solucionar qualquer caso mediante a aplicação de normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente e não demandaria qualquer esforço interpretativo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 126). Tal teoria resume a jurisdição a uma atividade meramente declaratória, o que não se admite na atual ordem jurídica.

Chiovenda também considerou que a substitutividade é a característica da jurisdição que a distingue das demais funções estatais. Assim, ao exercer a jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes e apresenta a solução do problema levado à apreciação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147). Tal característica e sua definição se tornou um traço teórico-conceitual marcante da jurisdição e se constitui em uma de suas características elementares.

A teoria de Carnelutti defende que o juiz, ao compor a lide, cria a norma individual que regula o caso concreto. Assim a sentença, ou norma individual, concretiza a norma geral,

passando a integrar o ordenamento jurídico. Essa norma individual não deve ser considerada ato criativo do magistrado, pois ele deve fundamentar a sentença em uma norma superior, de modo que estaria subordinado ao princípio da supremacia das leis (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 127).

Ao considerar que o juiz não cria propriamente o direito quando sentencia com base em uma norma superior, Carnelutti se alinha às ideias de Kelsen quando este afirma que “o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador” (KELSEN, 1998, p. 390).

Da mesma forma que a tese anterior, pode-se considerar que esta não responde aos valores do atual Estado Constitucional, pois ao se restringir ao princípio da supremacia da lei, afasta a possibilidade de se atribuir sentido e valor ao caso concreto, considerando suas particularidades de forma a reconstruir a ordem jurídica por meio da interpretação e da aplicação dos princípios constitucionais.

Contemporaneamente, após diversas mudanças por que passou o Estado e o Direito Processual Civil, a jurisdição é compreendida como algo muito mais amplo do que dizer o direito e compor a lide mediante a criação de uma norma individual. Fredie Didier Jr. define jurisdição como uma “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo / efetivando / protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas e em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível” (DIDIER JR., 2019, p. 189). Tal definição será examinada em seus elementos com o objetivo de demonstrar sua adequação ao atual modelo de Estado.

A primeira característica diz respeito à substitutividade. A jurisdição é uma técnica de resolução de conflitos por heterocomposição, em que o magistrado, como um terceiro imparcial, estranho ao conflito e desinteressado dele, substitui a vontade das partes e soluciona o problema apresentado. Chiovenda considerou que a substitutividade é a característica da jurisdição que a distingue das demais funções estatais. Assim, ao exercer a jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes e apresenta a solução do problema levado à apreciação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147).

A imperatividade e a inevitabilidade da jurisdição é outra característica que merece destaque. Como manifestação de um poder, a jurisdição determina-se de forma imperativa,

impositiva. Contudo, o próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes, como ocorre com a arbitragem (DIDIER JR., 2019, p. 192).

A jurisdição também é uma atividade criativa, no sentido de que se recria a norma jurídica do caso concreto a partir da fundamentação da decisão, ou se recria a norma abstrata que deve regular o caso concreto. Para a formulação da norma jurídica individualizada, verifica-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, compreendendo as peculiaridades do caso concreto para encontrar na norma geral e abstrata, uma solução em consonância com as normas constitucionais (DIDIER JR., 2019, p. 196-197).

A jurisdição é considerada uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos, seja pelo reconhecimento judicial (através da sentença numa tutela de conhecimento), pela sua efetivação (através de uma atividade executiva) ou por sua proteção (por medidas cautelares, inibitórias ou de segurança).

Assim, verifica-se uma ruptura com a ideia de que a função jurisdicional é cumprida somente com a edição da sentença, devendo ela ir mais além, de forma que a jurisdição não pode mais significar somente “dizer o direito”, pois muitas vezes é necessário adotar uma medida executiva adequada para a efetivação do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 153-154).

A atividade jurisdicional atua sempre sobre uma situação concreta. Essa é mais uma de suas características. Dessa forma, o raciocínio do órgão jurisdicional é sempre problemático, levado a resolver um problema concreto, mesmo nos processos objetivos de controle de constitucionalidade haverá uma situação concreta, embora não individual, que será submetida à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (DIDIER JR., 2019, p. 199).

Outras características marcantes da jurisdição são a insuscetibilidade de controle externo e a imutabilidade ou definitividade. Assim, a última decisão sobre a situação concreta não pode ser submetida ao controle de nenhum outro Poder. Ademais, a jurisdição está voltada a solucionar os conflitos de interesse de forma definitiva, imutável, produzindo coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 183).

A projeção da prestação jurisdicional ao status de direito/garantia fundamental torna cada vez mais importante o seu estudo sob a ótica constitucional. Tendo em vista tal perspectiva, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 130) apresentam uma teoria sobre a jurisdição a partir do Estado Constitucional, em que a lei tem sua substância condicionada aos

princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, de forma que ao juiz não basta solucionar os casos conflituivos mediante a afirmação do texto da lei, mas, como um agente de poder, deverá interpretar adequadamente a lei, estabelecendo o controle de sua constitucionalidade para solucionar os litígios levados à sua apreciação.

A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja descritiva de uma norma jurídica, não é criativa de normas jurídicas – a jurisdição implica numa atividade de reconstrução interpretativa mediante um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 186).

Ainda, no tocante à jurisdição e seu lugar no Estado Constitucional, destaca-se que o seu plano criativo não se extingue, mas encontra um limite. Embora exista margem à criatividade no seu desenvolvimento, esta encontrará limites na Constituição, que se configura na garantia das garantias do Estado de Direito Democrático.

A compreensão do processo e da jurisdição a partir de um Estado Constitucional repercute diretamente sobre a efetiva prestação jurisdicional, incidindo sobre a atividade legislativa e jurisdicional, de forma que o processo deve ser estruturado legalmente para possibilitar a tutela efetiva dos direitos fundamentais e essa estruturação legal deve ser conformada pela jurisdição ao ser exercida e condicionada aos princípios fundamentais constitucionais.

Assim, não há como negar a importância que as múltiplas concepções teórico-conceituais de processo e jurisdição trazem à compreensão da prestação jurisdicional como direito/garantia fundamental e como esta encontra-se em constante desenvolvimento, incorporando novos valores e novas demandas jurídicas, sociais, políticas e econômicas, ao concretizar o seu antecedente lógico, que também se constitui como direito/garantia fundamental, o acesso à justiça.

3 ACESSO À JUSTIÇA E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA GARANTIA FORMAL À SUA CONCRETIZAÇÃO SUBSTANCIAL

O direito ao acesso à justiça se constitui em princípio que orienta todo sistema jurídico e também direito/garantia constitucional fundamental podendo ser concebido como requisito

essencial para que esse sistema possa garantir, e não somente declarar, de forma igualitária, os direitos de todas as pessoas, principalmente através da prestação jurisdicional.

A sua concepção como princípio normativo, próprio de uma ordem jurídica democrática, é determinada pelo caráter institucional da atividade jurisdicional, que objetiva promover a pacificação social por meio da tutela jurisdicional dos direitos concretizada na prestação jurisdicional.

Na qualidade de princípio, diferencia-se das normas regras, de prescrição obrigatória, para constituir causa e critério de justificação de preceitos jurídicos (MENDONÇA, 2016, p. 96). Assim, a sua conversão em instrução positiva concreta pressupõe a percepção de seu valor normativo, por meio da atividade jurisdicional desenvolvida segundo um rito processual para a concretização da tutela jurisdicional dos direitos. Neste sentido, o direito do acesso à justiça é pressuposto obrigatório da atividade jurisdicional desenvolvida por meio de um processo, que resulta na decisão judicial como síntese da prestação jurisdicional.

Na qualidade de direito adquire caráter de norma fundamental por revelar conteúdo materialmente fundamental que se relaciona com a busca da adequada concretização de direitos fundamentais. Enquanto direito fundamental possui a mesma resistência jurídica das normas constitucionais contra eventual reforma constitucional, sendo preservado como núcleo essencial, de forma a lhe conferir supremacia em relação às demais normas do ordenamento e proteger da atividade legislativa ordinária e até mesmo do poder constituinte derivado.

Como direito/garantia fundamental, o acesso à justiça tem como atributos: a universalidade, como prerrogativa de todos; a justiciabilidade, diante da possibilidade de ser protegido judicialmente; e a exigibilidade diante da imposição de observância de seu conteúdo pelo Estado e por particulares.

O direito de acesso à justiça revela-se igualmente como garantia constitucional visto “que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais” e também como garantia institucional, pois se configura como proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância é fundamental para a sociedade e para certos direitos fundamentais providos de componente institucional que os caracteriza. Neste sentido, Bonavides (2008, p. 537) defende o alargamento da definição de garantia constitucional para abranger as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.

A compreensão do acesso à justiça como um direito/garantia fundamental também perpassa a compreensão da evolução de seu conceito de uma mera garantia formal à sua concretização de forma substancial.

No contexto do Estado Liberal, o direito de acesso à justiça significava tão somente o direito formal do indivíduo de propor uma demanda ou contestar uma ação. Considerado como um direito natural, se compreendia que não era necessária uma ação do Estado para sua proteção. A impossibilidade que muitas pessoas tinham de utilizar plenamente a justiça e suas instituições, não constituía uma preocupação estatal e gerava grandes distorções, principalmente em virtude dos seus custos, de modo que somente pessoas favorecidas com recursos para arcar com os custos processuais tinham efetivamente garantido o acesso à justiça. Assim, evidenciava-se o acesso formal à justiça, mas não efetivo, correspondendo à igualdade formal e não substancial (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Essa concepção formal do direito de acesso à justiça se refletia na adoção de um modelo igualmente formalista de administração da justiça, como um conjunto de fórmulas e práticas judiciárias utilizadas com o objetivo de expor o conflito ao julgador, sem autonomia em relação ao direito subjetivo material do litigante e desprovido de qualquer medida que proporcionasse a superação de obstáculos que impediam significativa parcela da população de obter a prestação jurisdicional efetiva (MENDONÇA, 2016, p. 47-48).

Com o advento do Estado Social e a incorporação dos direitos individuais e sociais a diversos textos constitucionais, como inaugurado pelas Constituições Mexicana em 1917 e a de Weimar na Alemanha em 1919, o acesso à justiça relacionado com a prestação jurisdicional encontrou maior desenvolvimento em virtude de um modelo garantista em que a proteção dos direitos fundamentais passou a ser um dos principais objetivos do Estado (MENDONÇA, 2016, p. 48).

O direito ao acesso efetivo à justiça passou a ser reconhecido como de importância central entre os direitos individuais e sociais incorporados nos textos constitucionais, uma vez que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11). O acesso à justiça recebe o status do mais básico dos direitos humanos, por ser o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que busca garantir e não somente declarar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Todas essas mudanças, além de ampliarem as discussões sobre a atuação jurisdicional, os entraves ao acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional, alavancaram o movimento de reforma dos sistemas de administração da justiça, direcionando à reestruturação dos órgãos judiciais, à mudança dos ritos processuais, à valorização de meios não judiciais de resolução de conflitos e à virtualização do processo como alternativas para proporcionar celeridade, eficácia e eficiência aos procedimentos e à atividade jurisdicional, ampliando os mecanismos de acesso à justiça (MENDONÇA, 2016, p. 52).

Os esforços em torno da efetividade do acesso à justiça resultaram na construção de soluções práticas, as quais foram incorporadas, no decorrer do século XX, em “ondas de acesso à justiça”³ conforme serão sintetizadas a seguir.

A primeira onda se concentrou em incrementar o acesso à justiça, nos países ocidentais, por meio de serviços jurídicos aos pobres. Os métodos para proporcionar assistência judiciária são fundamentais para possibilitar o efetivo acesso à justiça, por isso que, em grande parte dos países, era considerado inadequado por se basear em serviços prestados por advogados particulares, sem contraprestação. O Estado não adotava qualquer medida efetiva para garantir a assistência judiciária. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

A partir da década de 60, diversas reformas judiciárias foram iniciadas nos países ocidentais, como Estados Unidos, França, Inglaterra, Suécia, Alemanha, com o objetivo de melhorar o sistema de assistência judiciária, principalmente pelo custeio de advogados particulares pelo Estado (*sistema judicare*) a todas as pessoas que se enquadrassem nos critérios da lei para a obtenção do benefício da assistência judiciária e, posteriormente, alguns países optaram também pela contratação de advogados pelo Estado com o objetivo de atuarem exclusivamente para promover os interesses de indivíduos pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 34-36).

No Brasil, a assistência judiciária teve previsão na Constituição de 1934⁴ e no Código de Processo Civil de 1939⁵. Naquele momento, era exercida por advogados que atuavam *pro*

³ Expressão utilizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

⁴ Constituição da República do Brasil de 1934, art. 113. [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

⁵ CPC/1939, Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas a testemunhas;

bono, sem haver a oficialização de um órgão responsável por esse atendimento. A partir da década de 1940, os Estados-Membros foram criando os serviços governamentais de assistência judiciária a cargo de Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos dos Estados. Embora as Defensorias Públicas fossem adquirindo estrutura institucional, sua autonomia funcional e administrativa e a oficialização no plano constitucional somente ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988, posteriormente ampliada e aperfeiçoada pelas Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e n.º 80/2014.

As limitações dos sistemas de assistência judiciária levaram a uma segunda onda de reformas, em que se reconheceu a necessidade de representação em juízo de interesses coletivos e difusos. Assim, a visão individualista do processo judicial, que buscava resolver uma controvérsia entre duas partes, foi se fundindo com a concepção social de assegurar a realização de direitos públicos relacionados a interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51).

O primeiro método de representação dos interesses difusos foi a ação governamental com a função de proteger o interesse público e que tem como exemplo a atuação do Ministério Público. Nos Estados Unidos, além do Ministério Público, foi instituído o advogado público com atribuições voltadas ao resguardo de interesses públicos, semelhantes ao de competência do Ministério Público. Grupos organizados para a defesa de interesses difusos, como associações e outros grupos privados com especialização, experiência e recursos em áreas específicas, também passaram a patrocinar ações de interesse público (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 53-62).

No Brasil, o Ministério Público tem relevante atuação na representação dos interesses difusos. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Uma de suas funções institucionais, prevista no art. 129 da CF/88, é a de titular da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos, sendo fundamental para a implementação da segunda onda de medidas de acesso à justiça.

V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz.

A terceira onda de reformas além de incluir a advocacia judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos, direciona sua atenção a um conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos para processar e prevenir conflitos.

No Brasil, a utilização de outras formas heterocompositivas para a solução de conflitos acabou gerando o conceito de Justiça Multiportas, em que se busca adaptar as formas de solução dos conflitos aos tipos de litígios que devem ser resolvidos⁶.

A concretização do direito de acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional tem como advento primário o Estado de Direito Constitucional, na sua mais ampla acepção, mas não somente. Nele firmaram-se as bases declaratórias dos direitos/garantias fundamentais, a face formal do acesso à justiça. Mas, tal formalidade declaratória não se constituiu como garantia suficiente à realização do acesso à justiça.

O acesso à justiça substancial requer mecanismos que ultrapassam as fronteiras do Estado de Direito Constitucional, pois tem como fundamento a sua natureza democrática. Não basta ao Estado a sua qualificação de Direito Constitucional, ele deve ser democrático, deve ter instituições sólidas, autônomas e responsáveis, capazes de desenvolver harmonicamente ações de concretização dos direitos fundamentais.

A efetiva prestação jurisdicional se manifesta como ação dinâmica do direito/garantia fundamental de acesso à justiça e as suas transformações, por meio das diversas ondas ou dimensões perceptivas e conceituais, tendem a ampliar o seu campo de ação sobre o que se concebe como processo e jurisdição, aperfeiçoando-os, bem como ampliando o campo de visão no processo de desvelamento da verdade processual que se materializa na decisão judicial.

4 PROCESSO, JURISDIÇÃO E DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTOS DE DESVELAMENTO DA VERDADE PROCESSUAL

Concebido como direito e garantia, o acesso à justiça se lança como *standard* constitucional antecedente da prestação jurisdicional, que ocorre por meio do exercício do direito de ação, atendendo ao devido processo legal, na observância dos limites constitucionais

⁶ CPC/2015, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

da jurisdição, os quais prescrevem a observância do juiz natural, do contraditório, do direito de ampla defesa, da cooperação processual, da isonomia entre as partes, da legalidade dos atos processuais e, entre outros tantos requisitos, situam-se em elevado grau de importância, a necessária fundamentação e a motivação das decisões judiciais.

Diante da essencialidade do processo e da jurisdição como instrumentos de produção da decisão judicial, já tratados nas seções anteriores, há de se considerar aqui dois planos de concepção do que seja a decisão judicial: tomar-se-á a primeira no seu sentido lato e a segunda no seu sentido restrito.

Na perspectiva lata, decisão judicial consiste em todo pronunciamento judicial que tenha conteúdo decisório e resolva uma questão no processo. Ela tem como funcionalidade a resolução de situações problemáticas, que demandam resoluções imediatas, sem as quais não há desenvolvimento do processo. Tais decisões podem ser proferidas por um juízo singular ou por um órgão colegiado. Os pronunciamentos judiciais que possuem natureza decisória não podem ser delegados ou pronunciados de ordem. Por tal razão, através de um processo de exclusão, surge o conceito de despacho, que tem a função de movimentar o processo e pode ser desenvolvido e praticado por sujeitos ordenados pelo magistrado competente para atuar no processo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 372).

A decisão judicial no seu sentido restrito situa-se no plano da revelação da solução do conflito de interesses levado ao Judiciário, objetivando o desvelamento da verdade processual e “põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 372). Quando proferida pelo juízo singular, a decisão judicial em sentido restrito é denominada sentença, quando prolatada por um colegiado denomina-se acórdão. Deve-se salientar que magistrados que compõem determinado colegiado também proferem decisões individuais, que são chamadas de decisões unipessoais ou decisões monocráticas.

O desenvolvimento do processo possibilita o exercício da jurisdição pelo magistrado, pois é natureza primária da jurisdição decidir. A decisão não é algo exclusivo da atividade jurisdicional, ela faz parte da própria essência do Poder do Estado e se manifesta no processo legislativo e no processo administrativo. Ocorre que, no âmbito judicial, ela se constitui como o “ato jurisdicional magno”, pois é por meio dela que a função jurisdicional se materializa, concretizando o direito, realizando no plano da vida a prestação jurisdicional (DINAMARCO, 2003, p. 106).

O processo, ao se constituir organicamente como o instrumento de realização da jurisdição, tem como funcionalidade dar legitimidade à decisão. Num processo simbiótico

existente entre processo e decisão, o processo tem como função proporcionar a aceitabilidade às decisões, pois o rito e as garantias foram e devem ser observados. Uma vez atendidos os preceitos e procedimentos processuais, a decisão se realiza e absorve a insegurança decorrente do conflito de interesses em questão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 501).

No plano da sua construção, a decisão judicial se dá por meio do contexto de descoberta e do contexto de justificação. O contexto da descoberta permeia todo processo, inclusive interage com o contexto da justificação, mas não deve preponderar sobre ele, pois é no contexto de justificação que reside as razões jurídicas que motivam e fundamentam a decisão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019A, p. 424). Deve-se ressaltar, portanto, que é no contexto de justificação que se eleva a importância do mandamento constitucional da motivação e da fundamentação das decisões judiciais.

Não basta se chegar à verdade. Esta deve se revelar a partir dos meios idôneos e legítimos, estabelecidos pelo ordenamento jurídico, constitucionalmente posto. As razões que subsidiam a sua descoberta devem se originar do sistema jurídico e não podem fugir às garantias que decorrem do devido processo legal, tido aqui na sua mais ampla acepção.

Tal como Janus⁷, o Direito possui múltiplas faces, uma complementa a outra. A norma *in abstracto* se coloca como direito posto e pressuposto, dirigido a todos. Neste plano, o direito se coloca numa perspectiva formal e somente com a ocorrência dos fatos jurídicos, subsumidos na norma, é que o direito se movimenta. É no processo, na efetivação da prestação jurisdicional, que o direito ganha vida.

O direito como produto cultural e instrumento de dominação e controle social, materializa-se como poder, que tem como funcionalidade dizimar os conflitos de interesses, os quais se originam da conduta humana em interferência intersubjetiva, tal qual concebida por Carlos Cossio (2002). O direito inexistente sem o homem, não tem sentido, pois não há utilidade. Onde está o homem há conflito de interesses. É a partir dele que surge a necessidade do direito e das suas múltiplas faces em movimento, do processo e da jurisdição. Sem processo não há produto, sem produto não há concretização do direito.

O processo e a jurisdição, ao se manifestarem como faces do direito, o integram, produzem o direito numa relação orgânica e autopoietica, criando o direito e por ele sendo criado. Como diz Calmon de Passos (2000, p. 24), “o produto também é processo, nunca um definitivamente feito”.

⁷ Também conhecido como Jano, presente na mitologia greco-romana, era possuidor de duas faces, voltadas para direções opostas, mas que se complementam e possibilitam um olhar completo e sobre a realidade.

Ao afirmar que o direito não é, se constitui num eterno devir, Calmon de Passos revela a natureza da verdade no direito, produzida no processo e concretizada na decisão judicial. Nela não há verdades absolutas, há aproximações da verdade. A verdade revelada na decisão judicial é a verdade possível. Logo, por tal razão, se impõe o máximo possível de garantias para que a justiça possível não se torne injustiça realizada e concretizada no direito e pelo direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção do acesso à justiça no rol dos direitos e garantias fundamentais e a implementação de mecanismos de ampliação e efetivação da prestação jurisdicional determinaram e continuarão a determinar novos rumos à relação e às dimensões teórico-conceituais pertinentes ao processo, à jurisdição e à decisão judicial, ratificando a afirmação de Calmon de Passos (2000) que o direito não é, ele se constitui num devir contínuo.

O processo, a jurisdição e a decisão judicial constituem elementos que se produzem e são produzidos pelo direito, desenvolvendo uma ordem ampla de controle social e resolução dos conflitos de interesses, que decorrem das condutas individuais em interferência intersubjetiva, que demandam efetiva e concretamente a prestação jurisdicional, a qual, como já dito, deve realizar no plano substancial o acesso à justiça.

A reflexão teórico-conceitual de tais institutos jurídicos devem ser uma constante. A superação de determinadas teorias e conceitos não quer dizer que devem ser por definitivo excluídos do pensar o direito. Muitas vezes, filigranas subsistem e possibilitam novas perspectivas teóricas, provocando a transformação e superação do paradigma posto. Por isso, revistar a evolução teórico-conceitual de um determinado instituto jurídico deve ser uma constante do cientista jurídico.

No plano relacional e de construção do direito individualizado, *in concreto*, a verdade é uma construção processualizada, procedimentalizada, legitimada pela ordem jurídico-constitucional através do processo e por meio da decisão judicial. Dentro da ordem jurídica, a verdade real muitas vezes não se realiza no processo. Verdade real deve ser vista no plano jurídico como a aproximação da verdade, a verdade possível.

A textualização da verdade na decisão judicial expressa o nível e a possibilidade real e concreta de acesso à justiça. O atendimento aos ditames legais, que estabelecem a principiologia garantística do direito, revela mais que o direito concretizado no plano individual, traz à tona toda estrutura civilizatória do conjunto social em questão.

Assim, considerando o caráter reflexivo aqui posto, de natureza não conclusiva, mas prospectivo a novas reflexões, não há como negar que a constante evolução teórico-conceitual de processo, de jurisdição e de decisão judicial se estabelece como essencial à ampliação do acesso à justiça. E somente por meio dela que se concretizará num processo ampliativo e efetivo, a realização do acesso à justiça substancial, revelada na produção da justiça socialmente distribuída.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**: estudos sobre o processo civil. v. 1. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2019.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 14. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 4. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019A.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos Mendonça. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Fundamentos do acesso à justiça**: conteúdo e alcance da garantia fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.