

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ACESSO À JUSTIÇA II

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

CAMILA SILVA NICÁCIO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-076-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Toda pessoa tem 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 contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

O acesso à justiça foi inserido no texto constitucional de 1946, através do art. 141, 4º, o, nestes termos: "A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, qualquer lesão de direito individual. Trata-se do princípio da ubiquidade da justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao judiciário. Previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988 nos seguintes termos: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. , cuida-se de um direito fundamental.

Os juristas em geral e processualistas de modo particular são concordes que o acesso à justiça pode ser arrostado como condição fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que almeje garantir, e não somente proclamar, os direitos das pessoas humanas. No entanto, contraditoriamente, historicamente não se tem percebido por parte, seja do ensino jurídico, das práticas judiciais, da práxis profissional, da pesquisa e teorias jurídicas, e mesmo na prestação de serviços legais uma efetiva preocupação com a temática "acesso à justiça" em sua necessária amplitude. Muitas vezes o "acesso à justiça" é confundido com o acesso ao Judiciário.

Ora, se essa afirmação sobre o acesso à justiça, na tipologia tradicional, é confundida com acesso aos tribunais, o que deve ser entendido, como acesso à justiça? A resposta para tal questão passa necessariamente por uma reflexão a respeito do entendimento que se tem consagrado a respeito do que objetivamente significa o acesso à Justiça e de como nossos tribunais vêm encarando esse direito que está incorporado ao rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Cuida-se aqui de uma questão de garantia de direito, não simplesmente na tipologia tradicional de peticionar. Se assim fosse, a norma constitucional seria inócua. Bastaria tão somente peticionar e a garantia, preconizada no artigo 5º, XXXV, estaria atingida; teria, a norma, obtido seu propósito.

Não parece ser esse o melhor entendimento. Interpretando o direito em sua inteireza, o que se pretende refletir à luz dos trabalhos apresentados no GT de ACESSO À JUSTIÇA II, nesse XXIV CONGRESSO NACIONAL do CONPEDI é que a garantia constitucional somente se realizará se, além de não haver exclusão legal da apreciação judicial, isto é, se além da garantia objetiva ao Judiciário não ser excluído da apreciação de lesão a direito ou de ameaça a direito, vincular e garantir a real reparação do direito lesionado, ou impedir, preventivamente, que a ameaça a direito se concretize - isto é, haja eficácia não somente formal, mas também social da decisão judicial.

É nesse campo de questões que hoje é próprio da área de acesso ao direito no Brasil - como ramos do saber em fase de consolidação - que os textos que compõem a presente obra devem ser analisados.

Utilizando diversas metodologias - algumas mais críticas, outras não - os artigos que compõem o presente livro podem fomentar, ainda mais, o debate sobre a urgente e necessária reflexão sobre o direito fundamental ao acesso à justiça.

Discutindo os mecanismos de acesso à justiça pelos cidadãos, nos estados democráticos, Lademir José Cremonini e Patrícia de Lima Felix abrem essa obra com o título: A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O acesso à justiça como um direito fundamental e humano, seus instrumentos processuais e humanos de realização são abordados por Edinildon Donisete Machado e Sílvia Leiko Nomizo no artigo A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA, por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS, por Ursula Spisso Monteiro em O ACESSO À JUSTIÇA E O PROGRAMAM NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, por Leandro Finelli Horta Vianna e Pedro Donizete Biazotto em O DIREITO DO IDOSO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL E A

DURAÇÃO RAZOÁVEL E EFETIVA COMO GARANTIA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E HUMANOS, por Carlos Augusto Alcântara Machado e Gustavo Dantas Carvalho em O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS e por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS.

A questão das formas adequadas de acesso à justiça para a solução dos conflitos foi objeto de análise de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, no artigo intitulado POTENCIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS, como também de Leonardo Sette Abrantes Fioravante, em A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO E EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA, bem como foi abordado por Janaina Franco de Andrade em A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS NOVOS CONFLITOS: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO DIGITAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO; assim também Gabriela Gomes Costa e Melissa Ourives Veiga, no artigo intitulado UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Nesse mesmo tom, mas no campo dos conflitos laborais, Marcelino Meleu e Alessandro Langlois Massaro apresentaram o trabalho intitulado AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA TRABALHISTAS COMO LOCUS PRIVILEGIADO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Os aspectos processuais pertinentes à questão do acesso à justiça, inclusive a partir de uma leitura do novo Diploma Processual Civil, foram alvo das reflexões de Natan Franciella de Oliveira e Luciano Souto Dias em A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO: ANÁLISE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FACE À NECESSIDADE DE UM RÁPIDO PRONUNCIAMENTO DECISÓRIO, por Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior e Thais Estevão Saconato em A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA, por Alex Maia Esmeraldo de Oliveira e Fátia Moreira Guimarães Pessoa em ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO: SEU REDIMENSIONAMENTO COMO FORMA DE RESGATAR A EFETIVIDADE, por Marcos Vinicius Lipiensi em O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PROCESSO COLETIVO e por Ana Paula Duarte Ferreira em PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE

ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA À LUS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Questões referentes à legitimação da defensoria pública quanto à tutela do meio ambiente foram abordadas por Nayara de Lima Moreita e Stéfano Guimarães no artigo intitulado TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DEFENSORIA PÚBLICA: LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO COLETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL.

A especificidade dos problemas envolvendo o acesso à justiça em decorrência de legislação estadual foi o tema do artigo OS IMPACTOS DA LEI ESTADUAL 15.838 DE 2015, NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CEARÁ, ATRAVÉS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, da autoria de José Diego de Oliveira e Silva e Mariana Luz Zonari.

O direito comparado também se faz presente nessa obra, com um cotejo entre a legislação brasileira e a italiana, em matéria tributária, no que diz respeito à organização judiciária, através do trabalho de Frederico Menezes Beyner intitulado ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: COMPARAÇÃO ENTRE ITÁLIA E BRASIL.

Esperamos que essa obra contribua para superação da reducionista concepção de acesso à justiça à realidade formal judicante, e, sobretudo, como reflexo extensivo do espaço acadêmico inquieto e dialético, típico de eventos da natureza do CONPEDI, cumpra-se o papel de dizer não apenas o que é de direito, por que isso já se faz por demais, mas, o que é o direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto UFG/PUC-PR

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann UNESA/RJ

Profa. Dra. Camila Silva Nicácio UFMG/MG

ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO: SEU REDIMENSIONAMENTO COMO FORMA DE RESGATAR A EFETIVIDADE

ACCESS THE LAWS FAIR AND ITS IMPLICATIONS TO COLLECTIVE PROCESS: HOW TO REDEEM YOUR RESIZE FORM THE EFFECTIVENESS

**Alex Maia Esmeraldo de Oliveira
Flávia Moreira Guimarães Pessoa**

Resumo

Virou lugar-comum afirmar que a ciência processual civil modernamente se vê confrontada com a incessante busca do postulado do acesso à ordem jurídica. Apesar desta constatação, é inquestionável que esse desiderato ainda não foi satisfatoriamente alcançado, notadamente no campo da tutela coletiva. Este artigo apresenta o delineamento constitucional e legal deste postulado constitucional, em particular na consolidação do processo coletivo, vocacionado a equacionar esses novos conflitos de massa. Esse acesso garantidor de tutela a uma gama sempre crescente de direitos e interesses metaindividuais demanda mais que o mero formalismo do direito de ação ou uma simples prestação da tutela jurisdicional. Imprescindível a efetividade, a equidade da resposta estatal, enfim, o acesso a uma ordem jurídica justa. O presente trabalho se debruça sobre obstáculos que escapam a tradicional análise dogmática, se concentrando em entraves de outra ordem como o social e até psicológico. A partir destas barreiras, intenta diagnosticar a razão para a discrepância na atuação entre o Ministério Público e os representantes da sociedade civil organizada na tutela coletiva. É suscitada uma releitura do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, tendo como pano de fundo a construção ideológica que prega um utópico acesso aos órgãos jurisdicionais, que dá mostras eloquentes de esgotamento. Em arremate faz-se uma relação entre essa sacralização do acesso e seu impacto negativo sobre a tutela judicial dos direitos coletivos lato sensu. Esta análise apontará, de passagem, quais os aportes trazidos pelo novo Código de Processo Civil a guardarem relação com as questões tratadas.

Palavras-chave: Acesso à ordem jurídica justa, Obstáculos extrajurídicos, Processo coletivo, Efetividade, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

It became commonplace to assert that civil procedural modern science is confronted with the relentless pursuit of the principle of access to law. Despite this finding, it is unquestionable that this aim has not yet been satisfactorily achieved, notably in the field of collective protection. This article aims to discuss a dogmatic proposal to build theoretical foundations to meet this constitutional principle, particularly in the consolidation of the collective process, designed to equate these new mass conflicts. This guarantor access protection to an ever growing range of rights and collective interests more demand than mere formalism of

right of action or simply by courts. Essential to the effectiveness, fairness of state response, finally, access to a just legal system. This paper focuses on obstacles that are beyond the traditional dogmatic analysis, focusing on obstacles of a different order as the social and even psychological. From these barriers, attempts to diagnose the reason for the discrepancy in performance between prosecutors and representatives of civil society organizations in collective protection. A reinterpretation of the principle of indeclinability of jurisdiction is raised, and the backdrop of the ideological construction that preaches a utopian access to the courts, which gives eloquent samples of exhaustion. In tailpiece is a relation between this sacredness of access and its negative impact on the judicial protection of collective rights in the broad sense. This analysis, in turn, will indicate which aspects of convergence with the contributions on these issues brought about by the new Civil Procedure Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to fair legal system, Extra-legal obstacles, Collective process, Effectiveness, New civil procedure code

1 Introdução

O presente escrito abordará o postulado do acesso à jurisdição e os movimentos que o impulsionaram, dando-se ênfase à segunda onda que teve como instrumento propulsor as demandas coletivas. Nosso objeto maior de atenção será esmiuçar aquele princípio constitucional com os aportes que buscam robustecê-lo sob o aspecto material almejando uma ordem jurídica justa a ser alcançada com a efetividade do direito transindividual deduzido em juízo.

Outrossim, dar-se-á um enfoque deste postulado sob a ótica do processo coletivo, a exigir uma reflexão e a propositura de novos métodos de aplicação e promoção diversos daqueles imperantes no processo civil clássico. Como derradeira abordagem se propõe um repensar da concepção tradicional deste acesso ao órgão judicial diante da crescente litigiosidade, esboçando-se uma nova dimensão a esta garantia constitucional mais racional e útil ao jurisdicionado.

A temática é relevantíssima a se alcançar uma tutela jurisdicional adequada e justa, notadamente no âmbito dos direitos transindividuais, inserindo-os num contexto de uma social pluralista e global.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em seis partes, sendo a final, expostas as conclusões. A pesquisa utiliza o método dedutivo, especificamente a técnica de pesquisa bibliográfica.

Na primeira e segunda partes o artigo cuida do acesso à ordem jurídica e a demanda por efetividade, ao tempo em que será enfrentada sua dimensão material e respectivo regramento constitucional e legal. A terceira e quarta etapas voltam-se a descrever obstáculos ao postulado em questão, partindo dos entraves à tutela em geral e depois centrando-se no âmbito coletivo. Na quinta parte propõe-se uma nova compreensão do princípio diante da escalada da judicialização, bem como dos efeitos negativos desta sobre o poder estatal em ofertar a proteção judicial. Ao final, são expostas as considerações conclusivas do texto.

2 O direito fundamental a uma ordem jurídica adequada, efetiva e justa.

Na atual quadra soa adequado sustentar que o Direito não pode ser dissociado do acesso à ordem jurídica, de forma que na era dos direitos fundamentais e com a crescente consolidação dos direitos humanos, este último com forte projeção sobre os

ordenamentos internos das nações, pensar em categorias e institutos jurídicos sem conceber os meios de implementá-los é negar a incessante busca da efetividade (ALMEIDA, 2008, p. 281).

De igual modo uma ordem que se pretende democrática tem de promover o acesso, a ponto de Cappelletti e Garth (2002, p. 23) o considerarem como o mais fundamental dos direitos, pela elementar circunstância que dele advém – não exclusivamente, diga-se de passagem – a possibilidade de tutelar os demais.

É correto afirmar que vem se expandindo no ambiente jurídico a busca por meios de composição dos conflitos fora da jurisdição, os ADR'S (*Alternative Dispute Resolution*), como a arbitragem largamente utilizada no âmbito internacional, a mediação que vem ganhando espaço legislativo a exemplo da sua nova roupagem no recém editado Código de Processo Civil¹, sem descurar os já consagrados instrumentos extraprocessuais empregados na tutela coletiva como o termo de ajustamento de conduta, as recomendações administrativas, dentre outros.

Ainda assim, a jurisdição persiste como a grande válvula de escape para a tutela de interesses, constituindo a *ultima ratio* para a promoção de direitos.

Este *status* privilegiado também se reproduz em âmbito internacional, podendo ser mencionados a título exemplificativo o denominado direito à proteção judicial insculpido no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O ponto de partida para esta abordagem deve reconhecer que os empecilhos para um efetivo movimento de acessibilidade precisam ser suplantados por uma análise que contemple não apenas a dogmática, com soluções restritas à técnica jurídica.

Gregório Assagra de Almeida defende (2008, p. 281), na esteira das posições de Cappelletti (1991a, p. 146), que o estudo do tema passa forçosamente pela compreensão dos problemas sociais presentes na respectiva ordem normativa, lançando um olhar sobre os sujeitos, instituições e processos, compatibilizando o dogmatismo a quem cabe buscar instrumentos dentro da ciência jurídica com a proteção a outros valores que emergem da realidade e que jamais poderiam ser desprezados, sob pena de comprometer a efetividade dos meios jurídicos.

Esse qualificativo pode ser sintetizado em assegurar a quem procura a proteção judicial alcançar uma prestação com o mínimo de tempo e dispêndio, dando a quem se

¹ Neste sentido mencione-se os disposto nos artigos 165 a 175 que traz toda uma seção dedicada a mediação na parte geral da nova codificação.

apresenta como o titular de uma situação jurídica de vantagem tudo aquilo e precisamente aquilo que obteria, caso não houvesse a necessidade de se socorrer da via processual. É a consagrada fórmula cunhada por Chiovenda, a que Watanabe bem sintetizou ao atual momento vivido no qual

(..) o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal. (2012, p. 19)

Nesta perspectiva José dos Santos Roberto Bedaque afirma que é imperioso trabalhar com a relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa, de tal maneira que o direito processual jamais poderá dar as costas às vicissitudes e particularidades do direito material, sem o que o há um risco de tornar inútil a busca pela judicialização porque esta estaria aferrada a um estéril tecnicismo (1997, p. 19).

Pois bem, aqui é nítida a preocupação da ciência processual não apenas com os escopos jurídicos – atuação da vontade concreta da lei ao caso concreto - ou políticos – manutenção da ordem, preservação da autoridade estatal por meio da jurisdição – mas os sociais em grande medida voltados a atingir a pacificação dos conflitos com justiça, conferindo um significado substancial aos princípios e garantias constitucionais, enfim, buscando a efetividade do processo como meio de acesso à ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2009, pp. 146-148).

Para se realizar o ambicioso acesso dotado de equidade e efetividade perseguida pela ordem jurídica, no sentir de Ada Pellegrini Grinover, deve-se contemplar os seguintes direitos

b) à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) o direito ao acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos. (1993, p. 283).

Todos estes aspectos nos conduz a concluir ser mais apropriado fazer menção a um direito fundamental a uma ordem jurídica, enriquecida pelos atributos da equidade, adequação e efetividade.

Em suma, o direito de acesso à justiça não se esgota no mero ingresso, e diante destas premissas ele deve ser encarado como um garantia jusfundamental à obtenção de um resultado justo e adequado que poderá ocorrer ou não através de uma prestação jurisdicional (ALMEIDA, 2008, p. 283).

O acesso à justiça nesta nova configuração impõe uma solução útil, célere e efetiva, devendo o julgador empreender todos os esforços para a prolação de um provimento de mérito, evitando que questões acidentais possam levar a extinção do feito sem a sua análise (DINAMARCO, 2001, p. 115).

A estreita conexão entre uma prestação jurisdicional que enfrente o mérito e o atingimento de um acesso dito substancial ganha vulto nas lides coletivas onde pairam um consenso doutrinário (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2011, pp. 119-112) acerca da vigência do princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito, segundo o qual

O Juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição. O interesse no caso não é decidir a favor de quaisquer das partes interessadas, mas o interesse em enfrentar o mérito das demandas coletivas. (ALMEIDA, 2015, p. 432).

Rodolfo de Camargo Mancuso ao discorrer sobre este tema foi enfático ao afirmar que o atingimento de um moderno processo civil de resultados vem sendo sabotado pela praxe forense onde prolifera a emissão de sentenças ditas processuais ou terminativas, sem enfrentar o âmago da controvérsia, exacerbando a litigiosidade nas relações travadas entre as partes em conflito (2012, pp. 379 e 380).

Destas colocações é possível extrair uma acepção mais larga desta garantia fundamental, e voltando o horizonte de análise para a tutela coletiva pode ser identificado um

(..) subprincípio do acesso à justiça denominando-o de princípio da máxima efetividade ou do acesso eficaz à justiça. Isto porque o acesso à justiça só pode ser satisfatório na fórmula clássica de Chiovenda, ou seja, no entregar ao autor 'tudo aquilo e exatamente aquilo' a que tenha direito (se tiver direito a obter). (SOUZA, 2010, p. 535).

Então é possível sustentar, sem maiores elucubrações, que o Poder Judiciário deve imprimir ao exercício da jurisdição uma atuação voltada a utilidade e efetividade, em particular quando em disputa bem difusos, já que a tutela coletiva distingue-se pelo

relevante valor social em cotejo com os interesses privados debatidos nas lides individuais, sendo um dos canais mais apropriados a atender o valor justiça que deveria revestir a o acesso à ordem jurídica.

O atributo da adequação que se exige para um acesso a ordem jurídica equivale a dotar o sistema processual de um instrumental que respeite e atenda as peculiaridades da pretensão do direito material daquele que se intitula como sujeito de um interesse ou titular de um bem, numa palavra, que se mostre apto a tornar efetivo o direito em disputa (LOUREIRO, 2004, p. 87 e 88).

A resposta judicial destituída de efetividade, sem aptidão para contemplar o bem da vida ou a situação de vantagem perseguida, implica na própria denegação da tutela jurisdicional, conseqüentemente não atingindo o desejável acesso a uma ordem jurídica justa.

3 O segundo movimento de acesso à justiça e seu delineamento constitucional e legal.

Desde a década de 1960 já há um alerta sobre o esgotamento das aspirações no mundo ocidental pelo alargamento do rol de direitos, notadamente aqueles de natureza fundamental por meio de sua sacralização no corpo das Constituições.

Essa constatação ficou immortalizada nas célebres palavras do jusfilósofo Norberto Bobbio merecedora de transcrição dada a sua pertinência com o tema

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justifica-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, [...] mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (2004, p. 16 e17)

Serve para demonstrar tal constatação a nossa realidade constitucional, que apenas com o fenômeno da redemocratização, cuja culminância na esfera jurídica se deu com a promulgação da Constituição de 1988, incorporou dito postulado com matizes condizentes com os movimentos de acesso à justiça.

Deveras, na ordem anterior a dicção do Texto Maior² havia uma previsão da tutela jurisdicional apenas para as demandas individuais e expressamente para hipóteses de lesão consoante preconizava o art. 154, §4º, cuja redação foi dada pela EC 1/1969.

Essa previsão acanhada, que bem sintetizou a crítica de Bobbio ao perigo do simbolismo na proclamação de direitos, foi sucedida pela atual regra fundamental do art. 5º, XXXV, o qual mudou as balizas deste princípio processual ao abarcar a tutela inibitória e preventiva tão cara aos bens de natureza difusa constituindo uma abertura ao fortalecimento da tutela coletiva (GAVRONSKI, 2011, p. 94).

A nova codificação processual civil (Lei Federal no. 13.105/2015) seguindo a linha de constitucionalização do processo (DIDIER, 2011, pp. 32 e 33) reproduziu, em linhas gerais, a dicção constitucional reafirmando perante a comunidade jurídica a majestade deste postulado visceral a um Estado Democrático de Direito, anunciando como norma fundamental do sistema processual a garantia à proteção judicial (NCPC, art. 3º).

Para se chegar a essa configuração foi paradigmático o trabalho de pesquisa de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, pp. 60-146) que se debruçaram sobre dezenas de ordenamentos e cunharam as bases científicas para o tema do acesso à justiça com o escopo de dar efetividade ao rol de direitos.

Referidos autores esboçaram o tema categorizando-o em ondas renovatórias de amplificação dos meios de chegar ao Poder Judiciário, que nada mais são que a representação do diagnóstico feito a partir de um estudo do acesso à justiça discorrendo sobre diversos fatores que emperram a sua consagração.

Dentre elas, a que interessa ao presente estudo, há o reconhecimento de que a modernidade gestou nova gama de interesses – de forte apelo social e abarcando um número indefinido de destinatários – de cunho coletivo os quais não estavam recebendo um tratamento normativo adequado as suas características, desafiando uma transformação radical das regras e instituições tradicionais molde a concretizá-los (CAPPELLETTI, 1991a, p. 148).

Foi o que ambos indicaram como a segunda onda renovatória, destinada a superar os entraves impeditivos da plena efetividade dos direitos difusos.

Antes de exporem o trabalho por meio de divisões contemplando as denominadas ondas renovatórias de acesso ao Poder Judiciário, os renomados autores

² O país vivia sob a égide de um governo militar à sombra da Constituição de 1967

reconheceram a imprecisão da locução, buscando para tanto enfocar as suas finalidades precípua: i) a mais elementar e visível que toca com se dirigir ao órgão jurisdicional, a acessibilidade propriamente dita, enquanto a outra ii) a produção de efeitos materiais palpáveis iguais ou semelhantes àqueles previstos na norma assegurado do bem da vida, alcançando o que denominaram de resultado individual e socialmente justo (CAPPELLETI, GARTH, 2002, p. 8)

Outro fenômeno que acelerou esse avanço dos direitos coletivos foi a transição do modelo de Estado operada nos países ocidentais do pós-guerra.

Nesta nova conjuntura houve a emergência de novas reivindicações sociais que estavam a demandar inéditas formas de reconhecimento pelo ordenamento jurídico de providências materiais em favor da sociedade a cargo do poder público (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, pp 18-22). Em suma, deu-se a sucessão do Estado Liberal – imperante até os dois grandes conflitos mundiais – para o Estado do Bem-Estar Social.

Essa constatação acerca da incompatibilidade do arsenal técnico ofertado pelo processo civil de feição individualista e os interesses supraindividuais que se desenhavam, carentes de um adequado tratamento, foi objeto de uma aguda reprovação de Cappelletti e Garth, asseverando que

(..) a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção de direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes (..) a respeito de seus próprios interesses individuais. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (2002, pp. 98 e 99).

Sem dúvida que esta acepção formalista – condensada no princípio da inafastabilidade da jurisdição – passa ao largo do resultado do processo, os seus escopos sociais, sua capacidade de dirimir o conflito no âmago da comunidade, no entanto por uma inferência lógica jamais poderá ser desprezado porque o almejado acesso justo depende da antecedente garantia do controle jurisdicional.

Nessa linha de distinguir o mero reconhecimento do direito de estar em juízo de um autêntico acesso qualitativo temos o lamentável exemplo da experiência brasileira com as entidades do terceiro setor, cuja legitimação para as ações coletivas ficou mais no simbolismo que no engajamento concreto desejado pelo legislador (GAVRONSKI, 2005, pp. 30 e 31).

Na seara constitucional pátria esse movimento de prestigiar a nova categoria de direitos massificados teve na figura do Ministério Público o seu curador por excelência, alçando a categoria de função institucional a promoção de ações coletivas (art. 129, III) em defesa de interesses difusos e coletivos *lato sensu*.

Esse tratamento diferenciado de modo algum relegou a um segundo plano, ao menos na esfera normativa, os chamados *corpi intermedi* (CAPPELLETTI, 1977, p. 147-149) como entidades representativas da sociedade civil, tanto que o Constituinte consagrou as entidades de classe, sindicatos e associações a defesa de interesses das respectivas categorias e grupos sociais (art. 5º, XXI, LXX, “a” e “b”), as quais estarão legitimadas a mover ações coletivas, mandado de segurança coletivo e mesmo realizar o patrocínio destes direitos na esfera administrativa.

Nosso ordenamento infraconstitucional, igualmente no escopo de implementar esse segundo movimento apontado por Cappelletti, produziu diversos diplomas legais voltados a tutela de direitos metaindividuais, tendo como âncoras desse microssistema³ - denominado princípio da integração – a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal 7347/95) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8078/90).

Nele há uma busca pela superação do esquema clássico de legitimação para o processo, dotando diversos entes desta capacidade para agir em juízo, podendo ser sintetizado em dois grandes grupos: os entes públicos e a sociedade civil organizada.

Essa última teve um amplo fortalecimento no texto constitucional (art. 5º, incisos XVII A XXI), primando pela liberdade de criação, autonomia gerencial, dissolução como matéria objeto de reserva de jurisdição, a par do estímulo dado ao cooperativismo (art. 174, §2º, do CDC), ao qual se seguiu regras de promoção à criação de associações na esfera consumerista a exemplo do disposto nos arts. 4º, II, b, 5º, V e 106, IX, todos do Código de Defesa do Consumidor.

No plano estritamente processual outorgou-se um tratamento legislativo mais favorável à judicialização através da gratuidade das custas, honorários periciais e demais despesas, além da isenção pelos encargos da sucumbência quando atuarem de boa-fé (LACP, art. 18; CDC, art. 87), guardando simetria com o sistema da ação popular (art. 5º, LXXIII da Carta Federal), regras estas que buscam atender a paridade

³ A simbiose entre estas leis especiais não exclui a conjunção de outras normas processuais de cunho metaindividual como o Estatuto da Cidade, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei da Ação Popular e o ECA, dentre outras que compõem este ramo especializado. Esse cognominado microssistema é reconhecido pelos nossos pretórios, tendo o Superior Tribunal de Justiça – v.g. Resp 695396/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ, 27.04.2011 – sedimentado tal construção inúmeras vezes.

de armas diante das conhecidas dificuldades financeiras destas entidades de abraçar uma causa judicial em favor da coletividade.

Sem embargo deste arcabouço a acessibilidade por iniciativa direta de grupos organizados representando a própria sociedade foi, sem exagero, muito aquém das expectativas (MILARÉ ALMEIDA, 2010, pp. 31 e 32).

Em que pese a legitimidade prevista na Lei da Ação Civil Pública seja concorrente e disjuntiva, somente o Ministério Público detém o poder de investigação no âmbito dos direitos metaindividuais por meio do inquérito civil público, cujos instrumentos de atuação como as requisições, notificação para coleta de depoimentos, condução coercitiva, diligências investigatórias, realização de exames periciais (CF, art. 129, III, VI e VIII; Lei 8625/93, art. 26) possibilitam coligir uma gama de elementos de convencimento aptos a um ajuizamento fundamentado de uma ação civil pública (LENZA, 2008, p. 184).

Assim, para que se possa alcançar o desejável acesso a uma ordem jurídica justa há que buscar outros mecanismos para tornar mais atrativo o ingresso em juízo dos demais legitimados, e mais que isso, capazes de potencializar as chances de defesa dos interesses e direitos difusos em juízo, atendendo ao princípio da máxima efetividade do processo coletivo (ALMEIDA, 2010, p. 265)

Retomando a abordagem das dificuldades em dar plena vazão a essa segunda onda de acesso em nossa vivência judicial, não requer maior esforço, face estes entraves, o avultamento em importância da proposta de empoderamento da figura do julgador em presença de lides coletivas, numa postura que vai ao encontro da própria efetividade da tutela coletiva.

Por força do princípio da máxima efetividade do processo coletivo, o Poder Judiciário tem, no direito processual coletivo comum, poderes instrutórios amplos e deve atuar independente da iniciativa das partes para a busca da verdade processual e a efetividade do processo coletivo. (ALMEIDA, 2001, p. 103).

Essas assimetrias reais, sejam de natureza social ou jurídica, entre os litigantes no âmbito coletivo demandam um modo de agir no processo mais ativo por parte dos membros do Judiciário, numa atuação marcante na instrução colimando minimizar essas disparidades em nome da efetividade.

4 As ações coletivas e sua recepção pelo Poder Judiciário: obstáculos extrajurídicos.

Vimos no tópico anterior o quanto o postulado do acesso à jurisdição teve um sensível impulso com o advento da nova ordem constitucional.

Deveras, os únicos referenciais acerca de uma tutela metaindividual limitavam-se, num primeiro estágio, aos dissídios coletivos enfrentados na Justiça do Trabalho e a Ação Popular (Lei Federal no. 4717/65) voltada exclusivamente à proteção do patrimônio público, essa de tímido emprego (GAVRONSKI, 2011, 101) possivelmente motivada pela atmosfera antidemocrática que desestimulava um maior engajamento popular no controle dos atos de governo.

Já sob o influxo de trabalhos como o de Mauro Cappelletti, foram surgindo programas normativos voltados a uma tutela processual autônoma dos direitos difusos a exemplo da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

O destaque de sua dimensão constitucional, por sua vez, alertou a comunidade jurídica para o necessário enriquecimento do conteúdo desta garantia, realçando como uma das suas finalidades o acesso igualitário a todos os cidadãos ao tempo em que deve proporcionar resultados não apenas satisfatórios a pretensões individuais, mas alcançar respostas socialmente justas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 13).

Essa demanda foi provocada por um novo arranjo social, já agora globalizado, com predomínio de imperativos econômicos a conformar nossa atual sociedade ou civilização de produção, consumo e troca massificadas, levando inexoravelmente ao fomento de situações violadoras de interesses da coletividade comumente desprotegidos (CAPPELLETTI, 1977, pp. 130,131 e 142).

Num trabalho que se tornou uma referência sobre o tema, inserido num empreendimento de pesquisa intitulado “Projeto Florença” onde foram examinados diversos ordenamentos jurídicos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth produziram a célebre obra *acesso à justiça*, tendo apontado como notáveis adversidades, sinteticamente, as seguintes: i) embaraços econômicos relacionados às despesas diretas e indiretas com o ajuizamento e prosseguimento de uma demanda; ii) diferentes possibilidades das partes no aspecto financeiro, igualmente no campo social e técnico, esse correspondendo a condição de litigante habitual atribuída aos costumeiros violadores dos direitos massificados conquanto o cidadão ostentaria o perfil de litigante

eventual; e, por último, iii) os problemas especiais ligados aos interesses difusos, associados particularmente a ausência de reconhecimento jurídico e inadequação dos institutos e procedimentos do processo civil tradicional para tutelá-los satisfatoriamente (2002, pp. 13-19).

Também merece registro pela profundidade que imprime a essa temática da ordem jurídica justa e os direitos transindividuais as ponderações de Antonio Herman Benjamin (1995, p. 43), que categorizou estes obstáculos em dois grandes conjuntos: barreiras de ordem objetiva ou econômica e subjetiva ou cultural.

As primeiras concernem ao notório custo financeiro de quem se propõe a mover uma ação coletiva, quer ele seja de natureza imediata ou reflexa.

Diretamente exsurgem as já conhecidíssimas despesas com o patrocínio de um advogado, custas, perícia e outros dispêndios. De forma mediata há os sacrifícios com o rompimento da rotina pessoal – familiar ou mesmo ausência ao trabalho – que se repetirá a depender do desdobramento da lide, os gastos com deslocamento pessoal e das testemunhas, o desgaste pessoal e a frustração com o protraimento da solução a uma data incerta, só para citar os percalços mais corriqueiros.

A escassez do dano – a exemplo de ações poluidoras ou práticas comerciais abusivas que alcançam um grande público – desestimula ou é pouco atrativa para buscar a judicialização, porquanto o eventual e incerto ganho ou reparação desejado não compensam uma jornada judicial, redundando na elitização do perfil de usuários dos serviços prestados pelo judiciário.

Ainda neste grupo o aludido autor menciona (1995, p. 43) um obstáculo comumente verificado nas questões ambientais e consumeristas que é a distância entre o órgão jurisdicional do domicílio do cidadão lesado e/ou do local onde se produziu os efeitos ilícitos sobre a coletividade.

Esse panorama de desequilíbrio objetivo entre o infrator e o titular do direito coletivo lesado se acentua de forma dramática quando se tem em conta – numa sociedade pós-industrial cujos protagonistas são as multinacionais, conglomerados, fundos de investimento e outros atores que ditam o ritmo de consumo, de trabalho e até padrões de comportamento – que o primeiro, comumente, é um litigante habitual ou *repeat player* (BENJAMIN, 1995, p. 45), impessoal, contando em alguns casos com uma disponibilidade de recursos – de toda ordem, inclusive políticos – que rivaliza com o próprio Estado a ponto de subjugar a tradicional noção de soberania.

O titular do bem ou interesse afetado, via de regra, é um litigante eventual, insciente das vicissitudes de uma ação e do sistema judicial. Já seu *ex adverso*, especialmente os que operam no mercado produtivo ou financeiro, tem uma vasta gama de relações de modo que pouco será afetado pelos custos da demanda, e por esta mesma razão tem capacidade de contar com profissionais especializados e peritos qualificados (BENJAMIM, 1995, p. 46).

Para o infrator/poluidor estas despesas se inserem no risco do negócio, estão contabilizadas e devidamente pulverizadas na sua atuação empresarial – suportadas, evidentemente, pelo consumidor ou pela coletividade – ao passo que o sujeito prejudicado tem o bem litigioso como algo único, individual e uma violação desta natureza de modo algum faz parte de sua rotina.

A própria exiguidade do valor do dano milita em favor do infrator porque é mais interessante prosseguir na lide e alcançar um incentivo negativo para dissuadir outros potenciais litigantes em situação semelhante, já que o ganho financeiro daquela ação específica lhe é indiferente, situação diametralmente oposta para o cidadão que irá ponderar muito antes de aventurar-se na via judicial (BENJAMIM, 1995, p. 46).

A disparidade de armas entre o cidadão portador de um interesse transindividual e os agentes econômicos, detentores de uma *expertise* quanto ao sistema judicial pelo tanto que é demandado em juízo, não passou despercebida nas investigações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao sublinharem as seguintes vantagens

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. (2002, pp. 45 e 46).

Essa condição de especialista os torna litigantes organizacionais, que por contarem com mais experiência no trato com a administração da justiça podem criar banco de dados, possuindo uma considerável capacidade de mobilização, consolidando no âmbito judicial as assimetrias reais existentes nas relações travadas no cotidiano (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, pp 46 e 47).

Já as barreiras subjetivas ganham mais peso nos países de desenvolvimento tardio (GAVRONSKI, 2011, p. 64) e ainda vivendo sob uma jovem democracia como é o caso de nosso país.

Em geral são mais imperceptíveis, já que operam num plano mais íntimo - cultural e psicológico – tornando difícil sua mensuração e um estudo empírico confiável.

Elas tangenciam as habituais análises doutrinárias feitas pela teoria geral do processo, pois apontam para fatores estranhos à tradição jurídica, alguns de natureza social debilitantes da própria cidadania. Os óbices variam desde o simples desconhecimento da lei – ainda que num sentido leigo ou profano – a própria estrutura e alcance aos direitos outorgados, seus requisitos, forma de exercício dentre outros aspectos essenciais a sua fruição.

No âmbito dos direitos coletivos *lato sensu* esse desconhecimento toma proporções maiores dada a forte interdisciplinaridade de alguns ramos como meio ambiente, saúde pública, educação, em que há uma profusão de normas que agregam outros saberes, exigindo um forte especialização para manejá-las e interpretá-las (GAVRONSKI, 2011, pp. 216, 249 e 250).

Antonio Herman Benjamin (1995, pp. 47 e 48) ainda chama atenção, dentro desta categoria, para óbices que estão intimamente ligados a fatores psicológicos decorrentes da própria inferioridade do cidadão na hierarquia social frente ao poder aquisitivo do infrator, especialmente quando representado por um agente econômico.

Aqui a barreira mais intimidadora toca com a linguagem forense, com jargões grandiloquentes, com códigos de conduta que não reproduzem as rotinas sociais, o abuso do formalismo na prática de atos perante o Poder Judiciário, uma metalinguagem com cariz científico que somados oprimem o homem comum, o qual deveria se sentir acolhido já que ao se apresentar a um representante estatal incumbido de distribuir a justiça o faz na legítima suposição de que ali funciona um serviço público para a sua defesa, cuja finalidade primordial é lhe atender.

A assimetria no campo social se projeta de forma marcante no teatro judicial realçando a sensação de insignificância uma vez que

(..) são igualmente barreiras pessoais a desconfiança com que titulares desses novos direitos enxergam os operadores jurídicos e o sistema judicial como um todo; o receio de transparecer seu desconhecimento e fragilidade perante

profissionais inseridos num meio ambiente que enxergam como hostil; um certo sentimento de inferioridade causado pela sua incapacidade de solucionar seus próprios conflitos sem auxílio de terceiros; inaptidão para acompanhar e entender procedimentos complicados; dificuldades de compreensão da linguagem forense, assim com para, em muitos casos, se vestir e se comportar de acordo com os padrões que não fazem parte de seu cotidiano. (BENJAMIM, 1995, p. 48).

De fato, extraímos de Pierre Bourdieu (1989, pp. 212 e 233) ao abordar essa dinâmica entre jurisdicionado e a classe jurídica na França – ou nas palavras do sociólogo os detentores do capital cultural versus os profanos - uma deliberada atitude dos profissionais de criar um feudo em torno deste saber por meio da linguagem, dos rituais desde o procedimento *stricto sensu* até a própria liturgia das funções e cargos, sustentando uma hegemonia que reflete, de modo geral, o desnivelamento socioeconômico entre a gente do povo e os representantes das forças dominantes naquele contexto.

Essa diferenciação subjetiva induz a uma barreira de ordem psicológica, pois os clientes, para usar a expressão do pensador (BOURDIEU, 1989, pp. 226 e 227), se amesquinham diante de um universo que lhes é inacessível e apenas os iniciados no mundo jurídico podem compreender e atuar, perdendo o protagonismo na defesa de suas próprias pretensões, delegando aqueles o controle sobre as situações jurídicas de vantagem que titularizam, dinâmica essa que Pierre Bourdieu denomina de apropriação (1989, pp. 233-235)

Esse monopólio, por evidente, robustece a natural resistência e distanciamento da sociedade de buscar a tutela jurisdicional por se achar alijada diante da ausência de competência técnica e, usualmente, ocupar um patamar inferior na hierarquia social ante os profissionais jurídicos, eis a razão para denomina-lo de dominação simbólica a que se presta o direito (BOURDIEU, 1989, pp. 219, 223, 224, 241 e 242).

Outro cientista social que dedicou especial atenção a temática das barreiras de acesso aos órgãos judicantes foi Boaventura de Souza Santos.

Em linhas gerais suas observações convergem com as apontadas acima. Muito embora um dos trabalhos aqui referenciado – Introdução à Sociologia da Administração da Justiça – seja datado de meados da década de oitenta, suas conclusões acerca dos bloqueios ainda se mostram, lamentavelmente, atuais.

Ademais, como sua exposição voltou-se a países periféricos e de marcante desigualdade social – hipótese brasileira –, aliada a profundidade que imprimiu a citada investigação seus achados mais relevantes são dignos de registro em qualquer escrito sobre esse direito fundamental.

Dentro das barreiras econômicas o aludido sociólogo acentua o efeito perverso da delonga na resposta estatal sobre os menos providos economicamente (1985, p. 19).

Mesmo abstraindo as situações de gratuidade nas custas e demais despesas, como na hipótese dos procedimentos regidos pela Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal no. 9099/95), ainda assim os custos – indiretos – para patrocinar uma demanda ainda são altos para as camadas de baixa renda.

Como o público que mais se vale destas ações de menor significação financeira é composto por cidadãos economicamente mais débeis, o fator tempo, diga-se lentidão na prestação jurisdicional, vitimiza duplamente as classes populares (SANTOS, 1985, p. 19).

No aspecto sociocultural verifica-se que existe ainda uma barreira física dos cidadãos em relação ao ente “justiça”, notando-se que sua extensão é tanto maior quanto mais baixo for o estrato social a que pertença o prejudicado.

Neste passo o autor atribui esse obstáculo não propriamente a um fator econômico, mas a entraves sociais e culturais relacionados a capacidade de reconhecer uma situação conflituosa como um problema jurídico. E mesmo quando tem essa percepção ignoram as possibilidades de êxito quanto a uma reparação jurídica (SANTOS, 1985, pp. 19 e 20).

Bem consignou o cientista social que essa postura refratária não vem ao acaso e sim de deficiências da própria administração da justiça que vão sendo assimiladas pelo grupo social a exemplo de

(..) experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos); por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais. (SANTOS, 1985, p. 20)

O conjunto destes entraves impeliu o autor a considerar que o acesso à justiça padece do vício da discriminação social, com isto alertando para as dificuldades que se apartam dos evidentes elementos econômicos, comumente estudados e apontados, advertindo para estes outros aspectos sociais e culturais impeditivos da fruição deste direito fundamental (SANTOS, 1985, pp. 20 e 21).

Em um trabalho de investigação mais recente – O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão, datado de 2002 – no qual faz uma análise de diversos ordenamentos jurídicos de países europeus e norte-americanos, as observações feitas em décadas anteriores persistem demonstrando quão complexa e tormentosa são as causas e medidas voltadas a garantir o acesso.

Particularmente sobre a dinâmica da defesa em juízo das ações coletivas assim se pronunciou sobre os persistentes desafios a sua concreção

Mesmo quando existe um sistema de apoio judiciário, nem todos estariam em condições para se queixar, por pertencerem a grupos sociais que, por razões linguísticas ou outras, não se encontram em condições para tal. Pode, ainda, ser-se desencorajado de intentar uma acção se o assunto tiver tal complexidade que, para obter o resultado, serão necessários custos sem retorno. (2002, p. 8).

Noutra passagem, ainda tratando das dificuldades de acesso no plano coletivo já agora na experiência norte-americana, o sociólogo português sustenta que

A preocupação em proteger os interesses colectivos levou a ouvir “novas vozes em novos grupos”. Contudo, não se criou uma estrutura institucional nem se elaborou uma estratégia adequada para conseguir esse ideal de mais justiça na sociedade. (2002, p. 9 e 10).

Uma derradeira colocação sobre este tema digna de menção por constituir um obstáculo sério a efetividade do processo coletivo – que também foge a uma abordagem dogmática – toca com a própria formação cultural dos agentes do direito, ainda infensos e pouco afeiçoados a este novo segmento, ou mesmo resistentes a mudanças e rotinas na atividade judicante consoante denunciou Antonio Gidi ao ponderar que

La recepción de las acciones colectivas en el sistema jurídico de Brasil há sido difícil e incierta. Una minoria de juristas e jueces conservadores,

educados bajo los sistemas ortodoxos e dogmáticos de la ciência jurídica, o no entendieron los nuevos conceptos incrustados em las nuevas leyes de las acciones colectivas, o estuvieron ideologicamente opuestos a ellas. (..) trataron de encontrar obstáculos insuperables, técnicos y filosóficos. Sin embargo, esta oposición tenía menos que ver com la ley o la ciência jurídica que com el rechazo de muchos juristas contemporâneos de romper com el *statu quo*. (2004, p. 23-24).

Diante das evidentes vantagens advindas da tutela coletiva é incompreensível ainda se levantar como um fato inibidor as desconfianças ideológicas no seio do próprio Poder Judiciário, exteriorizadas pelo número expressivo de julgamentos sem análise do mérito, especialmente quando enfrentam a questão da legitimidade dos entes portadores de interesses metaindividuais (MANCUSO, 2010, p. 57).

Os órgãos judicantes que travam uma luta desigual com a tempestividade da tutela jurisdicional e seu efeito mais deletério – ao menos sob o prisma do escopo jurídico da jurisdição – que vem a ser excessivo volume de demandas, paradoxalmente, é um dos responsáveis pelo insucesso da tutela coletiva desdenhando um forte aliado para reduzir a pulverização de ações.

4.1 As barreiras ao acesso coletivo entre os legitimados no ordenamento brasileiro: uma breve análise comparativa entre o Ministério Público e a Sociedade Civil Organizada

A concorrência de legitimados para a defesa de direitos metaindividuais foi um modelo adotado pela nossa *Lex Fundamentalis* em resposta a proposições feitas por estudiosos do acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1977, p. 143 e 149), demonstrando um forte viés democrático, além de selar um compromisso com a cidadania dada a forte carga política ínsita aos direitos coletivos *lato sensu* notadamente quando versam sobre prestações materiais a cargo do Estado envolvendo direitos sociais fundamentais, como na área de educação e saúde (arts. 197, 198, § 1º, 2º e 3º, 211 e 212, da CF) que demandam o fomento de políticas públicas.

Com efeito, é possível distinguir diversos paradigmas de acesso no mundo ocidental, tendo Enrique Véscovi preconizado uma classificação que aponta para: i) o sistema publicista em que há uma exclusividade na tutela coletiva na figura dos organismos estatais, tais como o Ministério Público francês, o *Ombudsman* dos países

escandinavos e o *Attorney General* norte-americano; ii) já no sistema privatista é outorgada ao particular a legitimação autônoma para o processo coletivo (LEITE, 2006, p. 4).

Por fim há o sistema associacionista, lastreado no reconhecimento da capacidade de grupos sociais ou associações privadas de estar em juízo para defesas de interesses públicos ou metaindividuais.

Este se mostra mais consentâneo com uma realidade social plural, articulada, sofisticada, massificada economicamente (CAPPELLETTI, 1977, pp. 130 e 135), além de detentora de uma forte litigiosidade intrínseca. Por ilação é o modelo mais promissor na incessante busca de ampliar o acesso à ordem jurídica atendendo a uma gama variada de grupos, inclusive franqueando as minorias oportunidade de defender suas pretensões.

Diante de sua abertura a sociedade civil organizada é o que conta com uma maior adesão nos ordenamentos jurídicos tanto no continente europeu quanto em países da América Latina (LEITE, 2006, p. 4).

O ordenamento brasileiro optou por uma mescla entre esses três sistemas, recordando que a par das associações, dos entes federativos e do Ministério Público (art. 5º, I a V, da LACP), entre nós o cidadão pode manejar a ação popular para tutelar o patrimônio público e a moralidade administrativa (art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/65).

Na esfera infraconstitucional densificou-se esse sistema por meio da Ação Civil Pública (art. 5º) e notadamente pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82), ambos os referenciais legislativos ampliando a intervenção dos chamados corpos intermediários (CAPPELLETTI, 1977, p. 147).

Apesar deste arcabouço há uma sensível disparidade de atuação no plano processual entre o Ministério Público e as demais entidades civis.

Há o célebre trabalho de pesquisa feito pelo professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁴, que entre meados das décadas de oitenta e noventa, traz números reveladores da dianteira tomada pelos representantes ministeriais frente ao acanhado trabalho de defesa judicial da sociedade civil organizada (GAVRONSKI, 2011, pp 213-214 e 237-239).

Geisa de Assis Rodrigues (2011, p. 134) também acena com mais dados estatísticos recentes denotando que este panorama não dá mostras de alteração.

⁴ Na obra Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.

Essa distinção deita raízes em múltiplos fatores. Mas para o interesse deste trabalho, importa circunscrever alguns mecanismos jurídicos que conduzem a isso.

Aponta-se como o fator primordial para essa realidade onde o Ministério Público é mais efetivo no uso das ações coletivas o denominado efeito-carona – recebendo também a designação de *free-riding* ou beneficiário gratuito – segundo o qual os demais colegitimados, para suplantar obstáculos econômicos e jurídicos antepostos ao ajuizamento coletivo provocam a atuação ministerial.

O protagonismo na figura ministerial tem sido visto com reservas, a exemplo de Antonio Gidi vislumbrando nisso uma manifestação de fragilidade social por parte do terceiro setor, diagnóstico esse corretíssimo e frustrante diante do desejável engajamento da sociedade civil na vida pública nacional.

No entanto, o autor transparece em sua análise uma responsabilidade ao Ministério Público que apenas cumpre sua missão constitucional de *Custos Iuris*⁵, quando os caminhos para reverter este quadro apontam em outra direção, como o que ora se propõe neste escrito, tangenciando qualquer juízo de imputação que recaia sobre aquele. Eis as colocações do aludido autor

Em face do sucesso intimidante da atividade do MP, o que era simples preenchimento de um espaço vazio ou mero impulso em direção ao amadurecimento da sociedade brasileira, tornou-se a regra e hoje constitui-se um verdadeiro impedimento a tal evolução. (*Apud* MILARÉ ALMEIDA, 2010, p. 31).

Como argutamente observou Gustavo Milaré Almeida o Ministério Público estaria, *prima facie*, imune aos embaraços existentes para maior atuação das associações na tutela coletiva (2010, p. 32).

A primeira adversidade que se apresenta de forma intensa aos entes associativos diz respeito aos custos com o patrocínio da causa. O Ministério Público é mantido pelo erário (arts. 21, XIII e 127, § 3º, da CF), além de dispensado do pagamento das custas e despesas processuais (art. 18 da LACP). Ademais, é detentor de legitimidade autônoma – *jus postulandi* – para o processo (art. 5º da LACP e art. 82, I,

⁵ Essa expressão é mais apropriada do que a vetusta locução *custos legis*, coadunando-se com a dicção constitucional contida no art. 127, *caput* que cometeu –lhe a função de tutela da ordem jurídica. Além desta compreensão realizada no âmbito doutrinário esta nova envergadura normativa vem sendo notada pelo Guardião da Constituição merecendo registro o voto do Min. Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito 1968, no qual ao aderiu a esta lapidar denominação.

do CDC). Somadas ambas as características mitigam a preocupação com efeitos econômicos de uma ação judicial.

Uma barreira de ordem subjetiva comumente levantada em desfavor dos grupos organizados toca com a inferioridade técnica e de informação, salientando que a atuação ministerial na tutela coletiva funciona por núcleos especializados – sejam por meio das chamadas Curadorias ou Centro de Apoio Operacional – em cada matéria coletiva ou difusa a promover.

Neste ponto é relevante assentar um decisivo instrumento institucional de que é dotado: poder investigatório.

O Constituinte ao conferir a defesa precípua de bens e valores supraindividuais previu um mecanismo para subsidiar a tutela dos mesmos por meio da jurisdição que vem a ser o inquérito civil (art. 129, III). Em seu bojo é possível coletar todas as informações, documentos, reclamações e perícias imprescindíveis a dimensionar eventual ameaça ou lesão a direitos difusos, permitindo se construir medidas de proteção extraprocessuais ou judiciais (Lei Federal no. 8625/93, art. 25, IV, “a” e “b” e art. 26, I a IV).

Esta função lhe cabe de forma privativa, de tal modo que as associações e mesmo entes federativos não contam com esta ferramenta poderosa para nivelar o seu grau de conhecimento e informação sobre o interesse a tutelar com o do infrator, que como visto acima, comumente, é um litigante habitual e especialista na atividade ensejadora da violação.

Então, socialmente pode dispor de elementos de convicção e é dotado do conhecimento especializado, situação oposta a generalidade dos entes colegitimados, sendo descabido mencionar obstáculos alusivos a uma inferioridade social e técnica, ao menos em tese, para com o agente causador do dano (MILARÉ ALMEIDA, 2010, p. 33).

Culturalmente o mencionado autor afirma que a construção histórica de intervenção do Ministério Público foi voltada a defesa do interesse público primário, assim pode-se inferir uma vasta experiência de atuação acumulada na seara coletiva, sendo-lhe inexistente esta barreira. No entanto, não é este o perfil dos demais entes autorizados a agir na tutela coletiva, caso dos entes federativos (art. 5, III, da LACP) e organismos estatais (art. 5º, IV, da LACP) habituados a defesa dos interesses patrimoniais do Estado, ou seja, o interesse público secundário (MILARÉ ALMEIDA, 2010, p. 33).

Há ainda que se mencionar a opulência econômica dos principais violadores dos direitos da coletividade, que invariavelmente lhes reveste de um prestígio no campo político e decisório, além de sua intrincada rede informal de relações (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 46), tudo a desencorajar a quem pretenda duelar num processo coletivo contra os mesmos.

Esse aspecto, embora não seja desprezível, não caracteriza verdadeiramente um óbice a atuação ministerial. Gustavo Milaré Almeida afirma que este conquistou um inegável poder político, desfrutando de respeitabilidade junto aos órgãos estatais e credibilidade aos olhos da comunidade, crescimento este correlato ao *status* de instituição permanente e essencial a função jurisdicional, e que em tudo contribui para facilitar o acesso à justiça das relevantes questões sociais (2010, p. 33).

Neste diapasão, compartilhando do pensamento de Gustavo Milaré Almeida, o complicador comum a todos os legitimados a desfrutar do acesso à ordem jurídica justa é de ordem procedimental (2010, p. 34), e já suscitado *en passant* ao longo deste tópico, ligado visceralmente a fase probatória ainda submetida a técnicas de um processo civil clássico, cuja hermenêutica é totalmente descompromissada com a efetividade dos direitos difusos.

5 A sacralização do princípio do acesso à ordem jurídica: risco de esgotamento do sistema judicial e a banalização da cultura de litigiosidade.

Ao longo deste escrito ficou assentada a natureza de um direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, abarcando na expressão desde o dirigir-se ao sistema de justiça – com o consectário da indeclinabilidade da jurisdição – até o exame do mérito pondo fim a discórdia ofertando aos litigantes uma resposta jurisdicional efetiva e adequada às características do direito material controvertido.

No entanto, o sistema jurídico que aspira a atender aos objetivos fundamentais erigidos na *Lex Legum* tais como combater as desigualdades sociais e construir uma sociedade justa (art. 3º, I e III), não pode ignorar a realidade onde inserido, e esta demonstra cada vez mais a insuficiência da resposta estatal adjudicada, tanto pelo volume assustador de demandas a superar a capacidade estrutural do Poder Judiciário em dar resolutividade quanto pela prodigalidade com que nossa sociedade busca a jurisdição para dirimir suas controvérsias.

O panorama acima descrito tem instado os atores jurídicos e, por sua vez, o próprio Poder Legislativo a formular novas vias capazes de desafogar esse represamento de ações e estimular a que a própria sociedade tome para si a iniciativa de equacionar alguns impasses e discordâncias por meio de canais alternativos que primem por uma abordagem não adversarial⁶(AZEVEDO, 2013, p. 13; SILVA, 2013, pp. 164 e 165) tais como a mediação e a arbitragem.

Eis a razão porque se levantam algumas vozes na doutrina (MANCUSO, 2010, pp. 54-65) para redimensionar o alcance do postulado constitucional de acesso a justiça, sem a pretensão de minimizar sua magnitude, contudo lhe conferindo uma significação mais funcional diante do dilema do déficit de atuação dos órgãos jurisdicionais.

(..) para que a expressão – acesso à justiça – mantenha a atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país, impende que ela passe por uma releitura, em ordem a não se degradar numa garantia meramente retórica, tampouco numa oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal. (MANCUSO, 2010, p. 55).

Uma das razões para esse esgotamento é atribuída a uma cultura demandista (MANCUSO, 2012, pp. 51-63) fomentada desde os bancos acadêmicos se espalhando pela população, composta por um contingente que abarca uma geração que viveu sob os auspícios de um regime totalitário.

Após o advento da chamada Constituição Cidadã, com o consequente afloramento dos direitos sociais e a demanda por sua implementação, essa geração desembocou no Judiciário décadas de pretensões represadas – litigiosidade contida – e distanciamento das instituições públicas, dando-se um guinada para uma era de inclusão que dá sinais de exaurir a capacidade da administração da justiça.

Num primeiro momento pôs-se em prática a solução simplista para a crise numérica do judiciário na mera expansão – mais juízes, fóruns, servidores, informatização e etc. – porém sem resultados palpáveis, denotando uma política focada na consequência do problema e não em sua gênese (MANCUSO, 2012, p. 131 e 132).

Esse gigantismo é altamente custoso aos cofres estatais, além disto a resposta desta política judiciária não produziu o corte quantitativo esperado, como se verá

⁶ Onde impera uma ideia de cooperação e busca negociada da solução do impasse afastando a tradicional polarização da lógica processual entre vencedor e sucumbente. Constrói-se um ambiente menos tenso, apto a receber as divergências com vistas a harmonizá-las de modo a por fim aos resíduos conflitivos, em geral não resolvidos no campo judicial, e por tal razão tendem a recrudescer em novas lides. Há a busca pelo valor justiça construído pelas partes no caso concreto, sem recorrer necessariamente a categorias abstratas contidas numa norma positivada.

abaixo, sendo patente a insatisfação do jurisdicionado com a delonga na respectiva prestação, produzindo um desgaste e perda de credibilidade social.

Outra vertente de medidas centra-se nas reformas judiciais, com sumarização de procedimentos, súmulas vinculantes, eliminação de figuras recursais e outras tantas inovações alvissareiras, mas insuficientes *per si* para refrear as causas do excessivo demandismo judicial ou judicialização do cotidiano (MANCUSO, 2012, pp. 51 e 52).

Mesmo a política de fixação de metas inaugurada pelo Conselho Nacional de Justiça⁷, iniciada em 2009, no intuito de combater essa realidade alarmante não arrefeceu esse ímpeto, vez que o horizonte exhibe uma realidade nacional calcada na cultura da sentença com

(..) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga posituação de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica), de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5º, da CF/1988- usualmente tomado como sede do acesso à justiça (MANCUSO, 2012, p. 53).

Imprescindível esse esforço de criar uma nova formação cultural a se desgarrar da concepção de ubiquidade da justiça que até o presente momento serviu apenas para transmutar um direito de acesso – superdimensionado - a um quase dever de ação!

Atualmente a jurisdição deve ser compreendida menos como um Poder e mais centrada em sua função, colimando promover a resolução justa dos conflitos, exercida e pensada não tanto como um monopólio estatal, mas oportunizando instrumentos hetero e autocompositivos que levem a esse desiderato de distribuição da justiça, ainda que por intermédio dos chamados equivalentes jurisdicionais (MANCUSO, 2010, p. 58).

Bourdieu em sua consagrada obra sobre o poder simbólico discorre sobre esse monopólio do campo jurídico, indicando como uma de suas deformações o fomento de demandas, tendo como exemplo eloquente o considerável poder dos *lawyers* (BOURDIEU, 1989, pp. 232 e 234) que por deterem o capital cultural – domínio do

⁷ Ao propósito, foi publicado em março de 2015 o relatório de diversas metas fixadas pelo CNJ, levando a público os números da situação judiciária no país. Chama-nos atenção, pela pertinência com o tema ora debatido, a META 1 que se propõe a julgar mais processos do que os distribuídos no respectivo ano. Esse indicador mede a taxa de congestionamento de cada tribunal e ramo especializado da justiça (trabalhista, eleitoral, militar, estadual, federal). No período compreendido entre 2010 e 2014 foram distribuídos 95 milhões de processos ao passo que os julgados alcançaram 87,1 milhões. Destaca o referido documento um incremento no período de 14,91%, remanescendo deste intervalo um passivo de processos acumulados de aproximadamente 7,9 milhões de processos.

saber jurídico – formulam a descoberta de situações potencialmente violadoras do valor justiça, gestando o sentimento de direitos, conjugando a capacidade de revelá-los ao passo em que ofertam a solução.

Eis a emblemática passagem do referido cientista social na qual faz contundente censura a estes profissionais por

(..) manipular as aspirações jurídicas, de as criar em certos casos, de as aumentar ou de as deduzir em outros casos. Um dos poderes mais significativos dos *lawyers* é constituído pelo trabalho de *expansão*, de amplificação das *disputas*. (..) São também os profissionais quem produz a necessidade dos próprios serviços ao constituírem problemas jurídicos, traduzindo-os na linguagem do direito. (..) e não há dúvida de que eles são guiados no seu trabalho de construção de *disputas* pelos interesses financeiros, e também pelas suas atitudes éticas ou políticas, princípio de afinidades socialmente fundamentadas com os seus clientes. (BOURDIEU, 1989, p. 232).

A distorção em comento também foi denunciada por Boaventura de Souza Santos ao salientar que os óbices do cidadão comum em fazer valer o direito de se dirigir aos órgãos judicantes e obter dele uma resposta estatal justa, adequada e eficaz, embora representem inequívoca denegação da justiça proporcionam, por seu turno, ganho a outros segmentos atuantes perante o Poder Judiciário.

Essa constatação feita pelo citado autor revela um pouco da ineficácia e mesmo resistência na implementação de mecanismos aptos a debelar esta crise, isto porque

(..) as reformas do processo, embora importantes para baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros factores quiçá mais importantes. (..) 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 atividade com a (e não apesar da) demora nos processos. (1985, p. 20).

O esgotamento da capacidade do Poder Judiciário de acompanhar este vertiginoso crescimento da judicialização chegou a tal ponto de se defender a sua mitigação para que aquele se dedique a solução: i) de impasses envolvendo direitos indisponíveis; ii) dissídios que não comportem uma resolução autocompositiva ou por meio dos equivalentes jurisdicionais; iii) casos que submetidos a instâncias parajurisdicionais – exemplo dos Tribunais de Contas – se vislumbre uma nulidade ou pretensão a revisão judicial; iv) hipóteses de competência originária dos Tribunais.

Rodolfo de Camargo Mancuso espousa um entendimento no qual destina ao postulado do acesso à justiça a condição de

(..) *cláusula de reserva*, preordenada a atuar, subsidiariamente, em situações específicas. (..) uma *oferta residual*, uma *garantia subsidiária*, disponibilizada para as controvérsias não-compostas ou mesmo impossíveis pelos outros meios, auto e heterocompositivos. (..) Com isso, o Judiciário poderá então dedicar-se aos processos efetivamente singulares e complexos. (2010, pp. 63 e 65).

Nesta linha de ideias e retomando a relevância da tutela coletiva na direção de conferir concreção ao postulado a ordem jurídica justa, aqui defendida, resta indubitável que há um abuso no manejo desta garantia fundamental, com repercussão danosa sobre a resolutividade dos conflitos de massa. São elucidativas a este respeito as colocações de Rodolfo de Camargo Mancuso

A evolução do Direito brasileiro vai exibindo uma *crescente migração do individual para o coletivo*, e isso, inclusive, como condição para a própria *sobrevivência* do sistema judiciário como um todo, hoje atolado em multifárias ações individuais plúrimas e repetitivas, em descompasso com o ideário do processo coletivo. (2010, p. 334).

Pois bem, diante desta profusão de ações que abarrotam as varas e tribunais de forma incessante, muitas patrocinadas por esta cultura demandista, numa verdadeira indústria dos processos, as lides individuais têm esgotado⁸ a capacidade do poder judiciário em prover um serviço eficiente, tempestivo e marcado pela equidade.

Diante desta dinâmica, também fica sensivelmente prejudicada a resolução das ações coletivas, que abarcam um universo gigantesco de interessados, com uma resposta uniforme, preventiva de incontáveis ações individuais sobre a mesma causa de pedir – atomização dos conflitos – mas que pela sua complexidade e natural delonga na construção de um provimento de mérito são preteridas por demandas individuais de repercussão meramente individual, porém de simples resolutividade (GAVRONSKI, 2005, p. 31; 2011, p. 215).

Semelhante distorção foi constatada por Boaventura de Souza Santos ao discorrer sobre o aumento da litigiosidade e o comportamento dos julgadores diante dela ao assinalar que este fenômeno

⁸ Nem mesmo o elogiável esforço do Conselho Nacional de Justiça em instituir metas para melhorar a produtividade – como apontado na nota de rodapé anterior – a realização de mutirões e semanas de conciliação têm sido capazes de debelar o prejuízo causado pela demora na prestação jurisdicional.

(..) agravou a tendência para a avaliação de desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa (..) fez com que a massificação da litigação desse origem a uma judicialização rotinizada com os juízes a evitarem sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou decisões mais complexas, inovadoras ou controversas (1995, p. 19).

O benefício haurido do fortalecimento da tutela coletiva é perceptível para firmar o chamado tratamento molecular (DIDIER JR; ZANETI JR., 2011, pp. 34 e 35) do conflito, dado que uma ofensa ao um bem coletivo atinge não apenas o demandante de uma lide individual que se dignou a defesa de seus interesses, mas a todas as pessoas do seu grupo, que se encontrem na mesma situação de fato ou travem a mesma relação jurídica-base.

Ademais, ela contorna uma multiplicidade de ações com mesma causa de pedir e pretensões de mérito – a denominada pulverização ou atomização dos conflitos referida por Kazuo Watanabe – representando uma economia judicial e processual significativas. (MANCUSO, 2010, p. 81).

Essas ponderações tiveram como premissa a inegável expansão da tutela coletiva em nossa era e seu decisivo impacto na implementação de direitos fundamentais sociais, sendo portadora de uma forte carga emancipatória e propulsora de uma maior igualdade social, a ponto de se reconhecer que

(..) a jurisdição coletiva revela-se como uma receptora de interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão *aumentando a pressão social*, operando assim a via judicial como uma sorte de *válvula de escape*, em boa parte porque as grandes tensões sociais e os mega-conflitos geralmente não encontram guarida oportuna e eficaz junto a instâncias do Executivo e do Legislativo. (MANCUSO, 2010, p. 326).

Em suma, a abordagem feita ao longo deste capítulo teve como propósito dissecar alguns entraves à jurisdição, notadamente a coletiva, e ensejar discussão e reflexão sobre a importância de buscar mecanismos para, senão arrostar, minorar suas consequências, apontando no decorrer deste trabalho como um destes o fortalecimento das funções judiciais, sobretudo no campo probatório.

6 Conclusão.

No decorrer deste artigo pretendeu-se realçar a relevância do enriquecimento, sob o prisma material, do postulado constitucional do acesso a ordem jurídica, revestindo-o dos atributos da adequação e efetividade.

Por sua vez ficaram estabelecidas as adversidades fora do universo jurídico impeditivas de sua concreção, notadamente seu impacto sobre a tutela coletiva.

Ficou em relevo a relevância do processo coletivo como um instrumento para alcançar um acesso à ordem jurídica justa, suas inúmeras vantagens sociais e processuais em cotejo com as lides individuais.

De outro tanto demonstrou-se a necessidade de fortalecer a participação da sociedade civil organizada como agente propulsor de um acesso qualificado e com amplo espectro nas relações massificadas de nossa atual quadra histórica.

Como desfecho desta reflexão fez-se uma provocação acerca da utópica visão da proteção judicial que tem promovido, dentre outros fatores, uma judicialização da vida moderna com esgarçamento das relações sociais e, simultaneamente, está minando a capacidade estatal de ofertar a tutela jurídica prometida na Lei Fundamental.

Ante tais constatações, para salvaguardar a efetividade e capacidade emancipadora ínsita a inafastabilidade da tutela jurisdicional, sua releitura aponta na direção de uma racionalização para priorizar o acesso a determinados tipos de demanda, como verdadeira cláusula de reserva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas**. In MILARÉ, Edis (Coordenador). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social**. Revista do TRT da 15ª Região, São Paulo, v. 15, p. 85-108, 2001. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125404/Rev15Art8.pdf/7e74bcee-35d2-4a68-b596-7ec34f8f5a74> Acesso em 06 de julho de 2015.

_____. **O Direito Processual Coletivo e a Proposta de Reforma do Sistema das Ações Coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil**. In MACEDO, Marcus Paulo Queiroz; MARTELETO FILHO, Wagner (Organizadores). *Temas Avançados do Ministério Público*. Salvador: JusPodium, 2015.

AZEVEDO, André Gomma. **Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas.** In SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Organizadora). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Poderes Instrutórios do Juiz.** 7ª edição. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor.** BDJur, Brasília, 1995. Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>. Acesso em 11 de julho de 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª edição. Rio de Janeiro: Campos/Elsevier, 2004.

BOURDIEAU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRASIL, CNJ. **Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2014.** Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/a797135b7439c4c38c1df73f5fbfaa6b.pdf>. Acesso em 07 de julho de 2015.

_____. STJ, Resp. 695396/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ, 27.04.2011.

_____. STF, Inq. 1968/DF, Min. Marco Aurélio, DJ, 26.02.2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil.** Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan-mar. 1977.

_____. **O acesso à justiça e função do jurista em nossa época.** Revista de Processo, São Paulo, n. 61, jan-mar. 1991a.

_____. **O Acesso dos consumidores à justiça.** Revista de Processo, São Paulo, n. 62, abr. 1991b.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris Editora, 2002.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e ao Processo de Conhecimento.** 13ª edição. Salvador: Jus Podium, vol. 1, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 6ª edição. Salvador: Jus Podium, vol. 4, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. I, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A Instrumentalidade do processo.** 14ª edição. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade.** In MILARÉ, Edis (Coordenador). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil.** Tradução Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2004.

GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais.** Revista de Direito da EMERJ, vol. 10, no. 38, 2007a.

_____. **A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Modernidade do Direito Processual Brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no. 88, p. 273-298, São Paulo, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O Sistema Integrado de Acesso Coletivo à Justiça e a Nova Jurisdição Civil Metadividual.** Evocati Revista n. 10, out. 2006. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?mp_codartigo=57. Acesso em 25/07/2015.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça.** São Paulo: Editora Método, 2004.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC.** São Paulo: Editora Método, 2015.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILARÉ ALMEIDA, Gustavo. **Poderes Investigatórios do Ministério Público nas Ações Coletivas.** São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora GEN, 2011.

SANTANA, Patrícia da Costa. **A intervenção do *amicus curiae* na tutela coletiva de direitos: um meio de viabilização do acesso à justiça.** In SILVA, Fernanda Tartuce; MAILLART, Adriana Silva (Coordenadores). Acesso à Justiça II: Coleção Conpedi/Curitiba, vol. 2, 1ª edição. Curitiba: Clássica Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da Justiça.** Revista de Processo, n. 37, São Paulo, 1985.

_____. **O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão.** Boaventura de Souza Santos (Diretor Científico). Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Faculdade de Economia Universidade de Coimbra, 2002.

_____; MARQUES, Maria Manoel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995.

SOUZA, Luiz Antônio. **A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade.** In MILARÉ, Edis (Coordenador). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 4ª edição. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.