

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

**PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS TUTELAS
COLETIVAS**

BRUNO JOSÉ GONÇALVES GUARACIABA DE ALMEIDA
JUIZ DE FORA
2012

PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS TUTELAS COLETIVAS

Monografia de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos da obtenção do Grau de Bacharel em Direito, apresentado pelo acadêmico Bruno José Gonçalves Guaraciaba de Almeida, sob a orientação da Professora Aline Araújo Passos.

JUIZ DE FORA

2012

BRUNO JOSÉ GONÇALVES GUARACIABA DE ALMEIDA

**PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS TUTELAS
COLETIVAS**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Aline Araújo Passos.

BANCA EXAMINADORA:

Data: ___/___/___

Aprovada por:

Professora Aline Araújo Passos (orientadora)

Professor Márcio Carvalho Faria

Professor João Daniel Gonelli

Juiz de Fora

2012

RESUMO

O presente estudo busca estabelecer o conceito e os princípios do acesso à justiça para que, através destes, se desenvolva um modelo processual coletivo que garanta a Utilidade e assegure à parte vencedora aquilo que for de seu direito, não só em termos teóricos ou processuais, mas, principalmente, nas vias práticas, pois o processo é o meio pelo qual se alcança a justiça, mais do que reconhecer direitos, é preciso que intervenha na realidade, garantindo a execução daquilo que foi juridicamente estabelecido.

Palavras-chave: Acesso à justiça; modelo processual coletivo, princípios que informam o acesso à justiça.

ABSTRACT

This study seeks to establish the concept and principles of access to justice for that, through these, to develop a model that ensures procedural collective Utility and ensure the successful party for what is their right, not only in theoretical terms or procedural, but mainly in practical ways, because the process is the means by which to achieve justice rather than acknowledge rights, we need to intervene in reality, ensuring the implementation of what was legally established.

Keywords: Access to justice; model procedure collective principles that inform the Access to Justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	O ACESSO À JUSTIÇA: A “GARANTIA MEIO” PARA AS DEMAIS GARANTIAS.....	8
2.1	PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A APLICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	14
3	O DIREITO COLETIVO: A SEARA JURÍDICA RESULTANTE DO ACESSO À JUSTIÇA.....	22
3.1	OS DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i>	23
3.1.1	CARACTERÍSTICAS.....	24
3.2	ESPÉCIES LEGAIS.....	27
3.2.1	DIREITOS DIFUSOS (ART. 81, PAR. ÚNICO, I, CDC).....	27
3.2.2	DIREITOS COLETIVOS STRICTO SENSU (ART. 81, PAR. ÚNICO, II,CDC).....	28
3.2.3	DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (ART. 81, PAR. ÚNICO, III,CDC).....	30
3.3	PROCESSO COLETIVO.....	33
4	A ACESSIBILIDADE, OPEROSIDADE E UTILIDADE FORMANDO MEIOS PROCESSUAIS MAIS ADEQUADOS.....	38
5	CONCLUSÃO	44
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1 - INTRODUÇÃO

O Direito consiste em um conjunto de normas que regulam as relações sociais. A criação das leis e sua aplicação recebem influência da filosofia, da sociologia e de outras áreas destinadas ao estudo da sociedade, o que implica na participação direta da ciência jurídica na estrutura social .

Por sua vez, a sociedade e as relações sociais estão em constante transformação, resultam de inúmeras condições e de características variáveis. Assim, apesar de as normas conferirem estabilidade e segurança, o Direito precisa que seus institutos acompanhem a evolução social.

Nesse estudo, pretende-se analisar o Estado Democrático de Direito como resultado da progressão social e causa na expansão participativa jurídica.

A rede social contemporânea nos apresenta uma sociedade jurídica massiva, instituída de bens e valores coletivos e caracterizada pelo consumo padronizado. Pretende-se estabelecer quais princípios jurídicos e instrumentos processuais possibilitam, no âmbito coletivo, uma atividade jurisdicional justa e acessível frente a uma ampla demanda social.

Em seguida, serão definidas as características básicas do modelo jurídico material, que reconhece os direitos decorrentes das relações sociais de caráter coletivo, e do modelo processual, que busca se valer de conceitos e procedimentos que viabilizem a tutela dos direitos coletivos de acordo com suas peculiaridades.

Assim, busca-se, baseado nos princípios do acesso à justiça e na sua aplicação, encontrar dentro do ramo do direito coletivo procedimentos e dispositivos legais que garantam a sua efetiva prestação jurídica. Por fim, será proposta a inserção de alguns procedimentos que, de acordo com todo o exposto, confirmam à sociedade uma acessibilidade à justiça através dos métodos processuais coletivos.

2 - O ACESSO À JUSTIÇA: A “GARANTIA-MEIO” PARA AS DEMAIS GARANTIAS

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer, em seu artigo 5º, XXXV que *“a lei não excluirá da apreciação de Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*¹ consagrou o acesso à justiça como uma garantia fundamental do Estado. A previsão traduz a evolução do Direito, bem como o interesse público na composição dos conflitos. Porém, tendo em vista todas as demandas sociais existentes, é preciso se definir quais medidas são necessárias e aptas para que a garantia de acessibilidade se torne uma realidade.

A concepção de acesso à justiça é fruto das modificações sociais e da evolução dos conceitos jurídicos. Estas alterações ajudaram a construir o conceito contemporâneo do acesso à justiça, bem como a sua importância para a elaboração de um Estado Democrático de Direito. Com efeito, para que se elabore uma análise da garantia do acesso à ordem jurídica, é necessário o estudo dos institutos que influenciaram a formação deste instituto jurídico-social.

De acordo com Carneiro², no período antigo, durante o Império Grego, foram agregados, ao conceito de Justiça, o conceito de isonomia e de proporcionalidade. Entendia-se que o justo seria decidido através da percepção destes dois conceitos. A concepção de isonomia consiste no tratamento igualitário dado pela lei aos cidadãos; relaciona-se com a previsão de direitos iguais e foi fundamental para a formulação do conceito contemporâneo do acesso à justiça. Observa-se que o Estado democrático grego, alimentado por aquele instituto, possibilitava, a qualquer cidadão, a busca pela proteção estatal.

As noções gregas foram largamente aproveitadas pelas sociedades posteriores. Através da implementação destes ideais assegurava-se, conseqüentemente, o acesso à justiça. No Império Romano foi construído o primeiro sistema jurídico e, à luz do conceito de isonomia, medidas foram inseridas para

1 BRASIL. “Constituição 1988”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html. Acesso em 24/10/2012, às 09:37.

² CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

proporcionar a atuação jurídica daqueles que eram considerados como cidadãos. Estas medidas representavam a inserção prática dos conceitos antes formulados.

Destaca-se a validade do conceito de isonomia para proteção do acesso à justiça, bem como a possível criação de meios práticos que assegurem a real acessibilidade. Inspirado nestes institutos, ao final do período medieval, os renascentistas formularam suas reivindicações em face do Estado vigente, buscando o reconhecimento de direitos aos cidadãos como meio de segurança jurídica frente às pretensões estatais.

A partir desses ideais, revoluções burguesas foram realizadas, poderes estatais foram amplamente limitados e, junto à concepção de individualismo, à separação dos poderes e ao princípio da legalidade, foi estabelecido o ideal isonômico que, teoricamente, respeitava as diferenças entre os cidadãos, tratando-os igualmente perante a lei. Contudo, não surtiu os efeitos esperados.

A queda do antigo modelo deu vez aos Estados liberais, que, por sua vez, estabeleceram seus elementos básicos (território, nação, Estado), através de um documento que transmitia o sentimento que constituía aquele grupo, qual seja, a Constituição. Carneiro dá ênfase à criação dessa nova identidade nacional ao dizer que: “(...) *criam um novo conceito de Estado Nacional, cuja identidade será resultado da Constituição (...)*”³.

O sentimento dos indivíduos inclinavam para a limitação do poder estatal, mas o individualismo não permitia que o Estado interviesse na sociedade, deixando o direito à igualdade restrito ao seu aspecto formal. Sem a intervenção estatal não era possível resguardar os direitos a cada cidadão, bem como não era possível a inserção de medidas que assegurassem a acessibilidade à ordem jurídica enquanto prestação jurisdicional efetiva.

Nesta linha, afirmam Cappelletti e Garth ao tratarem deste período histórico: “*O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva*”⁴.

³ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 09.

O Estado liberal também preservava a segurança jurídica como proteção contra eventuais abusos do Estado. Tal preservação enfatizava os conceitos do positivismo, reduzindo a atuação dos juízos à repetição do disposto na lei, sua única fonte. Em que pesem os fundamentos do positivismo, este sistema afastava a aplicação jurídica de decisões justas, haja vista que muitas vezes a lei é lacunosa, ou inadequada às situações práticas, revelando-se dispositivos injustos que, pela engenhosidade do sistema, não podem ser superados pela limitação à ação do Judiciário.

Enfim, o modelo jurídico liberal se mostrava inacessível e injusto, tal como as suas relações sociais, marcadas pela concentração de riqueza e abandono. Estas condições levaram à superação da visão individualista. Movimentos de cunho coletivo foram deflagrados em busca de proteção e reconhecimento dos seus direitos e deveres no âmbito social.

Os conflitos e as mazelas sociais do modelo capitalista extremado resultaram no reconhecimento estatal dos direitos coletivos que, mais do que garanti-los, tornaram os direitos reconhecidos anteriormente realmente efetivos, pois seriam de fato acessíveis. A intervenção estatal marca a passagem da isonomia formal para a busca da igualdade material, objetivo este que altera a atuação do Judiciário, que passa a utilizar outras áreas do conhecimento, lançando mão da hermenêutica para aplicar mais do que a lei; para aplicar a justiça.

A discricionariedade reservada ao juízo após a atuação protetiva do Estado e o conseqüente controle de poder exercido por este, mostrou-se essencial para o efetivo acesso à justiça. O juízo busca atender aos fins sociais tutelados pelas normas; a ele compete assegurar o exercício pleno dos direitos garantidos, bem como aplicar os mecanismos hábeis ao exercício dos mesmos direitos.

A evolução da atuação do Estado e a conseqüente acessibilidade ao Judiciário demonstraram, conforme se pode inferir das linhas de Cappelletti e Garth, que o acesso à justiça é um requisito básico para um sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito, pois, em suas palavras:

(...) o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é

*destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.*⁵

Com efeito, o processo evolutivo proporcionou ao judicante que direitos individuais e sociais fossem reconhecidos; que a busca pela tutela dos mesmos fosse isonômica no âmbito formal e material. Logo, tais condições ampliaram o acesso, trouxeram aos tribunais cidadãos de todas as classes sociais, revelando a verdadeira concepção de acesso à justiça.

Contudo, a efetiva acessibilidade, nunca antes vivenciada, comprovou a incapacidade de uma prestação judiciária célere e efetiva. De nada adianta ser acessível se não for possível solucionar as litigâncias em tempo hábil, pois inúmeras vezes o objeto da lide perde o sentido com o passar do tempo. Da mesma forma nada adianta a acessibilidade se não for efetivo, se o direito for reconhecido apenas nas vias judiciais e não for posto em prática não há tutela e nem se alcança a justiça. Na realidade, nesse caso, o acesso só se dá de maneira formal, mas não substancialmente.

Deve-se observar que a efetividade e a celeridade são dependentes uma da outra. Ser célere, mas não ser efetivo, assim como ser efetivo, mas não ser célere, pode tornar inócua a atuação judiciária. Mais do que isso, sem tais requisitos não há acessibilidade. O acesso à justiça vai além da provocação do poder judiciário, se assim fosse falaríamos apenas em “acesso”. A justiça só será realizada quando o direito for reconhecido com celeridade e efetividade.

Para Carneiro⁶, a necessidade por formas céleres e efetivas levou à elaboração de órgãos voltados para “pequenas causas”, especializado em demandas individuais, e à possibilidade de representação em defesa de direitos coletivos em juízo.

As novas necessidades produziram um conceito aperfeiçoado de acesso à justiça. Além da igualdade entre as partes e da expansão da atuação do judiciário, faz-se imprescindível que a tutela dos direitos seja realizada através de técnicas mais adequadas à expectativa das partes.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11.

⁶ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 27.

Guedes, em seu estudo sobre o acesso à justiça no âmbito das tutelas coletivas, afirma que:

(...) embora a igualdade entre as partes seja aspecto dos mais relevantes para a defesa dos direitos coletivos e difusos, os objetivos trazidos pela nova concepção de acesso à justiça não se restringem à proteção dos carentes organizacionais, preocupando-se, ainda, com a efetividade na tutela dos direitos coletivos, que deve ser propiciada por técnicas mais econômicas e eficazes.⁷

Portanto, o processo evolutivo do termo acesso à justiça sofreu inúmeras alterações, adequou-se às condições sociais que lhe eram impostas, resultando em uma garantia para a tutela de outros direitos reconhecidos. Não obstante, a garantia de acessibilidade no direito brasileiro tornou-se direito e exigível somente ao final do século XX.

O atraso na aplicação deste direito pelo ordenamento pátrio fez com que o conceito de igualdade, apenas em seu aspecto formal, norteasse a legislação e a aplicação do direito. O modelo processual utilizado em nossos tribunais era, até pouco tempo, individualista, tecnicista, elitizado e conservador, ou seja, desigual, inacessível e isolado dos fins sociais e da justiça.

A inserção dos conceitos que informam o acesso à justiça foi lenta e esparsa. Leis extravagantes referentes à tutela coletiva foram inseridas no ordenamento brasileiro, porém não foram capazes de alterar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que este era completamente direcionado pelos princípios processuais individualistas.

Os efeitos práticos da aplicação do acesso à justiça nos demais ordenamentos e no judiciário brasileiro derivaram dos conceitos que o informavam e foram introduzidos conforme seu processo evolutivo. Cappelletti e Garth⁸ apresentam as mudanças alcançadas como “ondas”. Cada fase foi fruto do aperfeiçoamento do conceito e das demandas sociais.

⁷ GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 49

⁸ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

Acompanhando o método estabelecido pelos juristas podemos dizer que a primeira “onda”⁹ prática resulta da aplicação do acesso à justiça: é a assistência judiciária dirigida às pessoas carentes. Esta fase é fruto da passagem do conceito de igualdade no âmbito formal para o material. O Estado intervencionista proporciona aos cidadãos, independente de suas condições sociais, a busca pela tutela de seus direitos junto ao poder judiciário.

A segunda “onda”¹⁰ consiste na possibilidade de uma pessoa ou grupo representar em juízo interesses difusos, decorrentes do reconhecimento de direitos sociais e da necessidade de uma atuação célere e efetiva por parte do judiciário. Nesse momento, o acesso à justiça antes adequado apenas às demandas do processo individual passa a ser inserido nas novas demandas de caráter coletivo.

Por fim, mas não menos importante, há uma terceira “onda” na qual o enfoque do acesso à justiça é mais amplo, atinge toda estrutura voltada para a resolução de conflitos, adequando, sempre que possível, qualquer dos fatores que possa propiciar uma melhor acessibilidade à justiça (não apenas ao Poder Judiciário) para os cidadãos. Nas palavras de Cappelletti e Garth a terceira “onda”:

*(...) centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.*¹¹

Para o autor, tanto o conceito de acesso à justiça quanto a sua busca em termos práticos não estão vinculados a uma mudança pontual como nos momentos anteriores, mas sim na constante melhora e adequação dos procedimentos e mecanismos de acessibilidade sempre que necessário ou possível. O aperfeiçoamento também não está limitado aos mecanismos inerentes às vias judiciais, ele também deve ser inserido em outros meios pelos quais seja possível chegar ao principal objetivo: a justiça.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

¹⁰ Ibidem, p. 49

¹¹ Ibidem, p. 67.

Assim, em que pese a alteração das condições sociais e novos obstáculos que possam surgir, a acessibilidade sempre poderá ser preservada, seja no processo individual ou no processo coletivo. Ademais, por mais que a representação coletiva e o reconhecimento dos direitos sociais estejam ligados ao acesso à justiça, o direito processual coletivo é um sistema jurídico recente, que demanda aperfeiçoamentos e adequações que o tornem amplamente acessível e efetivo.

Carneiro¹², após analisar o processo evolutivo da acessibilidade, estabelece quatro princípios do acesso à justiça. Assim, podemos afirmar que os princípios propostos pelo autor refletem as condições básicas para a existência fática do acesso à justiça. São eles que orientam e informam quais mecanismos e procedimentos devem ou podem ser alterados para que seja alcançada a acessibilidade nos moldes idealizados da “terceira onda”.

2.1 - PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A APLICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como observado, a concepção de acesso à justiça é volátil; mudanças na estrutura social exigem a progressão de conceitos e a evolução dos mecanismos práticos. Através de princípios que identificam e preservam a acessibilidade jurídica é possível regular a proteção do “acesso” no aperfeiçoamento e na inserção de mecanismos e procedimentos. Ou seja, utilizando-se dos princípios do acesso à justiça como parâmetro é possível viabilizar a “terceira onda”.

O primeiro princípio identificado por Carneiro¹³ é denominado de *acessibilidade*, e pretende tornar o sistema jurídico e, conseqüentemente, a justiça, efetivamente acessível. Nessa linha, determinados aspectos que envolvem o direito e seus procedimentos podem tornar a justiça próxima à sociedade.

Antes mesmo de se falar em ter acesso à justiça para a busca de direitos e a tutela dos mesmos, faz-se necessário que os cidadãos conheçam quais são seus direitos, quando são transgredidos e como exercê-los. Não há razão em ter órgãos

¹² CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 54.

¹³ Ibidem, p. 57

efetivos, aplicadores do direito capacitados e procedimentos céleres se a população não sabe quando procurá-los e como utilizá-los.

O obstáculo primário para a *acessibilidade* é a informação, ou melhor, a sua falta. Medidas informativas possibilitam que o cidadão reconheça uma lesão, que ele consiga por vezes evitá-la ou, até mesmo, conciliar seus interesses por vias extrajudiciais, afinal, a busca maior é pela justiça.

O processo coletivo também seria beneficiado através dos meios informativos, pois enquanto no processo individual o direito só vem a ser reconhecido através da atuação jurídica das partes, no processo coletivo ele é discutido e reconhecido juridicamente sem o conhecimento da maioria de seus titulares, o que é inadmissível para um Estado que consagra o acesso à justiça dentre as suas garantias constitucionais.

Ultrapassada a barreira da informação, para se garantir a acessibilidade é preciso que a defesa dos direitos seja realizada por aqueles que estejam aptos para tanto. A atuação em juízo precisa ser adequada, condizente com os interesses das partes. De acordo com o autor brasileiro, o titular do direito material não seria sempre o mais adequado, afirmação que vai de encontro ao sistema processual individual. Na verdade, a atuação ideal aproxima-se do processo coletivo, pretende-se que a defesa dos direitos coletivos seja realizada por órgãos realmente capazes.

A legislação brasileira, através da lei 7.347/1985, consagra a Ação Civil Pública, considerada a via processual coletiva por excelência. Seu art. 5º¹⁴ elenca os entes que possuem legitimidade para propô-la. E, aos olhos do mencionado autor, estes sempre seriam os representantes adequados para desempenhar a defesa de direitos devido a sua capacidade.

Observa-se que o instituto legitimidade extraordinária presente no modelo processual coletivo foi inserido na fase que Cappelletti e Garth¹⁵ denomina como “segunda onda”. Assim, sob o prisma da *acessibilidade*, a legitimação adequada

¹⁴ BRASIL. “Lei 7347/1985”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 24/10/2012 às 10:32.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. p. 49.

sempre será a ideal no modelo coletivo, pois foi elaborada sob os efeitos do acesso à justiça.

Por fim, a atuação jurídica não pode ser condicionada ao custo financeiro de um processo; todos são portadores de direitos e não podem deixar de exercê-los por barreiras econômicas. O ordenamento pátrio, adequando-se à atuação protetiva do Estado na passagem da igualdade formal para a material, estabeleceu normas que transpõem essa dificuldade. Entre outras, a lei 1060/1950 prevê a assistência judiciária às pessoas carentes nos termos jurídicos, o que comprova, novamente, os efeitos práticos e necessários informados pelo acesso à justiça.

De uma forma clara e direta, o princípio da *acessibilidade* tem por finalidade proporcionar a qualquer indivíduo o conhecimento de seu direito e a tutela do mesmo, o que é primordial à sociedade e ao interesse público consubstanciado pelo Poder Judiciário.

Outro princípio que representa o conceito de acesso à justiça e conduz a sua aplicação prática é o da *operosidade*. Ele é voltado à atuação dos indivíduos que auxiliam a atividade judicial e extrajudicial, tendo em vista que a conduta destes operadores e a forma com que utilizam os instrumentos processuais influenciam diretamente no alcance da justiça.

O trabalho dos cooperadores é essencial, a forma como eles atuam é determinante para a concretização dos fins sociais do processo. Nesta linha afirma Carneiro:

Seria um absoluto contra-senso imaginar que os fins sociais e políticos que informam o processo como instrumento de realização de uma das funções essenciais do Estado pudessem ser alcançados sem que os operadores e cooperadores da justiça participem de forma correta (...) ¹⁶

Ora, qual a finalidade do processo senão a justiça. Através de uma atuação pautada nos objetivos estabelecidos far-se-á uma justiça célere e efetiva. Essa máxima se aplica a todos os indivíduos que empregam sua força de trabalho

¹⁶ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 64.

na atividade jurídica, principalmente àqueles que atuam diretamente na aplicação do direito e nos seus efeitos sociais.

A evolução da aplicação do direito e do acesso à justiça fez com que o juiz deixasse de ser apenas um aplicador vinculado estritamente a norma e passou a ser protagonista, decidir de acordo com os preceitos legais, com os princípios constitucionais e identificar os fins sociais nestes consubstanciados.

Dessa forma, tornou-se possível proteger os valores consagrados no ordenamento mesmo quando a lei fosse omissa. Ou seja, ao juiz é reservada uma atuação livre, desde que fundamentada, para que possa alcançar o resultado mais justo possível, ao passo que possui o dever de atuar a serviço da sociedade, lançando mão dos meios processuais da forma correta, para atingir os fins do processo.

A utilização correta dos meios processuais é fundamental. É através deles que o juízo fará a sua busca pela verdade, que tomará a decisões tanto mais seguras e justas quanto melhor a utilização dos instrumentos a seu dispor. Uma atuação judicial negligente leva à carência probatória, comprometendo as sentenças proferidas, a credibilidade e a finalidade da atuação judiciária.

Por seu turno, as partes e seus procuradores, ao se valerem dos meios e instrumentos processuais de forma eficaz também colaboram com a celeridade processual, fazendo com que o processo siga seu curso regular e atinja o fim a que se propõe.

O princípio da *operosidade* se aplica a todos que participam da atividade judicial, alcançando o advogado. Em que pese a parcialidade intrínseca do seu trabalho, os fins sociais e políticos que regem o processo e garantem o acesso à justiça também norteiam a sua conduta. Representar os interesses das partes não implica em atuar em desconformidade com os objetivos públicos maiores. O advogado é um colaborador da justiça e deve desempenhar sua atividade de acordo com os seus fins.

O profissional do direito deve ter em mente que o processo é essencial à justiça e atuar de forma eficaz em busca de seus fins, contribuindo para a realização do justo e assegurar o acesso à justiça.

O mesmo princípio também deve preponderar sobre os equivalentes judiciais, tendo em vista que o seu objetivo é comum: alcançar o justo. A praticidade

e a efetividade inerentes a estes métodos não descartam a necessidade de uma atuação condizente com os fins da justiça, pelo contrário, exigem maior comprometimento de seus operadores devido às perspectivas que envolvem seus procedimentos. Para Carneiro¹⁷, os métodos extrajudiciais são extremamente benéficos, prova disso é a inserção da conciliação como ato processual.

Portanto, o princípio da *operosidade* orienta àqueles que participam da atividade judicial a atuarem conforme os fins processuais; que busquem realizar suas tarefas de forma eficaz e, dessa forma, em igualdade de condições, a composição dos conflitos individuais e coletivos será acessível e justa, útil à sociedade como um todo.

Para que se estabeleça um “Estado de acesso à justiça” é necessário que os princípios sejam implementados conjuntamente. A inserção de meios para a acessibilidade, bem como a atuação eficaz dos operadores da atividade judicial, não surtirão efeitos se o processo não prezar pela *utilidade*.

O modelo processual que garanta a *utilidade* assegura à parte vencedora aquilo que for de seu direito, não só em termos teóricos ou processuais, mas, principalmente, nas vias práticas. O processo é o meio pelo qual se alcança a justiça. Mais do que reconhecer direitos, é preciso que intervenha na realidade, garantindo a execução daquilo que foi juridicamente estabelecido.

Ao se falar em *utilidade* processual, remete-se à ideia de processo efetivo. Carneiro¹⁸ entende que a *utilidade* seria sinônima da efetividade. Para que o processo seja útil ou efetivo é necessário que ele seja célere, com o tempo prolongado da lide o seu objeto de conflito pode ser depreciado e o dano torna-se irreparável.

Nos dias atuais, por mais importante que seja proferir uma decisão respaldada de segurança, essa não pode ocorrer com atraso. Quanto maior o tempo dispensado para se estabelecer uma sentença, menor será a efetividade dos seus efeitos. Logo, no processo em que os provimentos concedidos deixam de ser úteis,

¹⁷ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 76.

¹⁸ Ibidem, p. 84.

não se verifica a realização da justiça, a atividade jurídica se torna obsoleta, pois sua finalidade não foi concretizada.

Atento a essa carência processual, o direito pátrio passou a prever medidas judiciais que aceleram a prestação jurisdicional ou antecipam a produção de certos efeitos em questão, protegendo a função do processo, enquanto procedimento. Através de institutos jurídicos como a tutela antecipada é possível, com rapidez, assegurar a efetividade do processo e a sua utilidade às partes.

Na busca pela *utilidade* processual, o legislador também concedeu, ao aplicador do direito, meios que asseguram a execução daquilo que foi concedido em juízo. A transposição da previsão processual para o âmbito prático foi facilitada. E deve ser sempre – esse é o desafio. Essas medidas podem “estimular” o executado a cumprir com sua obrigação, bem como entrar no seu patrimônio e retirar aquilo que é direito de outrem.

Outro conceito com efeitos práticos que se pode inferir do princípio da *utilidade* recai sobre a coisa julgada. Este instituto foi concebido sob os princípios do processo individual, sendo imposto somente às partes integrantes do processo. Tanto o conteúdo subjetivo, quanto o conteúdo objetivo, eram válidos, apenas, para os participantes do processo.

Todavia, as relações cíveis modernas foram padronizadas, a impessoalidade entre as partes contratantes levaram à elaboração de contratos adesivos e outros instrumentos que assemelham os negócios jurídicos, além disso, inúmeros direitos de caráter coletivo foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

As novas condições sociais resultaram na evolução do acesso à justiça e na ampliação da utilidade da coisa julgada. A partir deste momento, uma decisão inerente a um conflito de ordem coletiva irá produzir efeitos para todos os titulares daquele direito, independente da sua participação processual. Outrossim, a coisa julgada referente a um conflito individual que seja homogêneo a outros conflitos, também deverá surtir efeitos em todas essas relações. Para que se tenha acesso à justiça passa a ser necessário que os limites subjetivos e objetivos de uma sentença sejam alargados e aproveitados da forma mais útil, eficaz e célere possível.

Desse modo, o aprimoramento da utilidade de um instituto jurídico revela um caminho mais apto à realização da acessibilidade jurídica. A utilização do

processo em dimensões coletivas ampara as necessidades de um sistema judiciário deficitário e de uma sociedade carente de justiça.

O acesso e a justiça são implementados e reforçados na proporção da aplicação de seus princípios. Cada meio judicial, ao ser utilizado de acordo com os fins que informam o processo, garante o resultado efetivo da prestação jurisdicional. Ser útil é compor os conflitos no âmbito jurídico e prático.

Não obstante, a aplicação dos conceitos jurídicos conforme os fins que informam o ordenamento é bastante complexa. É esse o exato ponto em que o direito do acesso à justiça transcende e torna concreta a prestação jurisdicional.

O direito não é ciência exata; o juízo ao decidir um caso prático pode aplicar, de várias maneiras, o mesmo conteúdo normativo; pode se deparar com vários comandos que regulam o mesmo fato jurídico, nestes casos, como proceder? Faz-se necessário utilizar o princípio da *proporcionalidade*.

Ao se valer do princípio da *proporcionalidade*, o aplicador do direito visa identificar qual a norma, ou qual interpretação do elemento normativo, melhor transmite os princípios e fins inerentes a um determinado ramo do direito. O acesso à justiça, ao ser estabelecido como uma garantia fundamental no art. 5º, XXXV, deve constar entre os princípios que orientam o juízo na sua análise aplicativa. Ou melhor, ao se considerar o acesso à justiça como uma garantia meio para a tutela das demais garantias e direitos, far-se-á necessário que a *proporcionalidade* seja aplicada à luz da acessibilidade.

A presença do princípio da *proporcionalidade* é constante e inevitável, mas como utilizá-lo a favor do acesso à justiça? Apesar de se tratar de um princípio subjetivo, ligado aos valores presentes no ordenamento, a aplicação da proporcionalidade requer um grau de objetividade, para que possa conduzir uma atividade jurídica linear, afastada de contradições e retardos.

Na verdade, ao se identificar a acessibilidade à justiça como fator essencial na escolha aplicativa do juízo, delimitam-se os princípios que a informam como parâmetros para a ponderação do magistrado. A atividade jurisdicional deve optar pela forma normativa que melhor atenda a acessibilidade, a utilidade e a efetividade. O exercício do princípio da *proporcionalidade* em prol do acesso nada mais é do que atuar de acordo com a *operosidade*, isto é, buscar a finalidade do processo: a justiça.

Pois bem; o instituto do acesso à justiça deve acompanhar as transformações das condições sociais, identificar a passagem das relações individuais para as relações coletivas, adequar-se a uma sociedade massificada, globalizada e ágil, que aspira por um tratamento jurídico uniforme, na qual os conflitos sejam solucionados de forma célere e coletiva. Enfim, a sociedade moderna necessita de um processo coletivo efetivo e acessível. É imprescindível que os princípios ora analisados sejam aplicados não só nas demandas individuais, mas, também, nas demandas coletivas.

Com efeito, é preciso que os meios judiciais, os institutos jurídicos e os agentes da justiça sejam aprimorados para suportar este recente modelo social de demanda jurisdicional. O presente estudo deseja que o processo coletivo se torne um meio de acesso à justiça através da aplicação da “terceira onda”, para isso entende que os princípios da *acessibilidade*, da *operosidade*, da *utilidade* e da *proporcionalidade* devam ser utilizados como parâmetros, orientando o aperfeiçoamento dos seus procedimentos.

Porém, para que se possa adequar os institutos do direito coletivo, tornando-o acessível e efetivo, requer sejam conhecidos os direitos materiais por ele tutelados, o modelo processual estabelecido e os fins que orientam a sua aplicação.

3 - O DIREITO COLETIVO: A SEARA JURÍDICA RESULTANTE DO ACESSO À JUSTIÇA.

A Constituição da República de 1988 consagrou direitos e garantias fundamentais pertinentes aos anseios sociais e à realização do Estado Democrático de Direito. E, para a real constituição do Estado desejado, era imprescindível a garantia do respeito ao devido processo legal, bem como do acesso à justiça, elevados a preceitos constitucionais.

Diante da previsão constitucional e dos contornos modernos das relações humanas, se fez necessária a inserção, no âmbito processual, de métodos organizacionais e meios jurídicos aptos a efetivar as garantias constitucionais, e, conseqüentemente, a manutenção do “Estado de acesso à justiça”.

Nesta linha, com o implemento das necessidades da vida moderna, o método jurídico processual coletivo se destaca como método inovador e efetivo de acesso à justiça.

A inserção do processo coletivo no mundo jurídico brasileiro resulta do desamparo processual em que as situações jurídicas coletivas se encontravam. Os procedimentos até então existentes adequavam-se à tutela das pretensões individuais e não eram compatíveis à devida (e efetiva) proteção dos direitos coletivos *lato sensu*.

Tem por objetivo proporcionar a adequada tutela a direito material de natureza coletiva, seja ele resguardado na Constituição ou em qualquer outro dispositivo normativo do ordenamento jurídico pátrio. Atende aos fins propostos na Carta da República e aos princípios processuais ordinários, dando à justiça (fim maior do Direito enquanto ciência) uma dimensão ampla, além dos direitos individuais propriamente ditos.

Assim, para a compreensão do processo coletivo e de suas características, é preciso, primeiro, identificar e conceituar os direitos que este modelo processual visa tutelar. Os conceitos materiais e processuais coletivos são e

devem ser condizentes entre si, para que seja possível a harmonização dos seus institutos com a realidade, resultando na efetiva atuação pelo Poder Judiciário.

Didier Jr e Zaneti Jr., ao conceituarem os direitos coletivos *lato sensu*, demonstram esta necessidade:

As categorias de direito (...) (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) foram conceituadas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário.¹⁹

Em que pese a separação teórico-empírica entre o direito material e o direito processual, para que sejam efetivos é necessário que os conceitos veiculados por ambos sejam harmônicos. Dessa forma, uma base teórica interativa possibilita na prática a efetividade dos procedimentos processuais e, conseqüentemente, da tutela jurídica.

Obrigatório advertir que aspectos inerentes aos direitos coletivos *lato sensu*, bem como ao processo coletivo, possuem conceitos e procedimentos marcados por obstáculos que interferem na efetivação do processo coletivo e, por assim ser, demandam a aplicação de novos meios para a contínua afirmação do acesso à justiça.

3.1 – OS DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Os direitos coletivos *lato sensu* foram reconhecidos e sistematizados em meados do século XX, frutos de movimentos político-sociais que buscavam a positivação de direitos protetivos aos grupos sociais minoritários ou menos favorecidos. No Brasil, estes direitos foram integrados ao texto constitucional como garantia fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Os “novos direitos”, nos países de tradição constitucional, foram considerados como desdobramento dos direitos fundamentais políticos, civis e sociais, classificados como direitos de primeira e segunda geração.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. 6ª Edição, Salvador: JusPODVIM, 2011. p. 75.

Os direitos sociais foram reconhecidos pelos Estados estabelecidos após a Segunda Guerra Mundial, sua inserção acompanhou a evolução do conceito de igualdade entre os indivíduos. Primeiro desenvolveram-se direitos sobre os aspectos da igualdade material, gerando garantias sociais relativas apenas aos aspectos puramente econômicos. Mais tarde, com a evolução das relações sociais, o Estado Social desenvolveu direitos sobre os aspectos da “igualdade participativa”, criando-se direitos com conotações de integração: os direitos coletivos.

Assim esclarece Leal:

O compromisso do Estado social se desenvolveu com a reavaliação do princípio da igualdade (...) que de uma ideia meramente formal passou a ganhar um aspecto material, diante das lutas da classe trabalhadora por melhores condições sociais. Essa noção de igualdade, agora com novas conotações de integração situada em contextos sociais particulares, foi se desenvolvendo (...).²⁰

Desta forma, os direitos coletivos resultam do desdobramento dos direitos sociais somados a uma busca social pela não exclusão de seus indivíduos. De qualquer forma, para que se estabeleça uma igualdade além do plano econômico é indiscutível a necessidade dos “novos direitos” na ordem jurídica.

Contudo, tê-los positivados de nada servirá se não forem efetivados. E, nesse ponto, destaca-se a necessidade de sua efetivação.

3.1.1 - CARACTERÍSTICAS

Mas, afinal, quais características definem um direito como coletivo? Quais são os aspectos dos direitos coletivos que tornam inapta a tutela através do modelo processual clássico? Ou melhor, quais as características dos direitos coletivos devem ser atendidas pelo modelo processual coletivo, para que seja efetiva a tutela jurisdicional dos mesmos e a satisfação do acesso à justiça?

Partindo-se das questões apresentadas, temos que os direitos coletivos *lato sensu* resultam da evolução do conceito de igualdade, abandonando a defesa

²⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p 121.

isolada dos aspectos econômicos da igualdade para uma tutela ampliada, através da qual se preserva a igualdade entre os indivíduos no aspecto jurídico.

Com efeito, os direitos coletivos não possuem conteúdo patrimonial, isto é, não se pode tutelar tais direitos através de uma reparação monetária, exclusivamente. Pode-se dizer que estes direitos procuram mitigar desigualdades de ordem existencial.

O conceito de ordem existencial transporta aspectos que ajudam a definir o conteúdo inerente aos direitos coletivos *lato sensu* e, assim, possibilita a aplicação e a identificação de condutas lesivas aos bens por eles tutelados.

O primeiro aspecto fundamental possível de se inferir é o direito à vida, sob o aspecto da qualidade de vida. Os direitos coletivos visam a preservação de certos valores que contribuem para a qualidade de vida de toda a sociedade contemporânea e das gerações futuras. Claramente perceptível é a impossibilidade da redução deste “bem” em valores econômicos. Como exemplo, temos a tutela do patrimônio natural estabelecida pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

Outro conteúdo derivado dos direitos coletivos é o direito à integração social. Este direito proporciona o reconhecimento e a defesa jurídica de qualquer grupo que, por condições fáticas ou por qualquer afinidade, sofra tratamento desigual nas relações sociais. Esta proteção busca a afirmação do Estado Social, impedindo qualquer forma de tratamento excludente, em outras palavras, preserva-se a inserção social dos indivíduos.

Desta forma, concluiu Leal:

Os direitos difusos têm conteúdo não-patrimonial e trata de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social²¹

Ao enquadrar a *qualidade de vida* e o *direito à integração* como aspectos fundamentais do conteúdo dos direitos coletivos, é possível afirmar que ao se proteger um dos aspectos, necessariamente se resguarda o outro. Ao se tutelar a não exclusão de qualquer grupo, implicitamente, se defende a qualidade de vida dos indivíduos pertencentes àquele grupo. Por outro lado, ao se efetivar medidas que

²¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 103.

reflitam na melhora da qualidade de vida de determinadas pessoas, indiretamente se protege a integração destas pessoas no seu contexto social. São aspectos de conteúdo recíproco.

Ao identificar o conteúdo dos direitos coletivos e os seus aspectos, podemos reconhecer outro caráter exclusivo destes novos direitos sociais: a transindividualidade, sob o espectro subjetivo, e a indivisibilidade, sob o espectro objetivo.

Observa-se que o destinatário de qualquer dos conteúdos dos direitos coletivos não é um indivíduo, mas sim um grupo de pessoas determinável ou não. Assim, os direitos coletivos não pertencem a um indivíduo isoladamente, ou seja, diferente dos direitos patrimoniais, eles não estão restritos ao campo subjetivo de direitos de um indivíduo. Os novos direitos dizem respeito a todos, sendo impossível sua apropriação por um deles, o que nos permite dizer que são direitos “não exclusivos”.

Ora, se os direitos coletivos não são individualizados, pelo contrário, são inerentes a inúmeros indivíduos, logo, eles possuem o caráter transindividual.

Objetivamente, os direitos coletivos são considerados indivisíveis. Isto significa que o gozo destes direitos, a lesão aos mesmos e a sua tutela atingirá todos os seus destinatários. Todos os atos relativos aos direitos positivos levam o mesmo resultado a todos os indivíduos. Neste ponto, Leal²² lança mão do termo “*princípio da não exclusão dos beneficiários*”, segundo o qual nenhum dos membros pertencentes a um grupo será beneficiado indistintamente, todos serão igualmente atingidos.

A característica da indivisibilidade confere aos direitos coletivos os seus contornos mais relevantes. E é este caráter que torna o modelo processual clássico obsoleto para a sua proteção. Mais do que isso, tal peculiaridade faz necessária a criação de um modelo processual coletivo que, antes de mais nada, deverá atender as condições impostas por este caractere.

Como se infere das definições de indivisibilidade, não é possível apontar apenas um titular dos direitos coletivos, bem como não se pode restringir os efeitos da atuação jurídica a apenas um indivíduo. Assim, com a definição dos direitos

²² LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 182.

coletivos *lato sensu*, podemos delinear algumas características indispensáveis ao processo coletivo.

E, no que se refere ao processo coletivo enquanto procedimento, a lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor inauguram, no direito processual pátrio, a positivação do sistema legal coletivo.

Em que pese a homogeneidade entre os direitos coletivos *lato sensu*, a conceituação elaborada pelo artigo 81, parágrafo único, do Código do Consumidor, estabelece uma diferenciação entre os mesmos.

Neste dispositivo são identificados os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Tendo em vista as diferenças entre os tipos legais de direitos coletivos *lato sensu*, bem como as peculiaridades reservadas aos direitos individuais homogêneos, torna-se necessária a análise isolada de cada um dos tipos legais.

3.2 - ESPÉCIES LEGAIS

3.2.1 DIREITOS DIFUSOS (ART. 81, PAR. ÚNICO, I, CDC).

Na divisão proposta pelo ordenamento pátrio temos, como a primeira categoria dos direitos coletivos, os direitos difusos, definidos da seguinte forma:

Art. 81(...)

*Parágrafo único, A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para os efeitos desse código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato,²³*

As características imputadas pela lei aos direitos difusos são aquelas definidas anteriormente, quais sejam: a natureza indivisível, transindividual e a titularidade indeterminada. Porém, importante perceber que estas são características

²³ BRASIL. “Lei 8078/1990”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 10:52.

dos direitos difusos impostas pelo seu aspecto material, absorvidas das suas condições empíricas.

O fator diferencial dos direitos difusos é o agrupamento dos seus titulares por circunstâncias de fato. Não existe entre eles um vínculo comum de natureza jurídica; sua união decorre exclusivamente da lesão sofrida. Assim, os titulares dos direitos difusos são, necessariamente, agrupados ao acaso, inexistindo uma relação jurídica comum.

É bem verdade que as lesões aos direitos difusos ensejam a possibilidade de uma reparação econômica, contudo, isso não afronta seu caráter não patrimonial, pois esta redução monetária não é destinada aos titulares do direito, mas sim às ações afirmativas que proporcionam a preservação dos mesmos.

Na legislação brasileira, pode se dizer que os direitos difusos representam os direitos coletivos por excelência, são aqueles direitos genuinamente coletivos, nos quais se percebe nitidamente o interesse público na preservação do acesso à justiça e, conseqüentemente, na tutela de tais direitos.

3.2.2 – DIREITOS COLETIVOS STRICTO SENSU (ART. 81, PAR. ÚNICO, II, CDC).

A definição legal dada aos direitos coletivos *stricto sensu* lhes atribui as principais características pertencentes aos direitos difusos, com exceção à definição dos titulares. Senão vejamos:

Art. 81 (...)

*Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
II – (...) de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entres si ou com parte contrária por relação jurídica base,²⁴*

Como dito, a diferença teórico-empírica reservada aos direitos coletivos *stricto sensu* é a *determinabilidade* dos destinatários do direito. Por mais amplo que seja o grupo, a categoria ou a classe sujeita à lesão, é possível identificá-los.

²⁴ BRASIL. “Lei 8078/1990”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 10:54.

Esta *determinabilidade* decorre do vínculo jurídico estabelecido anteriormente à lesão. Esta relação jurídica base é formada entre os indivíduos enquanto membros de uma classe, vinculados através de um elemento subjetivo que ordena suas condutas em prol de um objetivo comum. Existiria então, de acordo com Didier Jr e Zanetti Jr²⁵, uma *affectio societatis* capaz de identificar o grupo lesado.

Não obstante, conforme o dispositivo legal, a relação jurídica prévia pode ser estabelecida entre a parte passiva e os indivíduos lesados. Ou seja, o elemento que configura o *status* de classe aos demandantes é a relação homogênea com a parte transgressora. Observa-se, neste ponto, que o elemento de coesão é objetivo.

Todavia, para Leal²⁶, a transindividualidade e a indivisibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu*, seriam legalmente estabelecidas, ou melhor, tais características não decorreriam do aspecto material de tais direitos, mas sim do aspecto formal atribuído pela lei. Nos termos práticos, tal diferença possibilitaria a divisibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu* e a propositura de ações individuais. Este posicionamento, segundo o autor, é reforçado por certos dispositivos legais, como o artigo 104 do Código do Consumidor (Lei 8.078/90)²⁷, que regula a propositura de ações coletivas simultâneas às ações individuais. Ademais, estas ações individuais são propostas e admitidas pelos órgãos judiciários nacionais.

A celeuma doutrinária, por si só, já demonstra a necessidade de se debater a real eficiência dos procedimentos coletivos atualmente a disposição do jurisdicionado e o real acesso à justiça estabelecido na CR/88. A estrutura processual-informativa dedicada à existência simultânea de ações individuais e coletivas (seja veiculando direitos coletivos *stricto sensu* ou direitos individuais homogêneos) é precária; deixando os indivíduos sujeitos à condição de isolamento, e, em última análise, obstaculizando o acesso à justiça. Os aspectos referentes a este particular são percebidos claramente na tutela dos direitos individuais homogêneos, hipótese na qual a aplicação do acesso à justiça resta prejudicada.

²⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. 6ª Edição, Salvador: JusPODVIM, 2011. p. 77.

²⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 106, 107.

²⁷ BRASIL. "Lei 8078/1990". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 10:57.

3.2.3 – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (ART. 81, PAR. ÚNICO, III, CDC)

Os direitos individuais homogêneos também são classificados como uma espécie de direito coletivo, entretanto, como o próprio nome já sugere, suas características são atípicas. A ele se reservam as formas mais peculiares dos direitos coletivos no âmbito material. De acordo com a definição legal os direitos individuais homogêneos seriam:

Art. 81

*Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.²⁸*

Apesar da sucinta definição proposta pelo dispositivo legal, são inúmeras as considerações a serem feitas acerca dos aspectos destes direitos. Primeiro, ao se analisar as características atribuídas explicitamente pela norma, temos que os direitos aqui tutelados possuem caráter individual, ou seja, inerentes subjetivamente a cada indivíduo. Cada pessoa pode desfrutar deste direito isoladamente, bem como pode acionar o Poder Judiciário em busca da sua tutela, através de ações individuais.

Bem, se o adjetivo homogêneo não fosse inserido pela lei, estaríamos frente a uma contradição conceitual, pois o caráter individual destes direitos afastaria a possibilidade da tutela coletiva. Contudo, a condição da homogeneidade imposta a esses direitos individuais, para que a sua tutela jurídica seja realizada com amplitude coletiva, não só elimina a aparente contradição conceitual como possibilita uma efetiva proteção aos titulares lesados, garantindo a satisfação dos preceitos transmitidos pelo princípio do acesso à justiça.

Com efeito, a proteção coletiva de direitos individuais ocorrerá quando direitos desta natureza forem transgredidos de forma homogênea e com dimensão coletiva. Assim, estamos diante de uma “ficção jurídica”, pois os direitos violados são essencialmente individuais, ao passo que seu tratamento legal os identifica como direitos de uma coletividade. Isto é, os direitos individuais homogêneos são processualmente coletivos.

²⁸ BRASIL. “Lei 8078/1990”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 11:00.

Observa-se, também, que a ordem legal impõe uma segunda condição para a sobreposição da “ficção jurídica”: a origem comum das lesões. Esta segunda condicional não deve ser interpretada de maneira restritiva. Não é necessário que a conduta lesiva seja uma unidade factual, mas sim que a violação e a relação jurídica entre a parte passiva e os titulares do direito seja semelhante. Entende-se que, nos casos de direito coletivo, a expressão “origem comum” indica a similaridade entre a parte passiva, a relação jurídica existente e a lesão causada.

Outra característica dos direitos coletivos *lato sensu* que sofre alterações na aplicação dos direitos individuais homogêneos é o conteúdo não-patrimonial. Como demonstrado anteriormente, as tutelas coletivas não são passíveis de reparação monetária, as possíveis indenizações tem apenas caráter punitivo; no mais, as quantias arrecadadas também não são individualizadas. Porém, a manutenção de tais premissas é inviável, tendo em vista que os direitos ora tratados são individuais. O caráter individual não só enseja a reparação monetária do dano, como garante a individualização das quantias reparatórias através da individualização do processo coletivo, a partir da sentença coletiva.

Pois bem; analisado o dispositivo legal e as características básicas dos direitos individuais coletivos, afirma-se que, sem a explícita previsão legal, a possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais seria inexistente. Esta “ficção jurídica” inserida pelo legislador flui dos preceitos constitucionais e da busca pela constituição de um Estado Democrático de Direito. A previsão de defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos demonstra: primeiro, a adequação do ordenamento jurídico à formação massificada das relações jurídicas contemporâneas; segundo, a busca pela economia processual necessária ao judiciário; terceiro; a eliminação de sentenças que determinem comandos distintos acerca de um conflito semelhante e; quarto, a aplicação do acesso à justiça.

Didier Jr e Zanetti Jr. analisaram a finalidade dos direitos individuais homogêneos e concluíram:

A ‘ficção jurídica’ atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea. (...) as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar

economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.²⁹

No que pertine ao acesso à justiça, observa-se que, paulatinamente, existem pequenas transgressões a direitos individuais que ensejam mínimas reparações e, por isso, não são levadas ao conhecimento do Judiciário. A propositura de ações coletivas possibilita a proteção destes direitos, bem como a punição da parte contrária e o fim da violação de dimensões coletivas. Ou seja, o modelo elaborado pela lei atende aos anseios do acesso à justiça sob todos os seus aspectos e, no particular, é apto a garantir a afirmação dos direitos de cada um.

Todavia, apesar de todos os méritos concernentes a este modelo, ele se mostra improdutivo, tendo em vista a inexistência das ferramentas necessárias para a sua efetividade prática. Do que adianta a possibilidade de se ampliar o campo de indivíduos sujeitos à atuação jurídica se não são dispostos meios para tanto? Ações coletivas da espécie em questão são distribuídas, direitos são afirmados e provimentos são previstos, contudo, o desconhecimento da existência destes feitos não permite que seus titulares venham a desfrutá-los. Tornam-se inacessíveis.

Para que o modelo realmente atenda o princípio do acesso à justiça, é imprescindível a existência de um meio informativo, devidamente previsto no ordenamento, que seja atualizado, veiculando as ações em andamento, o estado das mesmas, os objetos da lide e, até mesmo, “quem” e “como” pode ser beneficiado. Ademais, a publicação do próprio meio informativo também é necessária, afinal, ele também precisa se tornar lugar comum para os indivíduos que buscam a tutela judiciária.

Com a inserção de tais meios, a defesa individual através de ações coletivas seria uma prática processual reiterada. Neste ponto, tanto a segurança jurídica quanto a confiança dos titulares seriam valores agregados a este modelo. Importante perceber que, com a inserção destes elementos ao conceito público da tutela em voga, não mais se vai optar pela manutenção da ação individual na

²⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. 6ª Edição, Salvador: JusPODVIM, 2011. p. 78.

existência de outra com caráter coletivo, invertendo-se a escolha tomada pelo titular nestes casos, conforme faculta o artigo 104 do CDC.

Este movimento demonstraria uma evolução sócio-jurídica, do ponto de vista processual, garantindo o princípio constitucional da eficiência administrativa, através do acesso à justiça.

3.3 – PROCESSO COLETIVO

Apesar de o reconhecimento legal dos direitos coletivos ter decorrido da inserção dos Estados sociais, para Leal³⁰, as ações de caráter coletivo são utilizadas desde antes, porém a estrutura apresentada pelos modelos passados difere do modelo processual contemporâneo. As diferenças existentes resultam das circunstâncias diversas que impulsionaram a utilização do processo coletivo.

A previsão normativa da coletivização do processo justifica-se por razões de ordem sociológica e por motivações políticas. No aspecto social, o Direito passou a eleger princípios, reconhecer direitos sociais e individuais, estabelecendo garantias para os seus destinatários, o que, somado a uma sociedade de massa juridicamente atuante, levou a uma demanda massiva por tutela jurisdicional.

Por seu turno, políticas judiciárias que buscavam reduzir os custos materiais decorrentes da prestação jurisdicional, bem como afastar a veiculação de decisões contraditórias e um estado de insegurança jurídica, estimularam a utilização do processo coletivo. Pode-se dizer que este modelo processual é fruto da aplicação prática dos princípios que informam o acesso à justiça.

Por fim, a aplicação do processo de caráter coletivo é revestida de interesse público, o grande número de interessados nas suas demandas, bem como a característica dos conflitos, possibilitam a realização dos objetivos sociais mediante políticas públicas inseridas pelo poder judiciário.

A nova roupagem possui finalidades diversas do processo tradicional. Para corresponder aos novos objetivos foi preciso estabelecer um novo enfoque processual. O modelo individual preocupava-se com a estrutura subjetiva do processo, enquanto o modelo coletivo se importa com a matéria litigiosa por ele

³⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 21.

veiculada, ou seja, o processo é voltado ao conflito e aos interessados, a sua extensão, entre outros aspectos. Essa mudança de enfoque fez com que fossem estabelecidos os principais elementos do processo coletivo. Para os professores Didier Jr e Zanetti Jr.³¹ são eles: a legitimação para agir e a extensão subjetiva da coisa julgada.

A mudança de enfoque exigiu que institutos jurídicos processuais fossem alterados, dando-lhes novo conceito e nova aplicação prática. O regime tradicional referente à legitimação para agir em juízo, consubstanciado no art. 6º do Código de Processo Civil³², informa que nenhum indivíduo poderá pleitear um direito alheio, do que logo se infere a similaridade entre o titular que oferece a ação e o titular do direito material. No entanto, ao se falar em direito coletivo *lato sensu*, pelas suas próprias características, inúmeros são os seus titulares, uma ação proposta em busca da tutela desses direitos não será proposta diretamente por qualquer dos titulares e, independente do resultado, obrigatoriamente irá atingir a todos eles.

Verifica-se, portanto, que a previsão legal da legitimidade de ação tornou-se obsoleta para a viabilidade do processo coletivo.

Dessa forma, o legislador elaborou comandos normativos direcionados ao modelo processual coletivo, atribuindo novos conceitos à legitimidade para agir em juízo. O artigo 5º da lei que regula a ação civil pública (Lei 7.347)³³, bem como o artigo 82 do código do consumidor (Lei 8.078), estabelecem quais seriam os legitimados a agir na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Vejamos:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

- I - o Ministério Público,
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

³¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. 6ª Edição, Salvador: JusPODVIM, 2011, p. 44.

³² BRASIL. “Código de Processo Civil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 24/10/2012 às 12:20

³³ BRASIL. “Lei 7347/1985”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 24/10/2012 às 12:41

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.³⁴

A escolha dos órgãos representativos dos direitos coletivos em juízo busca eleger legitimados que sejam capazes de efetuar uma defesa adequada aos interesses envolvidos. Ademais, as características do processo coletivo revestem as ações de interesse público, o que impõe uma efetiva atuação dos representantes para que as medidas exercidas alcancem a efetividade.

A legitimação adequada é devida na tutela das três espécies legais de direitos coletivos *lato sensu*. Na situação jurídica em que estejam presentes direitos difusos ou direitos coletivos *stricto sensu*, tratar-se-á de direitos indivisíveis. Nestes, para se alcançar a eficácia do direito material e da tutela jurisdicional é imprescindível a utilização da legitimidade de agir prevista nos dispositivos legais coletivos. Por seu turno, a tutela dos direitos individuais homogêneos implica a utilização da legitimação adequada, uma vez que este instituto é uma criação jurídica para que lesões individuais massivas, marginalizadas da apreciação jurídica, sejam combatidas através da via processual coletiva adequada.

Outro instituto processual que precisou ter seu conceito alterado para ser útil à estrutura coletiva foi o da coisa julgada. No modelo individual, de acordo com os artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil³⁵, quando uma sentença judicial transita em julgado ela se torna imutável em face do objeto da lide. Seu dispositivo não pode mais ser alterado, o que garante às partes litigantes um estado de segurança jurídica. Assim, delimitou-se que, objetivamente, a coisa julgada é imutável em relação ao objeto do processo e, subjetivamente, só pode ser oposta às partes que compõem a relação processual.

Entretanto, o tratamento dado ao instituto da coisa julgada pelo processo individual não satisfaz as perspectivas coletivas, uma vez que o novo modelo processual é competente para tutelar direitos indivisíveis. Daí, necessariamente, a

³⁴ BRASIL. "Lei 8078/1990". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 12:44

³⁵ BRASIL. "Código de Processo Civil". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 24/10/2012 às 12:20

decisão proferida causa efeitos no campo subjetivo de todos os seus beneficiários, mesmo daqueles que não participaram diretamente da relação processual. Dessa forma, tendo em vista os limites operacionais em face do processo coletivo, o legislador estabeleceu no artigo 103 do Código do Consumidor o conceito legal de coisa julgada na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81³⁶

O elemento normativo descrito autoriza a extensão dos efeitos da coisa julgada mesmo que os beneficiários não atuem diretamente no processo. A abertura concedida ao instituto se deve à legitimação adequada, determinada pela própria lei, que garante aos indivíduos a proteção apropriada a seus direitos. O conceito processual coletivo de coisa julgada faz com que o seu limite objetivo, isto é, sua imutabilidade, apenas seja conferida quando procedente a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* e, principalmente, amplia o seu limite subjetivo, possibilitando que seus efeitos sejam opostos *erga omnes* ou *ultra partes*.

Assim, a sentença proferida no processo coletivo será adequada ao caráter indivisível dos direitos coletivos, pois, ao delimitar a coisa julgada *erga omnes* nos casos de direitos difusos, todos os titulares poderão realmente usufruir da tutela concedida. No caso dos direitos coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada *ultra partes* concede a todos os membros reunidos pela *affectio societatis* a possibilidade de exercê-los e, por fim, a concessão *erga omnes* da coisa julgada para a proteção

³⁶ BRASIL. "Lei 8078/1990". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 12:41.

dos direitos individuais homogêneos permite a todos os seus beneficiários executarem a sentença fixada.

A análise do direito material e do direito processual coletivo demonstram a necessidade do aperfeiçoamento dos procedimentos para que seja viável a atividade jurisdicional. A evolução dos meios processuais para modelos mais úteis e efetivos, afirmam a eficácia da “terceira onda”³⁷ (modelo proposto por Cappelletti e Garth), pois ampliam a acessibilidade à justiça.

Salienta-se, entretanto, que, mesmo com as adaptações supra transcritas, no âmbito do processo coletivo, o acesso à justiça ainda tem muito a evoluir, a fim de que a coletividade tenha seus direitos tutelados mas, acima de tudo, efetivados no âmbito pessoal.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p, 67.

4 - A ACESSIBILIDADE, OPEROSIDADE E UTILIDADE FORMANDO MEIOS PROCESSUAIS MAIS ADEQUADOS

A previsão constitucional do acesso à justiça trouxe consigo o direito de livre acesso à atividade jurisdicional. Porém, por se tratar de um princípio da atuação estatal, em termos práticos, o comando normativo era vago. Através da análise da evolução da concepção de acessibilidade, pode se identificar características relevantes para a formação do seu conceito e sua afirmação prática. Nessa linha, foi possível indicar os princípios da acessibilidade, da operosidade, da utilidade e da proporcionalidade que, ao orientarem a criação legal de institutos jurídicos e os resultantes meios práticos, garantem a existência de uma estrutura acessível e justa.

Destarte, o reconhecimento dos direitos de caráter coletivo e a instauração de um instrumento processual apto a processá-los e julgá-los, resultaram da demanda social por tutela e da aplicação de procedimentos adequados aos fins ora perquiridos. Procedimentos relativos ao processo individual foram adequados às necessidades do processo coletivo sob a luz dos princípios do acesso à justiça e suas características, criando-se instrumentos úteis na defesa dos direitos coletivos. Todavia, o processo coletivo é uma ciência recente e inacabada, as adequações inseridas não são suficientes, o aperfeiçoamento e a criação de institutos jurídicos devem ser constantes para que o direito coletivo seja cada vez mais eficiente.

Com efeito, a elaboração de novos institutos jurídicos deve utilizar dos princípios do acesso como parâmetro criativo, bem como o aplicador deve interpretá-los e executá-los tendo em vista os fins e valores veiculados pelos procedimentos processuais. Outra necessidade é identificar corretamente quais são as deficiências e lacunas inerentes ao processo coletivo. Também é necessário evitar comandos normativos que regulem um mesmo ato jurídico de forma diversa, o que, mesmo com o método da proporcionalidade, representaria um obstáculo a mais para a acessibilidade.

Enfim, o que se propõe é a utilização do conceito de “terceira onda” para a inserção de instrumentos formulados de acordo com os parâmetros conceituais do acesso à justiça, buscando-se a efetividade da atividade jurisdicional coletiva.

Como anteriormente analisado, não há razão na existência de um sistema jurídico com procedimentos adequados, operadores capazes e uma atuação acessível se a coletividade não tiver conhecimento dos seus direitos e como agir para protegê-los. O direito coletivo e o seu modelo processual são figuras jurídicas recentes, o desconhecimento social, seja por leigos ou, até por profissionais da área, levam ao descrédito e ao desuso da ferramenta jurídica disponibilizada. Dessa forma, torna-se essencial o exercício da informação para a acessibilidade, uma vez que os direitos tratados em juízo são indivisíveis, do interesse de todos, direcionados a todos.

Logo, seja qual for a espécie de direito coletivo *lato sensu* veiculada por uma ação coletiva, é necessário e justo que se tenha um meio informativo acessível que comunique à sociedade: 1) qual o conflito veiculado pela ação coletiva; 2) em qual fase processual se encontra a lide; 3) quais os titulares em potencial do direito tutelado; 4) como exercer o direito estabelecido em juízo.

Enfim, propõe-se aqui que seja criado, para uma verdadeira acessibilidade e de grande utilidade, um banco de dados nacional com todas essas informações acerca das ações coletivas em trâmite ou já encerradas.

Através da instalação de tal procedimento, o meio coletivo poderá alcançar suas finalidades sociológicas e políticas, pois serão disponibilizadas à sociedade informações sobre os direitos tratados em juízo, a forma como executá-los e, simultaneamente, a proteção jurisdicional também será mais eficaz, a política judiciária de economia processual e de uniformização dos julgamentos, perquirida através das ações coletivas, será realmente efetivada. A exigência de divulgação já foi estabelecida pelo artigo 94 do CDC, e a proposta de se elaborar um banco de dados não é algo novo, pelo contrário, já foi até normatizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, através da Portaria N. 198, §1, vejamos: *Instituir grupo de Trabalho para Estudar e propor a criação de um banco de nacional de ações coletivas.*³⁸

No entanto, a previsão legal, mesmo que consonante com os fins do processo coletivo e adequada aos princípios da acessibilidade, não foi aplicada na

³⁸ BRASIL. “Portaria 198, Conselho Nacional de Justiça”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/321-portarias/12049-portaria-n-198-de-8-de-outubro-de-2010>. Acesso em 24/10/2012 às 13:02.

prática até o momento. O Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Conselho Nacional do Ministério Público, está reunindo os dados necessários para construção do sistema. Além disso, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça³⁹, o sistema será implantado inicialmente em quatro estados, ou seja, no que pese a essencialidade do banco de dados, sua elaboração é lenta e gradual, o que perpetua o obstáculo informativo ao acesso à justiça.

Pelo visto, não se percebe que o banco de dados é um instrumento que satisfaz as premissas veiculadas pelos princípios da acessibilidade, operosidade e da utilidade, ou seja, o meio informativo proposto condiz com os parâmetros do acesso à justiça, tão necessário no processo coletivo. Nessa linha, de pronto se afirma que a criação do meio informativo, por si só, não garante a sua plena utilidade, é preciso divulgá-lo veementemente, apresentá-los aos cidadãos com uma linguagem simples e direta, facilitando a sua utilização e os seus fins.

O banco de dados proposto deve armazenar todas as ações coletivas, pois todas as espécies de direitos coletivos dizem respeito à coletividade e são preenchidas de interesse público. As ações coletivas que tratam de direito difuso, nos termos do artigo 81, I, do CDC, versam sobre direitos indivisíveis, do qual todo um grupo é beneficiário. Assim, nada mais justo e devido que sejam públicas as informações inerentes ao processo, afinal, mesmo que não se faça parte da relação processual, há interesses coletivos em jogo.

O banco de dados também é essencial nos casos das ações coletivas que versem sobre direitos coletivos *stricto sensu*, uma vez que tratam de direitos transindividuais inerentes a um grupo de pessoas ligadas entre si o que, aparentemente, infere o conhecimento da ação dos seus titulares por se tratar de pessoas determináveis. No entanto, a extensão de indivíduos ligados entre si e, até mesmo o elemento subjetivo que os identificam, nem sempre é do conhecimento de todos. Assim, por meio do banco de informações seria ampliado o número de titulares alcançados pela ação coletiva, bem como a efetividade processual.

Por fim, nos casos de ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, o banco de dados é vital, uma necessidade primária para os seus titulares, pois, apesar da amplitude da lesão e a preferência legislativa pelo

³⁹ Informações disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18839-conselheiro-gilberto-martins-destaca-importancia-do-banco-de-aco-es-coletivas>. Acesso em 24/10/2012 às 13:27.

tratamento coletivo da questão, a decisão apenas versará sobre a procedência da ação, cada beneficiário deverá dar seguimento ao processo na fase de execução.

Devido a essa característica singular, o legislador previu que primeiro a fase de conhecimento coletiva iria proferir uma condenação genérica, nos termos do artigo 95 do CDC⁴⁰, e, depois, a liquidação seria efetuada pelas vítimas, conforme artigo 97 do CDC⁴¹. Ora, como promover uma liquidação baseada em um direito já reconhecido se não há conhecimento da existência da ação coletiva? É um absurdo. Cria-se um método acessível, que atende a todos os fins do processo coletivo, mas que não é efetivo por falta de informação. Nessas condições, o banco de dados nacional de ações coletivas torna-se mais que uma necessidade, passa a ser um dever estatal.

Neste ponto, é necessário ressaltar que o processo coletivo tem por escopo viabilizar a defesa de inúmeros beneficiários sem que estes figurem como parte direta na *lide*, o que proporciona a interrupção de lesões que atingem todo um grupo. Porém, apesar de todos os ganhos possibilitados pela ação coletiva, esta não possui preferência de tramitação, o que conduz o titular do direito à via processual individual. As ações coletivas devem ser tratadas como preferenciais, o que traz uma tramitação mais célere, maior segurança aos interessados e, conseqüentemente, sua maior utilização.

Os parâmetros do acesso à justiça e a necessidade de adequação do processo à tutela de direitos coletivos levaram à expansão dos limites subjetivos da coisa julgada nas decisões coletivas. Como visto, seu conteúdo passou a gerar efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*. Contudo, a publicação do artigo 16 da lei 7.347/1985⁴² e o artigo 2 – A da Lei Federal 9494/97⁴³, mostraram-se um retrocesso

⁴⁰ BRASIL. “Lei 8078/1990”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm
Acesso em 24/10/2012 às 12:40.

⁴¹ BRASIL. “Lei 8078/1990”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm
Acesso em 24/10/2012 às 12:40.

⁴² BRASIL. “Lei 7347/1985”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 24/10/2012 às 13:32.

⁴³ BRASIL. “Lei 9494/1997”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm.
Acesso em 24/10/2012 às 13:50.

ao determinar que os efeitos da coisa julgada fossem *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Muito discutiu sobre os referidos artigos e sua inconstitucionalidade. Porém, a análise proposta pelo presente estudo busca avaliar os referidos comandos normativos sob a ótica dos princípios e das características do acesso à justiça.

A primeira característica elementar ao acesso à justiça, consagrada na Grécia Antiga, no renascimento e em todos os ordenamentos a partir da era moderna é a igualdade entre os indivíduos. A Constituição da República de 1988 estabelece como direito fundamental a igualdade de todos perante a lei. Logo, o tratamento legal deve ser igualitário, ainda mais quando se tratar de direitos indivisíveis. Como se acessar ao justo se ações similares, de caráter transindividual, podem ser tratadas de forma diversa? Não há acessibilidade à justiça sem igualdade, pois toda decisão se tornaria injusta.

Nessa linha, o artigo 16 da lei 7.347/1985 e o artigo 2 – A da Lei 9494/97, representam um obstáculo à justiça não só pelo viés igualitário. Os comandos normativos se mostram contrários à utilidade dos instrumentos processuais, algo imprescindível ao acesso à justiça e ao processo coletivo. Como esperar que uma ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos tenha uma sentença genérica que só possa ser utilizada em um determinado espaço territorial. Pensando bem, o próprio banco de dados nacional proposto anteriormente perde sua efetividade nessas condições.

E não é só. A limitação territorial da coisa julgada prevista em ambos os artigos vai de encontro às finalidades do processo coletivo. Não há economia judiciária e muito menos uniformização das decisões. A verdade é que a limitação territorial não é constitucional, não corresponde aos fins dos meios coletivos, não facilita o acesso e, principalmente, não traz justiça!

De qualquer forma os conceitos e princípios que informam o acesso à justiça e todo o ordenamento, possibilitam que o juízo, ao aplicar a lei, afaste a limitação territorial prevista nos referidos artigos e decida em prol do acesso à justiça. Para tal, a autoridade judiciária deve se valer do princípio da proporcionalidade, aplicável quando duas normas, ou duas interpretações são

cabíveis a um caso concreto, porém somente uma delas atende adequadamente às expectativas sociais, aos valores constitucionais e aos fins processuais.

Dessa forma, a barreira imposta por ambos os dispositivos são aparentes, transponíveis, uma vez que a avaliação do complexo normativo identifica quais são as suas finalidades e concede meios ao aplicador da lei de protegê-las.

Por fim, as ações coletivas em defesa de direitos naturalmente indivisíveis têm caráter não patrimonial, pois seus titulares não recebem indenização decorrente da lesão ao bem coletivo. Todavia, isso não exime o réu de arcar por sua atividade deletéria, a lei prevê pagamento de multas e indenizações que são revertidas a um fundo. No caso dos direitos individuais homogêneos, a lei também prevê o pagamento de indenização revertida a esse fundo caso a habilitação de vítimas no processo de liquidação seja incompatível com a extensão da lesão.

Assim, tendo em vista a arrecadação realizada e as barreiras impostas ao processo coletivo pelo sua conotação subsidiária e marginal ao processo individual, uma ação afirmativa necessária é a criação de varas especializadas no processamento de ações de caráter coletivo, adequando-se a operosidade judiciária aos fins do processo coletivo.

A criação de varas especializadas em demandas coletivas faria com que aplicadores do direito, colaboradores e coordenadores se acostumassem a este modelo processual e seus ritos, conseqüentemente, os procedimentos singulares do processo coletivo seriam devidamente utilizados, tornando-o ágil e efetivo.

Perceba-se também que tal institucionalização confere ao direito coletivo maior credibilidade e uso, as condições atuais tornam-no um método incomum, fora da realidade dos advogados, juizes e dos próprios legitimados adequados. Assim, a inserção de varas coletivas corresponderia aos parâmetros do acesso e aos fins coletivos.

5 - CONCLUSÃO

A previsão do acesso à justiça, o estudo das suas características e a definição dos seus princípios, por si só, demonstram que a criação das leis, que os estudos do Direito e que seus operadores acompanham a mudança do contexto social e buscam adequar os institutos legais às novas necessidades. No entanto, ainda é necessário o aperfeiçoamento e a inserção de novos instrumentos jurídicos para que o acesso à justiça seja plenamente satisfeito.

A inserção do Direito coletivo nada mais é do que uma nova conformação jurídica às demandas sociais. Por mais objetivas que sejam as expectativas da sociedade, torná-las realidade pela via judicial é um trabalho árduo, exige a alteração de conceitos já enraizados e o aperfeiçoamento contínuo de formas e procedimentos.

Porém, observou-se que, mesmo que os instrumentos jurídicos ainda não tenham se adequado às particularidade da tutela do direito coletivo, a sua aplicação não é impossibilitada, pois a atividade jurisdicional deve ser direcionada pelos fins e princípios que informam o processo e o acesso à justiça.

Pode-se inferir do estudo realizado que o avanço dos métodos jurídicos é interminável e imprescindível. A adaptação de formas é contínua e deve sempre ser orientada pelos parâmetros da acessibilidade, da operosidade, da utilidade e da proporcionalidade. Ao elaborar novos conceitos condizentes com tais princípios se garante o acesso à justiça em face de qualquer demanda social.

Ademais, de acordo com a “terceira onda”, todas essas adequações devem ser implantadas dentro ou fora do campo jurídico, uma vez que as outras doutrinas sociais que influenciam no Direito não se restringem a ele, sendo possível alcançar a justiça por vias equivalentes às judiciais.

Assim, ao conhecer as necessidades sociais, as características do processo coletivo, a forma de utilização dos parâmetros de acessibilidade para a inserção de outros instrumentos jurídicos e o conceito aplicativo de “terceira onda”; foi possível elaborar procedimentos que garantam o acesso à justiça. Estes procedimentos se adequam a cada fator estudado e possibilitam uma maior efetividade do ramo processual coletivo.

Os instrumentos sugeridos visam a uma maior efetividade da atividade jurisdicional. Acredita-se que, através da inserção de um banco de dados nacional de ações coletivas e sua ampla divulgação, a via coletiva não será mais um meio incomum da busca por tutela e reparações. Entende-se também que as normas que limitam a coisa julgada ferem o acesso à justiça, porém o juízo ao aplicar os princípios da acessibilidade torna tal restrição inválida, de qualquer forma é imprescindível que tais dispositivos sejam abolidos do ordenamento. Por fim, afirma-se que muitos entraves à litigância coletiva poderiam ser resolvidos com a inserção de varas especializadas, o processo coletivo passaria a ter operadores, aplicadores voltados e dedicados somente a este modelo de se fabricar justiça.

Enfim, proteger o acesso à justiça é adequar diariamente o Direito e seus instrumentos às demandas sociais e ampliar a efetividade do processo coletivo é atender as suas características por meios jurídicos mais adequados.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. “Constituição 1988”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 24/10/2012 às 14:10

BRASIL. “Lei 7347/1985”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 24/10/2012 às 14:27.

BRASIL. “Lei 8078/1990”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24/10/2012 às 14:15

BRASIL. “Código Civil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 24/10/2012 às 14:33

BRASIL. “Código de Processo Civil”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 24/10/2012 às 14:10

BRASIL. “Portaria 198, Conselho Nacional de Justiça”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/321-portarias/12049-portaria-n-198-de-8-de-outubro-de-2010>. Acesso em 24/10/2012 às 14:41

BRASIL. “Lei 9494/1997”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm. Acesso em 24/10/2012 às 14:50.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. 6ª Edição, Salvador: JusPODVIM, 2011.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: GZ, 2012.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.