

O CONTRIBUTO DA TUTELA COLETIVA PARA O ACESSO À JUSTIÇA E PROMOÇÃO DA CIDADANIA

TITLE: THE CONTRIBUTION OF COLLECTIVE PROTECTION FOR THE
ACCESS TO JUSTICE AND PROMOTION OF CITIZENSHIP

Juvêncio Borges Silva*

José Querino Tavares Neto**

Resumo

Os direitos coletivos se inserem no âmbito de um novo paradigma jurídico-processual, que contempla as transformações levadas a efeito na sociedade hodierna, norteado por uma perspectiva sócio-jurídica, e que consiste na superação do modelo individualista liberal, buscando contemplar os interesses sociais de forma a tornar o direito, institutos e estruturas jurídicas mais efetivos, respondendo de forma eficaz às demandas sociais. A concretização dos direitos sociais coletivos e solução dos conflitos coletivos exigem instrumentos jurídico-processuais que possibilitem e facilitem o acesso à justiça como condição de exercício da cidadania, tornando-se imperativa uma mudança paradigmática na concepção e prática jurídico-processual.

Palavras chaves: direitos coletivos, processo, acesso à justiça e cidadania

Abstract

The collective rights fall within a legal and procedural paradigm, which focuses on the transformations carried out in today's society, guided by a socio-legal, and that is the bridging of liberal individualist model, seeking to accommodate the interests of social order to make the law, institutions and legal structures more effective, responding effectively to social demands. The realization of social rights and collective resolution of collective disputes require legal and procedural tools that enable and facilitate access to justice as a condition of citizenship, making it imperative a paradigm shift in the conception and practice legal and procedural.

Keywords: collective rights, process, access to justice and citizenship

Introdução

* Mestre pela UNICAMP, doutor pela UNESP, pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, professor da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP e do Programa do Mestrado em Direitos Coletivos da UNAERP.

** Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, do Mestrado em Direitos Coletivos da UNAERP, do Mestrado em Desenvolvimento Regional das Faculdades ALFA, pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra com bolsa da Capes. Doutorando em Direito pela PUCPR.

Deparamos no cenário jurídico atual com um novo paradigma jurídico-processual, qual seja, o da coletivização do direito e do processo jurídico. A emergência deste novo paradigma se deu no contexto de mudanças sociais e econômicas que impuseram a necessidade de mudanças no direito, sob pena de se tornar ineficaz face à realidade social, não atingindo, portanto, seu caráter teleológico.

O alavancar da produção industrial e aumento do consumo, a globalização econômica e dos meios de comunicação, a multiplicação dos conflitos sociais envolvendo coletividades tiveram como corolário a fragilização do individualismo liberal e o advento de uma perspectiva social do direito, mais condizente com a realidade social hodierna, procurando destarte viabilizar o acesso à justiça a um maior número de pessoas, contribuindo a tutela coletiva como importante instrumento para a consecução deste desiderato.

O presente artigo busca proceder a uma investigação do instituto da tutela coletiva e sua contribuição para o acesso à justiça e promoção da cidadania, procedendo a uma incursão conceitual concernente a esta temática, bem como analisando dados sociais e dos tribunais a fim de aferir a efetividade da tutela coletiva para o acesso à justiça e, conseqüentemente, promoção da cidadania.

1. O advento dos direitos coletivos.

A investigação acerca do surgimento dos direitos coletivos levam-nos até ao Direito Romano. Mancuso (2007, p. 23) com muita propriedade observa a presença deste instituto entre os romanos:

De especial interesse para o que hoje chamamos de “tutela judicial de interesses metaindividuais” era a vetusta *actio popularis*, cuja finalidade *coletiva ou pública* vinha revelar – *a contrario sensu* ou por exclusão – a natureza individualista das demais *actiones*, já que, enquanto estas derivavam da pretensão pessoal de um afirmado titular acerca de um direito resistido, já a *actio popularis* vinha destinada a uma finalidade pública, donde poder ser manejada por qualquer do povo (*cuivis de populo*), dispensada, portanto, a exigência da pertinência *direta e pessoal* do interesse afirmado. Tratava-se, pois, da exceção que confirmava a regra geral da *pertinência subjectiva* do interesse em lide. Nesse sentido, José Afonso da Silva reconhece que a demanda popular era vista pelos jurisconsultos romanos “como uma exceção ao princípio: *nemo alieno*

nomine lege agere poteste"; adiante completa: "Se a *actio* se definia como o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido, desde logo se acrescentava que a ninguém era lícito agir em nome de outro (isto é, em defesa à regra geral, segundo o entender dos juristas: *nisi pro populo*).

O direito romano tinha carácter privatista, todavia, percebe-se a exceção da *actio popularis*, que se restringia a uma ação em favor do povo.

Não obstante incursões objetivando encontrar as origens das ações coletivas ao longo da história, vamos encontrá-las de forma efetiva em período recente da história no sistema jurídico anglo-saxão, mormente no direito norte-americano, as denominadas *class actions*.

As *class actions* têm início nos Estados Unidos em 1842 com a *Equity Rule 48*. Ela estabeleceu que

Quando as partes em ambos os lados são muito numerosas, e não podem, sem manifestos inconvenientes e opressivos atrasos na demanda ser todas apresentadas perante a Corte, que através de sua discricção pode dispensá-lo tornando todos os membros em partes (na ação), as quais poderão preceder na demanda, tendo suficiente número de pessoas presentes, para representar apropriadamente todos os controversos interesses dos autores e dos réus. Contudo, nestes casos, a sentença será proferida sem prejuízo dos direitos e pedidos de todos aqueles ausentes como partes. (MANCUSO, 2007, p. 32).

Outro julgamento ocorreu em 1912, levando à promulgação da *Equity Rule 38*. Tal julgamento refere-se à ação impetrada por pregadores idosos da Igreja Metodista dos Estados Unidos. Ocorre que pregadores metodistas itinerantes haviam formado uma *friendly society* com o fito de constituir um fundo de pensão para os pregadores idosos. Entretanto, uma vez que a Igreja Metodista se dividiu quanto à questão da escravidão, acabou por suspender a remessa de dinheiro para os sulistas, o que resultou numa ação coletiva interposta por representantes dos pregadores sulistas, sendo que no pólo passivo da ação se encontravam aproximadamente 3.800 pregadores nortistas. A ação foi extinta sem julgamento do mérito, entretanto, tal decisão foi reformada em fase recursal pela Suprema Corte, que teve por apropriada a ação, determinando que a eficácia do julgado deveria se estender aos que não haviam integrado a lide, considerando que havia ocorrido adequada representação dos ausentes. A decisão da Suprema Corte se deu nos seguintes termos:

Quando a questão é comum e concerne a muitas pessoas, constituindo uma classe tão numerosa que torna impraticável a reunião de todos os sujeitos perante a Corte, uma ou mais pessoas podem propor ação ou se defender, em nome do grupo todo”. Por essa normação, os julgamentos em *class action* poderiam, atendidos certos quesitos, vincular os sujeitos porventura ausentes do pleito. (MANCUSO, 2007, p. 33).

As *class actions* do direito norte-americano constituíram importante avanço rumo aos direitos coletivos, uma vez que estabeleceu a possibilidade jurídica da representação de pessoas ausentes no processo e os efeitos vinculatórios da sentença a essas pessoas.

No Brasil “o movimento do processo coletivo somente foi realmente levado a sério no campo da legislação com a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que instituiu a denominada *ação civil pública*” (ALMEIDA, 2003, p. 43), sendo acolhido posteriormente pela Constituição de 1988 e aperfeiçoado com a Lei .8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que segundo Almeida (2003) “adotou, com algumas adaptações especialmente no que se refere à legitimidade ativa, o modelo da *class action* do sistema norte-americano”.

O advento dos direitos coletivos é precedido pela transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.

O sistema jurídico no Estado Liberal de Direito foi moldado para a tutela e proteção dos direitos individuais. Mesmo quando visava tutelar algum direito *coletivo em sentido restrito*, a concepção era de direito individual privado, como se dava, v. g. em relação às sociedades comerciais ou a qualquer outro interesse grupal.

(...) A complexidade social e o conseqüente surgimento de *movimentos sociais* foram forçando o Estado a sair da sua neutralidade e assumir uma postura protetora de determinados interesses sociais, que se espalhou por todo o mundo e fez surgir, em face da necessidade de defesa da própria sociedade civil, o sindicalismo, como sinal da organização da classe trabalhadora.

Entra em crise, portanto, o Estado Liberal, o que impôs a sua reestruturação, para que o Estado passasse a administrar a problemática social e assumisse, assim, uma postura assistencial. (ALMEIDA, 2003, p. 50-51).

Almeida (2003, p. 53) observa ainda que o Estado Social não significou um rompimento total com o Estado Liberal, uma vez que “implantou uma política de proteção de alguns direitos sociais, mas sem adaptar o seu sistema jurídico

para a tutela dos interesses primaciais da sociedade, como os decorrentes dos conflitos transindividuais”.

Bobbio aponta os principais elementos característicos do liberalismo:

Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade. (BOBBIO, 1986, p. 115).

Contraopondo-se à visão liberal é que coloca o paradigma social da política e do direito no contexto das transformações sociais operadas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, como observa Garcia (1994, p. 511):

A situação de pobreza dos trabalhadores, particularmente fabris, que o liberalismo econômico, difundido pela escola clássica inglesa – Adam Smith e David Ricardo –, acreditava seria corrigida pelo simples funcionamento das leis do mercado, foi-se acentuando e generalizando, contribuindo para uma crise econômica e social grave. O trabalho infantil, o excessivo número de horas de trabalho, o baixo nível dos salários, a ausência de um serviço social de saúde e de um sistema de reformas, justaram-se às descobertas tecnológicas que puseram no desemprego grande número de trabalhadores, para os quais não existia um serviço de previdência com adequados fundos. Uma onda generalizada de protestos ergue-se então: os trabalhadores exigem a intervenção do Estado e, desde logo, a definição de uma conveniente legislação laboral e a criação de serviços de previdência social. A explosão demográfica, então verificada, agrava ainda mais a situação, conhecida por “questão social”.

É neste contexto que se torna imperativa uma transformação no Estado, surgindo o Estado Social.

Se a garantia dos direitos fundamentais do liberalismo assentava na idéia de abstenção do Estado, sendo a propriedade e a liberdade tanto mais garantidas quanto menor fosse a intervenção do Estado, rapidamente se verificou, todavia, que existem direitos fundamentais cuja efectiva garantia exige uma intervenção social ou econômica do Estado. (OTERO, 2009, p. 333).

Miguel Teixeira de Sousa (2003, p. 59) pontua que “os processos jurisdicionais reflectem algumas opções políticas fundamentais, porque eles se destinam a permitir a realização de uma das finalidades do Estado, que é a administração da justiça”. Análise semelhante faz António Carlos Wolkmer (1995, p. 175):

A jurisprudência é inconfundível na relação com as demais fontes formais do Direito, pois, pela própria significação e peculiaridade de sua natureza, reflete mais do que qualquer outra as dimensões valorativas e as exigências das relações sociopolíticas que se impõem enquanto hegemonia normativa.

Miguel Teixeira de Sousa (2003, p. 60) expõe a relação entre a dimensão sócio-política e sua repercussão ideológica no direito:

De acordo com a concepção de que a justiça material do contrato e o equilíbrio entre as respectivas prestações dos contraentes estão assegurados pela liberdade de concorrência que rege o mercado, a orientação liberal clássica satisfaz-se com a consagração legal da autonomia privada no campo contratual. O princípio da disponibilidade das partes e o conseqüente domínio destas sobre o processo são, nas suas variadas vertentes, a tradução daquela autonomia no âmbito dos processos jurisdicionais. (...) O princípio dispositivo reflecte a concepção do processo como um assunto privado das partes, pois que ele promove a iniciativa das partes e assenta no desinteresse do Estado no litígio. Desse princípio decorre uma estrita passividade do juiz na acção, pelo que ele conduz, como impressivamente afirma *Alberto dos Reis*, ao modelo do “juiz manequim”. O processo é entendido como um assunto reservado a dois litigantes que se encontram formalmente em posição de igualdade, pelo que as diferenças reais entre eles não devem preocupar o tribunal.

A visão liberal se fez introduzir no direito moderno, orientando a prática processual, tomando-a como uma disputa entre partes individualizadas. Este modelo jurídico-processual não contempla a solução de conflitos envolvendo interesses supra-individuais, pois seria como colocar “vinho novo em odres velhos”, ou como observa Almeida (2003, p. 53), ao se referir ao Estado Social, “não é verdadeiramente um novo Estado, mas um *remendo de Estado*”, isto porque a legislação majoritária continuou a privilegiar a protecção dos interesses individuais.

No contexto do pensamento liberal, em se tratando de interesses de natureza transindividual a atuação do Poder Judiciário e dos juizes é demasiadamente limitada. Entretanto, no Estado Social começa a delinear-se uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário na administração da justiça. O processo deixa de ser entendido apenas como um meio ao dispor dos titulares dos direitos e interesses violados ou ameaçados, “tornando-se um meio que o legislador pode

utilizar para a prossecução, através da via jurisdicional, de certas finalidades de política legislativa”. (SOUSA, 2003, p. 65).

Cristina Queiroz (2006, p. 8), de forma perspicaz, expõe a concepção do Estado liberal que antecedeu ao Estado social e as aspirações sociais que nele se faziam presentes:

No século XIX, o carácter excepcional dos direitos sociais como direitos a prestações não significou que o poder político não tivesse em consideração ou fosse cego perante a “dimensão prestacional” da relação Estado-cidadão. Diferentemente, o século XIX deve antes ser analisado como uma época de triunfo da ideologia liberal, mas uma época, apesar disso, não alheia às aspirações de cuidado e promoção de bem-estar social. Só que o liberalismo entendia essas aspirações de cuidado e promoção sociais, basicamente, como “obrigações morais” a cargo da sociedade, sem vinculatividade jurídica geral. Essas obrigações ou deveres morais reduzem-se à fórmula consagrada no artigo 2º da Declaração de Direitos de 1789: a “conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. “Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Nesse sentido, o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma “obrigação positiva” de “fraternidade” ou solidariedade”, numa palavra, a realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público-estaduais.

O que Cristina Queiroz observa é que os problema sociais eram visíveis, notórios, entretanto, a ideologia liberal impedia que o Estado atuasse em face dos mesmos, antes, os problemas sociais eram vistos tão somente como sendo de ordem moral, devendo a solução dos mesmos encontrar guarida em um voluntarismo social, não em uma atuação eficaz do Estado.

Almeida (2003, p. 58) considera que somente com o Estado Democrático de Direito é “que se pode falar verdadeiramente da tutela dos interesses transindividuais e, conseqüentemente, em *direito processual coletivo*, como instrumento de *transformação da realidade social*.”

O Estado Democrático de Direito busca a realização de uma democracia substancial “e se pauta pela efetivação dos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade da pessoa humana” (Almeida, 2003). É o Estado voltado para a consecução dos interesses da coletividade, na busca da mitigação das desigualdades e injustiças sociais.

Os direitos coletivos e a tutela coletiva surgem no contexto do Estado Democrático de Direito em razão da complexificação e intensificação dos conflitos sociais, exigindo um novo modelo de tutela destes conflitos, de forma a tornar a

justiça eficaz, vindo a surgir na esteira dos direitos sociais, e como instrumentos jurídicos aptos a tutelar os direitos transindividuais, sendo estes direitos acolhidos e inseridos na Constituição Federal e legislação ordinária.

2. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Importa esclarecer a concepção de direitos coletivos *latu sensu*, direitos difusos e direitos individuais homogêneos, uma vez que a rubrica *direitos coletivos* é usada para se referir a estas três categorias de direitos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1.990), no seu art. 81 explicitou os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

2.1. Interesses difusos. São caracterizados por serem: a) direitos transindividuais; b) seu objeto é indivisível (direito ao meio ambiente hídrico); c) número indeterminado de pessoas; d) pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Como exemplo de direito difuso temos o direito do consumidor, o direito ambiental, a tutela do patrimônio público, social e paisagístico, o direito à saúde, à educação, dentre outros.

2.2. Interesses ou direitos coletivos. Como preleciona Xisto Tiago de Medeiros Neto (2004, p. 117), os direitos e interesses coletivos possuem as seguintes características: a) transindividualidade, manifestando-se por força da coletividade, não se conformando ao âmbito individual; b) abrangência de um número de indivíduos não determinado, porém determinável; c) relação jurídica base, isto é,

existência de um vínculo associativo entre os integrantes do grupo, categoria ou classe ou entre esses e a parte contrária; d) indivisibilidade do interesse, não sendo possível o seu fracionamento entre os indivíduos integrantes do grupo, categoria ou classe, pois afeto a todos indistintamente e a nenhum pessoalmente.

2.3. Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. São aqueles de natureza divisível, cujos titulares são pessoas determinadas. Como exemplo pode-se apontar o caso de consumidores que adquiriram veículos cujas peças saíram defeituosas de fábricas e também a hipótese de instituição de tributo inconstitucional. Verificamos nestas duas hipóteses que mesmo havendo a possibilidade de a lesão atingir várias pessoas, cada uma delas, individualmente, poderá pleitear jurisdicionalmente a reparação a sua lesão, buscando atingir a preservação de seu bem jurídico.

A tutela coletiva amplia significativamente as possibilidades de acesso à justiça a um significativo número de pessoas que não teriam disposição e condição para tomar parte sozinhas numa lide.

3. Acesso à justiça, tutela coletiva e cidadania

Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 12) estabelece uma relação direta entre a tutela coletiva e o acesso à justiça:

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categoriais, classes de pessoas.

O *acesso à justiça* se traduz como princípio basilar do processo coletivo.

É no contexto de um crescimento significativo dos conflitos coletivos, mormente na década de 70, que tem origem o movimento liderado por Cappelletti e Garth, advogando um mais amplo acesso à justiça:

O acesso à justiça pode (...) ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETI e GARTH, 1988, p. 8).

Os respectivos autores expõem o sentido de acesso à justiça:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado (CAPPELLETI e GARTH, 1988, p. 9).

A princípio, o acesso à proteção judicial tinha como correlato o direito de ação, associado, portanto, a um direito formal do indivíduo. Na linha do sistema que regia o *laissez-faire*, ao Estado não importava a incapacidade de muitas pessoas utilizarem plenamente a justiça e as suas instituições, as quais constituíam um privilégio daqueles que pudessem arcar com os seus elevados custos (CAPPELLETI e GARTH, 1998, p. 9).

As mudanças ocorridas nesse cenário decorrem, em grande parte, do advento do novo modelo econômico introduzido pelo Estado Social (*Welfare State*), mais ajustado à nova realidade social, marcada por uma acentuada complexidade e massificação. Inicia-se, portanto, uma nova fase, cuja nota, sem dúvida emblemática, é o reconhecimento de direitos¹ e deveres sociais por parte dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Sob os auspícios desse movimento, os indivíduos passam a gozar de novos direitos substantivos na qualidade de consumidores, locatários, empregados e titulares do direito ao ambiente; em tal contexto passou a atuar a garantia de acesso à justiça dos cidadãos, a fim de que esses direitos não fossem meras proclamações, mas sim

¹ Conforme relata Boaventura de Sousa Santos, a preocupação com o acesso à justiça ganhou muita relevância após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo entre as décadas de 60 e 70, com a consolidação de novos direitos sociais, econômicos e culturais e o surgimento do Estado-Providência. Veja: SANTOS, Boaventura de Sousa. A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça, in SANTOS, Boaventura de Souza, *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Cortez, São Paulo, 2001, p. 167.

direitos efetivos, capazes de serem realizados frente às instituições integrantes da justiça.

Tendo considerado as linhas básicas norteadoras da evolução teórica do conceito de acesso à justiça, necessário se faz analisar os dois princípios que consubstanciam o fundamento jurídico-constitucional relativo ao acesso à justiça: a dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito.

Partindo do pressuposto de que a pessoa humana constitui a finalidade precípua e legitimadora de todo o direito, levando Castanheira Neves (1995, p. 40) a sustentar que “o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa”, emerge de forma indubitável o papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana, a qual serve como fundamento para a própria Constituição. Assim, revela-se inconcebível que os indivíduos não disponham dos meios necessários para reivindicar a prestação jurisdicional junto aos órgãos competentes por ela responsáveis. Em outras palavras, somente poder-se-á falar de dignidade da pessoa humana num regime em que os cidadãos contarem com os mecanismos de acesso ao Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos, precipuamente aqueles direitos que gozam de especial relevo constitucional. É o que também afirma Ronnie Preuss Duarte:

A dignidade da pessoa humana só pode, em termos potenciais, ser alvo de veraz proteção e garantia, enquanto aos cidadãos for assegurada a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a tutela dos seus direitos, notadamente aqueles que gozam de dignidade constitucional. Ausente tal possibilidade e restando inviável a auto-tutela, ao cidadão violado em seus direitos fundamentais nenhuma possibilidade restaria, senão resignar-se com a afronta ao seu direito. (DUARTE, 2007, p.. 87.)

Quanto ao segundo princípio, não resta dúvida sobre a sua ligação indissociável com o Estado de Direito. Se partirmos da premissa de que o Estado, na sua concepção pós-moderna, é um Estado de direito democrático, inevitável constitui também consignar a ligação entre Estado de Direito e o acesso à justiça para a proteção dos mais básicos direitos. É nesta perspectiva que afirma Ronnie Preuss Duarte:

Não se pode falar, absolutamente, em Estado democrático de direito sem que aos cidadãos seja garantida, em toda sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, socorrer-se aos tribunais para a tutela

das respectivas posições jurídicas subjetivas. Cuida-se do direito geral de proteção jurídica, cujo asseguramento é dever inarredável do Estado em face dos cidadãos sendo, ainda, uma imposição do ideal democrático (2007, p. 88-89).

Os avanços políticos e sociais pós Revolução Francesa foram lentos. Num primeiro momento as mudanças de natureza política beneficiaram mais diretamente aqueles que detinham o poder econômico. Ainda que a revolução tenha posto fim ao poder absolutista, e tenha consagrado o Estado constitucional, com limites definidos para a atuação do Estado, bem como tenha afirmado os direitos individuais, alguns eram considerados mais cidadãos que outros, haja visto a instituição do voto censitário estabelecendo que somente aqueles cidadãos que tivessem uma determinada renda poderiam votar e ser votados.

Esta categorização dos cidadãos acabou por restringir o acesso à Justiça para os menos afortunados e, ainda mais, para os que nada tinham. Ocorreu, de início, uma elitização no que tange ao acesso à Justiça.

Nos países que foram amplamente afetados pela instituição da escravidão, este fosso entre os cidadãos se alargou ainda mais, afinal, tinha-se a figura do homem livre e de posses (cidadão), do homem livre e pobre (sub-cidadão) e do escravo, que pertencia à ordem dos semoventes. Tal situação é exposta amplamente por Joaquim Nabuco em “O Abolicionismo”, (1988)

Afirma Cardoso (1977, p. 247), que “a escravidão acabou por tornar o trabalho vil, e despertar no coração dos homens livres a vergonha pelo trabalho braçal”, o que teria levado muitos negros no sul do país, após a abolição, a rejeitar o trabalho braçal como forma de afirmação de sua liberdade.

Maria Sylvia de Carvalho Franco, relatando a condição dos homens livres e pobres na ordem escravocrata e o seu acesso à justiça aponta um caso concreto no qual colonos figuram como denunciadores de um crime de homicídio no Estado de São Paulo, na cidade de Guaratinguetá, destacando a forma como o advogado do réu procurou desqualificá-los em razão de sua condição social:

Essa completa ausência do reconhecimento social do homem pobre vai mesmo à afirmação de sua insuficiência para o exercício dos mais elementares direitos do cidadão, como o recurso à Justiça. Escreve um advogado: “o órgão da justiça é réu confesso de pouca reflexão e circunspeção no exercício de seu nobre e delicadíssimo dever de denunciar. Dos autos consta que foram colonos subservientes que denunciaram o fato. Pois bem, sua senhoria assim procedendo abriu um

precedente horroroso, porque nem o meritíssimo julgador, nem o abaixo-assinado, estão livres de amanhã serem intimados para defenderem-se de uma denúncia de homicídio dada por um caboclo qualquer, agregado ou colono de um desafeto e que se diz paciente do delito. O órgão da justiça, pressuroso, acolheu a denúncia de um caboclo, sem responsabilidade moral, menos ainda social, um trabalhador boçal de enxada, que não tem nome, nem posição, e nem reputação a zelar... E hoje o órgão da justiça, ao ver que as próprias testemunhas da acusação defendem o acusado há de trazer a sua consciência bem acabrunhada e exprobrar-se amargamente a facilidade com que prestou fé a caboclos”, (FRANCO, 1988:104).

Conclui a professora Maria Sylvia que estes homens livres eram desqualificados socialmente e moralmente. E desqualificados por quê? Porque não tinham propriedades, “nome”, “posição”, “reputação”.

Assim, a expressão “acesso à justiça” deve ser compreendida em seu contexto histórico e social, envolta por elementos ideológicos de dominação, de interesses de classes, de preservação de privilégios.

O conceito de acesso à justiça tem experimentado ao longo do tempo, mudanças. Se antes (sec. XVIII e XIX) tal acesso à justiça era um reflexo da filosofia individualista dos direitos prevaletentes à época (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 9 -13), configurando-se em um direito de natureza meramente *formal*, que consistia no direito “do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”, hoje considera-se a existência de um acesso efetivo à justiça.

A concepção presente nos séculos XVIII e XIX era o reflexo do pensamento liberal então predominante no âmbito político-jurídico. A compreensão que se tinha à época era de que não havia a necessidade de uma ação por parte do Estado com vistas à proteção dos direitos individuais, que eram tidos como *naturais*. Assim, o que se esperava do Estado era tão somente uma ação garantista de sua não-violação.

No contexto do Estado liberal o acesso à justiça acabava relegado àqueles que dispunham de condições pecuniárias para arcar com as custas processuais, ficando os pobres aliados da justiça. O acesso à justiça, afirmam Cappelletti e Garth, era tão somente formal e, de igual forma, a igualdade, o que passa a mudar em razão das próprias transformações experimentadas pela sociedade:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicos dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os “direitos e deveres sociais” dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 10-11).

É no contexto deste quadro social que Capelletti e Garth reconhecem que o direito de acesso à justiça ganhou particular atenção, uma vez que, como observam, “as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos” (1988, p. 11).

O direito de acesso à justiça passa a ser considerado como essencial, uma vez que de pouca valia seria o direito material sem as condições de o sujeito de direitos torná-los efetivos. Para tanto, faz-se necessário que os juristas reconheçam que “as técnicas processuais servem a funções sociais”.

O primeiro documento de alcance internacional a reconhecer o direito a efetiva e pronta prestação jurisdicional foi a Convenção Européia de Direitos Humanos (COMPARATO, 2005, p. 222-237) adotada pelo Conselho da Europa em 1950 e que entrou em vigor em 1953. O nome oficial da Convenção é *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*. Ela teve por objetivo proteger os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, permitindo um controle judiciário do respeito desses direitos individuais.

José Manuel Bandrés, assim considera o valor deste documento internacional para a garantia de acesso à justiça:

O artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos, ao proclamar o direito de toda pessoa a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos

fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei, institui as garantias jurídicas procedimentais necessárias e imprescindíveis para salvaguardar no Direito interno os direitos humanos e as liberdades públicas.

O Direito a um recurso efetivo não se reconhece na Declaração Universal dos Direitos Humanos como um *ius nudum*, ao servir esta cláusula como contenção dos espaços de imunidade dos poderes públicos, ao permitir submeter qualquer ato lesivo dos direitos e liberdades dos cidadãos à fiscalização de um tribunal de Direitos.

Inscve-se este preceito, junto ao artigo 10 que consagra o direito à justiça, entre os pilares que sustentam a arquitetura jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já que, como se adverte entre fundamentos ideológicos da Declaração, esta não busca, não se limita a proclamar formalmente os direitos e liberdades como uma mera aspiração dos homens e povos livres, todavia que se interessa pela garantia real e eficaz desses direitos e liberdades, cuja proteção somente se pode assegurar em um Estado de Direito.

O artigo 8º da DUDH tem tido o mérito de servir como direito humano de referência, que é objeto de recepção, em relações familiares, em pactos internacionais de direitos humanos de alcance universal, regional ou setorial. (BANDRÉS, 1998, p. 186-187).

A Convenção Européia de Direitos Humanos dispõe em seu artigo 6º, inciso I, que todo indivíduo tem o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável (Cappelletti e Garth, 1988), sendo que a Corte Européia de Direitos Humanos chegou a condenar os Estados signatários a indenizar os lesados pela demora excessiva na prestação da justiça. O texto *in verbis* do artigo 6º, inciso I, assim dispõe:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça².

Outro documento de grande relevância decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos ou *Pacto de São José da Costa Rica* (1969), que em seu artigo 8º, inciso I, *in verbis* preceitua:

² <http://reservadejustica.wordpress.com/2009/06/08/convencao-europeia-de-direitos-humanos-e-protocolos-adicionais/> Acesso em 25 de março de 2012.

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (MAZZUOLI, 2008, p. 958).

A Convenção dispõe, portanto, que todo indivíduo tem direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. O Brasil, na qualidade de signatário desta Convenção, ratificou-a em 1992 através do Decreto nº 678.

É ainda a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que em seu artigo 25 dispõe:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.³

Há uma preocupação crescente no Direito Internacional no que tange à garantia do acesso à justiça por parte dos cidadãos, e de que este acesso seria eficaz, célere na realização de seu desiderato.

A Constituição da República Federativa do Brasil tem insculpido em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, cada cidadão é parte legítima para acessar o Poder Judiciário requerendo a sua tutela em face de qualquer lesão ou ameaça de direito. Entretanto, tal garantia constitucional não versava em nenhum momento sobre o tempo processual, ou seja, o tempo de duração da lide. Neste caso, em se tratando de uma grande empresa em face de um cidadão comum, na medida em que esse ingressasse com ação contra aquela, a demora do processo traria certamente um maior ônus para o cidadão comum, uma vez que não disporia, em regra, dos recursos financeiros da empresa.

No Brasil, entretanto, foi somente a partir de 2004, por força da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004 que foi inserido como direito fundamental constitucional, a garantia a razoável duração do processo. A referida

³ <http://reservadejustica.wordpress.com/2009/06/08/convencao-europeia-de-direitos-humanos-e-protocolos-adicionais/> Acesso em 25 de março de 2012.

emenda deu origem ao inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal com a seguinte redação:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Com este dispositivo constitucional, passa o Estado a ser responsável por atuar no sentido de tornar a tramitação dos processos mais célere, assegurando, destarte, uma razoável duração aos mesmos, de sorte que os menos favorecidos economicamente venham a experimentar uma factível distribuição de justiça.

O que a Constituição Federal fez foi introduzir a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional como direito fundamental. É neste sentido que o então Exmº Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito preconizou:

O maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional. (DIREITO, 1998, p. 142).

3.1.. Obstáculos ao acesso efetivo à justiça

Vários obstáculos têm existido que dificultam o acesso por parte das pessoas à justiça. Consideraremos apenas alguns deles.

3.1.1. Obstáculo econômico

Santos, apud Cappelletti e Garth (1999, p. 168) considera os obstáculos de natureza econômica:

Quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que, nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa. Assim, na Alemanha, verificou-se que a litigação de uma causa de valor médio na primeira instância de recurso custaria cerca de metade do valor da causa. Na Inglaterra verificou-se que em cerca de um terço das causas em que houve contestação os custos globais foram superiores aos do valor da causa. Na Itália, os custos da litigação podem atingir 8,4% do valor da causa nas causas com valor elevado, enquanto nas causas com valor diminuto essa percentagem pode elevar-se a 170% (Cappelletti e Garth, 1978, p.10 e ss.). Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revelam sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas ações de menor valor e é nessas ações que a justiça é proporcionalmente mais

cara, o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça.

Os custos decorrentes do processo civil, envolvendo custas judiciais e honorários advocatícios constituem no Brasil um grande obstáculo ao acesso à Justiça.

Segundo dados extraídos do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁴) referentes ao ano de 2003, é possível ter uma idéia das condições econômicas dos brasileiros e perceber que, não obstante a garantia constitucional de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal), as parcas condições econômicas pesam negativamente contra os despossuídos, uma vez que quem tem melhores condições financeiras tem mais possibilidades de vencer a demanda judicial ou procrastinar o resultado do processo através de inúmeros procedimentos e recursos aos tribunais superiores.

Se considerarmos que o salário mínimo no Brasil em 2003 era de R\$ 240,00, e hoje (30.03.2012) é de R\$ 622,00, fica evidente a condição de pobreza de grande parte dos trabalhadores brasileiros.

Pelos dados apresentados pelo IBGE podemos constatar que 48.4% dos trabalhadores brasileiros ganhavam em 2003 menos dois salários mínimos, sendo que 27.8% ganhavam menos de um salário mínimo.

Estes dados nos levam a concluir que uma imensa parcela da população brasileira não tem condições de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios em um processo judicial. Enquanto este obstáculo não for efetivamente superado, as pessoas carentes de recursos financeiros continuarão a ter dificuldade quanto ao acesso à justiça, não obstante o instituto da Justiça Gratuita para os despossuídos.

3.1.2. Obstáculo temporal e estrutural

⁴ [ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores Sociais/Sintese de Indicadores Sociais 2004/Tabelas/](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2004/Tabelas/) acesso em 27.03.2012.

A lentidão dos processos constitui-se em outro fator de agravamento para os cidadãos com menos recursos, convertendo-se a morosidade do processo em um custo adicional. Boaventura de Souza Santos (1999, p. 169), faz uma análise da morosidade do processo em alguns países europeus:

No final da década de 60, a duração média de um processo civil na Itália era, para o percurso das três instâncias, 6 anos e 5 meses (Resta, 1977:80); alguns anos mais tarde, na Espanha, essa duração era cerca de 5 anos e 3 meses (Cappelletti e Garth, 1978:14). No final da década de 60, as ações civis perante o tribunal de grande instância em França duravam 1,9 anos e perante o tribunal de primeira instância na Bélgica 2,3 anos (Cappelletti & Garth, 1978). A análise de duração média dos processos civis e a consequente verificação do aumento da lentidão da justiça é um dos temas mais intrigantes da investigação sociológica sobre os tribunais nos nossos dias. Por um lado, verifica-se que a litigação civil tem vindo a diminuir de volume nas últimas décadas. Os estudos feitos na Itália neste campo (Resta, 1977:83 e ss.) corroboram inteiramente os produzidos em Espanha, onde Juan Toharia (1974:190) conclui que ao maior desenvolvimento social e económico, e ao consequente aumento da vida jurídica civil e da conflitualidade social nesta área, tem correspondido um decréscimo das causas civis nos tribunais de justiça.

Não obstante as considerações acima levadas a efeito por Souza, ele em seguida constata que, mesmo ocorrendo a redução do número de litígios, não houve redução de tempo para a sua solução, antes houve um aumento constante da duração média dos processos civis. Souza (1999, p. 169) constata ainda que o mais intrigante “é o fato de este aumento se revelar resistente, não só às inovações parciais que o procuram controlar, mas também em relação às reestruturações globais do processo tendentes a eliminar por completo a lentidão da justiça. Tais constatações levam Santos (1999, p. 169) à seguinte conclusão:

Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panacéia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros factores que são mais importantes. Por um lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados. Por outro, a distribuição dos custos mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua actividade com base na demora dos processos e não apesar dela (FERRARI, 1983:339; RESTA, 1977:87).

A burocracia do Poder Judiciário no Brasil está longe de atingir as condições necessárias para uma célere distribuição de justiça, é o que se

depreende dos dados estatísticos do Poder Judiciário extraído do site do Supremo Tribunal Federal referentes ao ano de 2000⁵. A média nacional, no ano de 2000, é de 01 (um) juiz para cada 22.680 habitantes, enquanto na Alemanha, a média é de 01 (um) juiz para cada 3.000 habitantes. No Estado do Paraná está média é de 01 (um) juiz para cada 20.426 habitantes. O Estado do Paraná possuía 459 juízes (em 2000) para uma população de 9.375.592 habitantes (em 1999). Desta forma, para termos os mesmos padrões médios da Alemanha, seriam necessários 3.125 juízes somente no Paraná.

Ocorre que no Brasil o número de juízes em âmbito nacional é de 7.231 (em 2000) para atender uma população de 163.998.652 habitantes (em 1999), sendo que o ideal considerando a média na Alemanha deveria ser de 54.666 juízes.

No ano de 2.000 foram distribuídos 11.207.948 processos em primeira instância, 1.741.182 em Segunda instância e 244.911 nos Tribunais Superiores. O número de processos distribuídos em primeira instância em comparação com o número de habitantes do país (1999 - 163.998.652) corresponde ao percentual de 6,8 %. Da mesma forma, se compararmos o número de processos distribuídos em primeira instância com a População Economicamente Ativa (PEA) em 1999 (69.558.975), este percentual passa para 16,1 %.

A propósito, das sentenças prolatadas em primeira instância, em média 15,5 % apresentam recursos aos tribunais Estaduais, Regionais e do Trabalho. Da mesma forma, dos acórdãos de Segundas Instâncias, aproximadamente 14 % dos processos apresentam recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Por último, comparando-se o número de processos distribuídos nos Tribunais Estaduais, Regionais e do Trabalho (1.741.182), com a população no ano de 1999 (163.998.552), tem-se o percentual de 1,0% da população com acesso aos tribunais estaduais, regionais e do trabalho. Já para os Tribunais

⁵ Banco de dados do Poder Judiciário. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito2001>. Acesso em 10 de março de 2.012.

Superiores (244.911), tem-se 0,14 % da população com acesso ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Dados mais recentes foram publicados pelo Conselho Nacional de Justiça.⁶ Considerando tão somente a estrutura judiciária do Estado de São Paulo, que é o Estado com maior número de processos, verificamos o seguinte quadro:

Estrutura	2004	2005	2006	2007	2008
Nº Magistrados	1.693,00	2.016	2.154	2.363	2.291
Magistrados por 100.000 habitantes	4.3	5.0	5.2	5.9	5.6
Nº Magistrados de 2º grau	132	360	360	360	360
Casos novos 2º grau	119.568	422.781	496.908	490.294	548.129
Casos pendentes de julgamento em 2º grau	267.701	505.352	553.771	581.808	580.430
Nº decisões que põem fim ao processo 2º grau	93.620	374.362	467.662	492.881	553.771
Taxa de congestionamento no 2º grau	75,8%	59,7%	55,5%	54,0%	50,9%
Taxa de congestionamento de 1º grau.	79,5%	81,3%	82,0%	84,3%	84,0%
Assistência Judiciária Gratuita	Indisponível	5.470.401	5.434.866	6.968.511	8.158.065

Do quadro acima, destacando-se os dados gerais de magistrados no Estado de São Paulo, depois o número de magistrados de 2º grau, casos novos, casos pendentes, casos julgados, percentual de congestionamento dos processos, e em seguida a taxa de congestionamento de processos em primeira instância, observa-se que o número de processos e decisões é bem menor que o número de novos processos, o que gera um congestionamento enorme de processos, o que vai aumentando a cada ano. O número de casos pendentes de 2004 para 2008

⁶ <http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisasjudiciais/tjsp.pdf>. Acesso em 10 de março de 2012.

mais que dobraram. O número de magistrados para cada 100.000 habitantes é pequeno.

Os obstáculos temporais associados aos estruturais têm ocasionado morosidade nos processos e congestionamento de processos nos tribunais, o que tem resultado em grande prejuízo para todos quantos precisam de uma Justiça célere. Estes obstáculos estão muito presentes na justiça brasileira.

3.1.3. Obstáculo de natureza pessoal

Cappelletti e Garth (1988) usam a expressão “possibilidade das partes” para se referir ao fato de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas, como organizações ou pessoas com muitos recursos financeiros, que acabam tendo vantagens em um litígio judicial, uma vez que podem pagar para litigar e também suportar as delongas do litígio; a “aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa”, o que exige que a pessoa tenha uma boa educação formal e, por conseguinte, melhores condições para reconhecer seus direitos e se valer do aparato judicial para reivindicá-lo. Tais fatores constituem obstáculos de natureza pessoal em prejuízo de quem não tem educação formal e condições estruturais ou econômicas para litigar.

4. A tutela coletiva como instrumento assecuratório do acesso à Justiça e promoção da cidadania

O estudo sobre o acesso à justiça e dos movimentos para a superação de toda forma de obstáculos a seu acesso, levou Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 31-34) a dividir em três momentos ou “ondas” a análise desses movimentos:

1ª onda – Assistência Judiciária. A primeira “onda” do acesso desse movimento foi a assistência judiciária, através da qual os ordenamentos jurídicos se preocuparam em assegurar a prestação jurídica gratuita às pessoas com condições econômicas menos favorecidas.

2ª onda – Representação dos interesses difusos. Tal exigiu a releitura das concepções tradicionais do processo civil, nomeadamente a legitimidade, antes vinculada à ocorrência de uma lesão direta e pessoal. O mesmo se aplica à coisa julgada, cujos efeitos sempre tiveram de quedar-se restritos às partes integrantes da relação jurídico-processual, e outros como a citação e os poderes do juiz.

3ª onda – Esse novo enfoque do acesso à justiça desloca-se para uma dimensão mais preocupada com a efetividade dos direitos, com a reforma dos procedimentos jurisdicionais, a estrutura dos tribunais e, sobretudo, com a criação de meios alternativos de resolução de conflitos, também conhecidos como os ADR, isto é, *Alternative Dispute Resolution*.

A tutela coletiva constitui importante instrumento para a consecução do acesso à Justiça face aos conflitos coletivos. Neste sentido obtempera Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 12):

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas. E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas.

Cappelletti e Garth consideram os *problemas especiais dos direitos difusos*, devidos a sua própria natureza difusa, pois, “(...) ou ninguém tem direito a corrigir a lesão (...) ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 26). Ou seja, ou o Estado possibilita mecanismos coletivos para a solução dos conflitos envolvendo direitos difusos, ou acabará por inibir as partes interessadas de ingressar na justiça para pleitear seus direitos, tendo em vista os altos custos e

riscos que envolvem a demanda. É neste sentido que assim considera Kazuo Watanabe:

(...) além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos (2000, p. 709)”

Neste mesmo diapasão afirma Marinoni:

(...) além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à justiça e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes (2000, p. 87).

A necessidade do direito processual coletivo se impõe para dirimir questões que envolvam direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, tendo em vista que contemplam uma gama de pessoas ou interesses que exigem uma ação coletiva, tendo em vista que a propositura individualizada acabaria por enfrentar todos os óbices e entraves acima elencados, mas que podem ser enfrentados e superados por um maior número de pessoas que comungam o mesmo interesse.

Macedo Júnior (2005, p. 565), ressaltando a importância das Ações Cíveis Públicas para a solução de conflitos envolvendo interesses metaindividuais assim preleciona:

[...] A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial ONGs e o Ministério Público, estão ampliando os foros do debate público sobre Justiça Social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência para a sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão das políticas públicas e que, em grande medida, o meio de sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. Significa também que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais. Em tal medida, as ações cíveis públicas são instrumentos extremamente salutares para dar efetividade aos direitos e garantias previstos na Constituição da República e como forma de se combater o fascismo social descrito por Boaventura de Souza Santos, não devendo o Poder Judiciário se olvidar de sua enorme importância para isto, quando conclamado a intervir para sanar comissões ou omissões do Poder Público ou da iniciativa privada, a fim de concretar os comandos constitucionais.

Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 20) pontua vários aspectos do direito processual coletivo no Brasil que contribuem para um maior acesso à justiça. Assim, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o legislador brasileiro escolheu a via da legitimação concorrente e autônoma, conferindo a titularidade da ação ao Ministério Público, a outras entidades públicas e às associações pré-constituídas nos termos da lei civil e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 82 CDC); o cidadão continua sendo legitimado para propor ação popular. O caráter *erga omnes* da *coisa julgada* nos processos coletivos envolvendo *direitos coletivos* e *direitos difusos*. A instrumentalização da coisa julgada do processo coletivo para beneficiar as pretensões individuais, de modo que a existência do dano geral e do dever de ressarcir, reconhecidos por sentença no processo coletivo, se tornam indiscutíveis em relação às ações pessoais, que versarão exclusivamente sobre o dano individualmente sofrido e sobre o nexo etiológico (art. 103, § 3º CDC).

A legitimação do Ministério Público para a propositura das ações coletivas é de grande relevância. A esse respeito considera Ada Pellegrini Grinover:

Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados. Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa. Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição. Apesar de alguma divergência, a linha preponderante é no sentido do reconhecimento da legitimação, havendo casos em que esta é negada não em face de sua eventual inconstitucionalidade, mas porque se trata, na espécie concreta, de pequeno número de interessados, estritamente definido. (2004, p. 545/546).

O acesso à justiça é condição indispensável para a plena realização da cidadania, sendo as ações coletivas instrumentos para a sua efetivação.

Aliás, a própria ideia de cidadania coletiva não pode vir desvinculada da história dos movimentos sociais, na medida em que ela surgiu e se consolidou, entre nós, no bojo das reivindicações presentes em tais movimentos, sendo ainda hoje essa a sua configuração predominante. Qual seja, a de estar ligada a conflitos coletivos que, em geral, no Brasil contemporâneo, dizem respeito a reivindicações de cunho social. Dessa forma, a democratização do aparato legal-estatal, no Brasil de hoje, está condicionada ao fortalecimento dos meios de acesso à justiça das demandas coletivas, demandas essas que dizem respeito a direitos de amplos segmentos da sociedade brasileira atual. A incorporação, no ordenamento jurídico nacional, da hipótese dos conflitos coletivos, significa ao menos o reconhecimento formal da cidadania coletiva, eis que torna possível a apreciação, pelo aparato legal-estatal, das reivindicações transindividuais. (OLIVEIRA e PEREIRA, 1988, p. 32-33).

Não obstante não termos ainda um Código de Processo Civil Coletivo, tal não tem sido um óbice para a propositura das ações coletivas e sua apreciação pelo Poder Judiciário.

As ações coletivas tem sido um efetivo instrumento para a ampliação do acesso à justiça por pessoas que de outra forma não ingressariam com ações judiciais, tendo em vista os muitos obstáculos que enfrentariam. E a possibilidade jurídica das ações coletivas mobilizam as pessoas interessadas a conjugarem seus esforços a fim de lutar pelos seus direitos junto ao Poder Judiciário, mitigando custos e tornando sua ação mais eficaz. Neste sentido as ações coletivas constituem valioso instrumento para a promoção da cidadania.

Ada Pellegrini Grinover, fazendo um balanço da aplicação das ações coletivas no Brasil conclui:

Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço é

francamente positivo. Depois de alguma tergiversação e de certas idas e vindas, até previsíveis em face da natural dificuldade de apreender plenamente toda a complexidade das novas normas, pode-se afirmar que os processos coletivos integram hoje a práxis judiciária. A notável quantidade de demandas e a adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados – primeiro dentre todos, o Ministério Público -, a ampla gama das ações ajuizadas, o reconhecimento do corpo social. Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade brasileira vem podendo afirmar, de maneira mais articulada e eficaz, seus direitos de cidadania. (GRINOVER, 2000, p. 23).

Considerações finais

A sociedade brasileira tem experimentado uma grande gama de conflitos envolvendo coletividades, o que deu lugar ao surgimento do processo de coletivização ou transindividualização dos direitos. Assim, deve o direito responder, nos planos teórico e prático, aos crescentes e inusitados desafios e demandas dos conflitos de interesses de natureza metaindividual.

O processo coletivo é um dos mais destacados pontos de desenvolvimento do processo civil contemporâneo. Introduzidos no Brasil a partir da Lei da Ação Popular (4.717/65) e da Lei da Ação Civil Pública (7.437/85), com as importantes inovações processuais trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), constituem hoje uma das mais inovadoras e avançadas experiências do processo civil contemporâneo. Possuindo um secular e consolidado paradigma no direito norte-americano e em franca expansão em outros países, o processo coletivo constitui um importante pólo de estudos do direito processual civil, reunindo características de um verdadeiro sistema processual, com regras, princípios próprios e modo de operação próprio.

A tutela coletiva tem contribuído significativamente para ampliar o acesso à justiça, possibilitando que coletividades ingressem com demandas judiciais, seja através dos próprios interessados, seus representantes, Ministério Público etc.

Tais instrumentos jurídicos tem contribuído de forma significativa para a promoção da cidadania, uma vez que possibilita um acesso efetivo à justiça, e o direito de ver suas lides apreciadas pelo Poder Judiciário e seus direitos garantidos.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDRÉS, José Manuel. **La Declaración Universal de Los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo.** (coord) Xavier Pons Rafols, Asociación para las Naciones Unidas em Espana. Barcelona: Icaria Editorial, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e Escravidão no Brasil Meridional.** Ed. Paz e Terra, 2ª Edição, Rio de Janeiro-RJ, 1977.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Prestação Jurisdicional e a Efetividade dos Direitos declarados.** Revista da *EMERJ*, v. 1. , 1998, p. 142.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de Acesso à Justiça: os direitos processuais fundamentais,** Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

FRANCO, Maria Sylvia de carvalho. **Homens Livres na Ordem Escravocrata.** 4ª ed., São Paulo: Unesp, 1997.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Dias. **Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,** Rio de Janeiro, Forense Universitária, 8ª ed., 2004

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

KOMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In MILARÉ, Édis (Org.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. Teoria Geral das Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 12. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Coletânea de Direito Internacional e Constituição Federal**, 6ª ed., São Paulo: RT, 2008.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.

MILARÉ, Édis (Org.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: Efetividade e Desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**. Ed. Vozes, 5ª Edição, Petrópolis, 1988.

NEVES, Castanheira. **O Papel do Jurista no Novo Tempo, Digesta, Vol. 1**, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

OLIVEIRA, Luciano e PEREIRA, Affonso Cezar. **Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça**. Recife: Editora Massangana, 1988.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIOS, Josué de Oliveira; LAZZARINI, Marilena e NUNES Jr., Vidal Serrano.

Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: Ed. Globo, 2010.

SANTOS, Boaventura. Poderá ser o direito emancipatório? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, maio/2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabrir Editor, 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira. **A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos.** Lisboa: Lex, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** 2ª ed., São Paulo: RT, 1995.