

O MOVIMENTO MUNDIAL PELA COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO E SEU INGRESSO E DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA
Defensora Pública da União

RESUMO: Este trabalho traça um breve perfil das fases metodológicas pelos quais passou o processo e sua importância para o direito fundamental de acesso à Justiça, analisa o percurso da coletivização do processo e indica os seus principais marcos históricos no Direito brasileiro, até a criação de um microsistema de tutela coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Coletivização do processo. Microsistema de tutela coletiva.

ABSTRACT: This paper briefly outlines the methodological phases undergone by the institute of class actions and underlines its importance for the fulfillment of the fundamental right “access to justice”. The main historical turning points which led to the establishment of a collective protection system are reviewed.

KEYWORDS: Access to Justice. Collectivisation of actions. Microsystem for class actions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pós-modernidade e codificação. 3. Fases metodológicas do Direito processual (Fase sincretista, autonomista e instrumentalista). 4. Conotação utilitária do processo. 5. Acesso à Justiça. 5.1. Ondas renovatórias de acesso à Justiça. 6. A coletivização do processo no Direito brasileiro. 7. A Lei de Ação Civil Pública. 8. A Constituição da República Federativa do Brasil. 9. O Código de Defesa do Consumidor. 10. Microsistema de tutela coletiva. 11. Conclusão. 12. Referências bibliográficas.

1 Introdução

A sociedade contemporânea é altamente complexa. Todas as atividades humanas sentem e padecem os efeitos dessa complexidade de idéias, informações, tecnologia, comunicação, direitos, obrigações e conseqüentemente litígios. São relações de uma sociedade massificada pela economia, trabalho, produção e consumo. Relações em massa implicam conflitos em massa e exigem do Estado uma atuação mais efetiva para solucioná-los.

O Estado soluciona seus conflitos através do Direito, viabilizando o convívio em sociedade, protegendo os variados bens da vida. O processo civil é o instrumento de efetivação e garantia dos direitos no ordenamento jurídico, ele não possui um fim em si mesmo, meramente técnico, possui um fim instrumental de garantir a atuação do direito material, possui uma função sócio-político-jurídica. Nessa busca e diante desta realidade de conflitos em massa, o processo civil passou por inúmeros estudos, revisão de conceitos e reformas, no intuito de atender sua finalidade precípua.

Profundos estudos concluem que o processo civil não possui mais condições estruturais para atuar somente de forma individualizada. Atuações individualizadas não solucionam conflitos em massa, senão geram gastos públicos exorbitantes com atuações isoladas do judiciário. Sobrecarregam o sistema, tornando-o lento e desacreditado e, pior, ofende o princípio do acesso ao Judiciário ofendendo o próprio Estado democrático de direito.

Os estudiosos do Direito passam a ver o processo sob uma nova perspectiva que evoluiu ao longo das últimas décadas em razão da necessidade de se adaptarem os institutos jurídicos a uma ordem jurídica justa, em que o acesso à Justiça não implica o mero direito de petição elencado no artigo 5º, inciso, LXXIV, da Constituição Federal de 1988. O acesso à Justiça deve traduzir a possibilidade de ser acessível a todos de forma uniforme, cujos resultados sejam socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8). Não basta declarar o direito ao acesso à Justiça, resta garanti-lo, efetivá-lo.

Nessa perspectiva de proteção e efetivação dos direitos, o jurista italiano Mauro Cappelletti em seu *Projeto de Florença* dedicando-se aos estudos do acesso à justiça teorizou três posicionamentos aos quais denominou de “[...] ondas renovatórias de acesso à Justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31). A antiga concepção do processo baseado no modelo clássico dos séculos XVIII e XIX, que tem suas características voltadas para o individualismo, sem ausência de uma visão coletiva, na segunda onda de acesso à Justiça passa a reavaliar seus conceitos e princípios adequando-se à tutela do direito coletivo.

A ação ganha um conteúdo diferenciado, mais publicizado, fato que podemos notar na Ação Civil Pública e na Ação Popular, verdadeiros mecanismos de participação democrática. A Jurisdição adquire, como visto, uma amplitude que não se

restringe a um escopo somente, não se trata mais de fazer atuar o direito objetivo, ou pacificar o conflito, unicamente. Busca-se a educação para a vida em sociedade, a afirmação do Estado e do Direito, a pacificação com justiça, enfim, a cidadania. (MEZZOMO, 2008).

Surge então, na doutrina de vários países, o movimento mundial pela coletivização do processo, tendo no Direito brasileiro contribuição primorosa com avançados institutos e conceitos, a exemplo da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que criou um microssistema jurídico de tutela coletiva.

2 Pós-modernidade e codificação

A pós-modernidade nasce propondo contestação das certezas metafísicas, do socialismo salvador e do capitalismo selvagem, tudo é complexo, relativizado, fragmentário, desconstruído, múltiplo, policultural de forma a não excluir da cultura globalizada nenhum potencial mercado consumista. Não há verdade absoluta. A sociedade pós-moderna é reconhecidamente a sociedade do conhecimento, da informação e da massificação.

É uma sociedade de massa. O crescimento populacional mundial avança na mesma proporção que os conflitos coletivos. A produção em série, cuja gênese se deu na Revolução Industrial impregnou a pós-modernidade¹ de tal forma que até os conflitos sociais surgem em série. Depois de ultrapassada a fase de codificação do Direito, o debate volta ao cenário jurídico agora para tratar dos direitos coletivos.

O debate sobre a necessidade de codificação vem desde a época de Savigny e Thibau, culminando no código alemão BGB. Já nessa época se apontavam as vantagens da codificação, dentre as quais a facilidade na visualização dos institutos jurídicos e segurança jurídica. No entanto, é inegável que a codificação proporciona uma estaticidade do Direito que não acompanha as modificações que ocorrem com a sociedade.

Daí a importância da hermenêutica no campo do direito, “[...] o aplicador do direito deve fazer um estudo dos fatos do caso em concreto, para, de acordo com seus valores – impregnados de experiência e história, aplicar a norma que melhor atenda a solução pacífica social” (REALE, 2003, p. 151). Essa evolução histórica também influencia o aplicador da norma.

Primeiro era o Estado liberal de direito, baseado no individualismo e na igualdade formal, consagrando a separação dos poderes e a atuação mínima do Estado sobre o indivíduo. A necessidade de se impor ao absolutismo deu prioridade à segurança

¹ “Produção em série, também designada por produção ou fabrico de massas, é característica da sociedade industrial tecnológica de abundância. Produtos idênticos, com características padronizadas, inundam agora o mercado, amplo e anônimo, deixando distante o tempo em que a regra era o produto artesanal [...] feitos por encomenda para um mercado restrito.” (SILVA, 1990, p.18).

jurídica num sistema de codificação moderna, sistematizando o Direito, tendo a lei abstrata e de caráter geral.

Veio a Revolução Industrial iniciada no século XVIII, gerando enormes conflitos sociais, movimentos sindicais e fenômenos de massa, o capitalismo era questionado, seguindo-se uma nova guerra mundial. Houve um crescimento desordenado das cidades e aumentaram os fenômenos da miséria e da fome. A total ineficácia de garantias para os direitos fundamentais e a postura neutra do Estado deu lugar a uma tendência intervencionista no domínio econômico, alargando-se também as garantias desses direitos e dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Passou-se, assim, ao denominado Estado social de direito ou Estado do bem-estar. Nesse momento tenta-se corrigir as grandes injustiças advindas do liberalismo e a lei deixa de ter um comando abstrato e genérico para atuar de forma concreta. O Estado sai da neutralidade e assume uma posição positiva face às questões sociais, principalmente dos trabalhadores e nas relações previdenciárias.

Inicia-se a necessidade de tutelar os direitos das massas, pois os conflitos passam a ser coletivos. Mas o paternalismo estatal não suporta a gama de complexidade de direitos e deveres que surgem dos novos conflitos e o Estado social de direito fica impotente diante da realidade. Passa-se a entender que o ideal não é o paternalismo assistencial do *Welfare State*, o ideal é o Estado servir de guia, preparando o cidadão para ele mesmo resolver democraticamente os problemas principais, deixando o Estado para um plano de execução das decisões do povo.

Surge o Estado democrático de direito, caracterizado pela junção da democracia e do socialismo. Sem a intenção de extinguir os direitos individuais conquistados na Revolução Francesa, mas com determinação de cortar definitivamente os laços com a concepção liberal individualista-burguesa, o Estado democrático de direito não pode conviver passivamente com tantas desigualdades econômico-sociais. A democracia exige igualdade material, não basta o caráter geral da lei. O Estado se volta à proteção concreta do social, da coletividade e não somente do indivíduo. Implanta-se a solidariedade social. Quanto a esse momento estatal, Francisco Amaral (2003) afirma:

[...] a sociedade contemporânea apresenta um elevado grau de complexidade, em razão da revolução tecnológica, globalização da economia e massificação dos meios de comunicação. É necessário superar o paradigma da modernidade. O Direito não se apresenta mais como um sistema completo capaz de dar respostas a todas as questões jurídicas; é crescente a importância da aplicação dos princípios jurídicos; surge a constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado e a decodificação do Direito Civil, representado pelo advento de corpos jurídicos autônomos, dotados de princípios próprios constituindo novos ramos do Direito.

Nesse contexto, houve o reconhecimento, ainda que tardio, de “[...] que o direito não mais satisfaz às necessidades de uma sociedade que evolui mais depressa do que ele” (BARROSO, 2005), o que é evidenciado pela inflação legislativa que ocorreu nas últimas décadas. Vislumbra-se, pois, o surgimento de novos ramos jurídicos, especiais e autônomos, verdadeiros microssistemas jurídicos, concretizados em disciplinas ou estruturas do direito implicadas na ordenação e disciplinamento dos problemas e relações resultantes do cotidiano social na pós-modernidade.

No entanto, essa complexidade de situações a serem regidas pelo direito, agora produzidas em série, e a conseqüente inflação legislativa trouxe uma necessidade de transformação do direito processual para que ele se torne mais célere, concreto, cuja visão passa a ter um enfoque constitucional e de amplo acesso à justiça. A necessidade de um código de processo coletivo tornou-se uma realidade para reafirmar a principiologia e a autonomia deste ramo do direito. Há um verdadeiro movimento mundial pela coletivização do processo.

Antes de se apontarem benefícios e malefícios dessa codificação, é mister que sejam compreendidas as fases metodológicas pelas quais passou o direito processual e as ondas renovatórias de acesso à justiça que constituem etapas desta atual ideologia de codificação do direito processual coletivo.

3. Fases metodológicas do direito processual (sincretista, autonomista e instrumentalista)

Grinover (2008) questiona:

[...] que adianta uma ciência processual conceitualmente perfeita, porém, que não atinja os fins para os quais foi criada? Claro que a precisão conceitual e a preocupação com a técnica são inerentes a qualquer ciência, porém, justificável enquanto considerada para atingir fins. O que não se pode admitir, é a supervalorização de técnicas, conceitos, etc. processuais, a ponto destes se tornarem o objeto principal desta ciência.

Toda ciência jurídica possui uma razão de ser, qual seria a do direito processual, a que veio essa disciplina? Para responder a tais questionamentos é necessária uma leitura da postura metodológica que acompanhou a teoria geral do processo ao longo de sua existência.

A fase inicial dessa matéria, denominada fase sincretista, prevaleceu desde as origens do direito processual até 1868. Nessa fase no direito, não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual. A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material. O direito processual era um mero apêndice do direito material. Não se tinha noção do direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, dos elementos para a sua autonomia científica. Também chamada de privatista, nessa fase, o direito processual era estudado pela ótica do direito privado.

Em 1868, o jurista Alemão Oscar Von Bulow escreveu a obra *Teoria das exceções processuais e pressupostos processuais*, onde questionou a natureza jurídica da ação, demonstrando que poderia existir uma relação jurídica processual sem que necessariamente existisse uma relação jurídica material. O processo, anteriormente visto somente como um mero rito, passa a constituir-se em uma relação jurídica, estabelecendo um vínculo jurídico entre o juiz e as partes. Agora o Estado-Juiz e as partes seriam ambos sujeitos de direitos, obrigações e faculdades. O Estado era obrigado à prestação jurisdicional.

A partir desse momento, surge a fase autonomista em que o direito processual passa a ser concebido como um novo ramo do direito. Nessa fase, de aproximadamente um século, houve inúmeros debates sobre conceitos, princípios e metodologia do direito processual. Daí o nome de fase conceitual. Foi a partir daí que o processo adquiriu autonomia, como ciência independente, passando a ter institutos e princípios próprios.

Desenvolveram-se inúmeras teorias processuais sobre a natureza da ação e do processo, pressupostos processuais, jurisdição. Nasceu um conjunto de ônus, poderes e sujeições entre as partes do processo, distinta da relação material subjacente e que poderia existir ainda que se concluísse pela inexistência do direito material. Mas ainda faltava instrumentalidade, utilidade ao processo.

O direito processual era um mero instrumento técnico para realizar o direito material, como se tivesse um fim em si mesmo, sem preocupar-se com a efetividade do processo, sua incidência na vida e na sociedade, ou o acesso à justiça, conseqüentemente, os pobres e a coletividade massificada não eram preocupações dos processualistas.

Nas décadas de 60 e 70, devido ao elevado número de conflitos sociais e a ineficácia da justiça em solucioná-los (morosidade, altas custas processuais, etc) surge a terceira e atual fase metodológica do direito processual denominada de instrumentalista. Também chamada de fase do direito processual de resultados, fase da efetividade ou do acesso à Justiça, ou ainda de fase do direito processual constitucional.

Houve uma necessidade de transformação no direito e no estudo do direito, para acompanhar a evolução da sociedade e seus anseios. “O processo é valorizado de acordo com a utilidade medida em função dos benefícios que possa acarretar ao titular de um interesse material juridicamente protegido. É a conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas, sobretudo, em razão dos resultados que produz” (GRINOVER, 2008). A fase instrumentalista é uma fase crítica, pois sabe que a importância do processo está em seus resultados. O processo é valorizado de acordo com seus resultados, dentre suas finalidade a de produzir justiça entre os membros da sociedade, acesso a uma ordem jurídica justa.

Desde esse momento, inúmeras modificações foram introduzidas no processo mundial, notadamente no direito brasileiro. As últimas reformas processuais são

exemplos dessa fase.² Institutos foram criados para dar celeridade e efetividade ao processo, tais como a antecipação da tutela (art. 273 do CPC), a tutela inibitória (art. 461 do CPC), a execução específica das obrigações de fazer e de não fazer, alterações na sistemática recursal, etc.

Essas medidas são importantes, porém os estudiosos afirmam que não esgotam a busca pela justiça efetiva que marcou a fase instrumentalista do processo, que ainda se deve desenvolver muito a atividade de investigação e criação de normas processuais para a obtenção do ideal de pleno acesso à justiça. Principalmente após a introdução deste novo direito coletivo que surge na atualidade.

Um dos caminhos buscados e talvez o mais importante seja a neoconstitucionalização, que, conforme esclarece Assagra de Almeida é “[...] a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado, desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista” (ALMEIDA, 2007, p. 48) na busca pela transformação com justiça.

4. Conotação utilitária do processo

A nova visão instrumentalista do processo, estatuído nessa terceira fase metodológica, busca alargar os horizontes do processo. Não resta apenas utilizar o direito como um sistema de unificação e pacificação social. “Busca-se a educação para a vida em sociedade, a afirmação do Estado e do Direito, a pacificação com justiça. Enfim a cidadania” (GRINOVER, 2008).

Os questionamentos anteriores sobre o fim do processo podem ter resposta no fenômeno mundial de busca pelo acesso à justiça. O processo deverá sair da esfera teórico-jurídica para adentrar na realidade. Compor as necessidades individuais e coletivas da sociedade de um modo eficiente o bastante para buscar em um só ato a justiça, a ordem justa, a igualdade, a dignidade humana. Dinamarco (2003, p. 303) afirma que falar em efetividade do processo é “[...] falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes, mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas”.

Portanto, observa-se que a razão de ser do processo não está nele mesmo, mas no direito material que visa a assegurá-la com sua instrumentalidade. O processo possui agora uma função extrajurídica, com escopo social, político e econômico. Na era do capitalismo globalizado, o processo tem de se atualizar para enfrentar os pós e contras desta globalização e sua conseqüente influência no Judiciário.

O Judiciário não raro se apresenta desacreditado pela sociedade. O acesso à justiça a cada dia torna-se mais restrito a um grupo social, contradizendo toda gama de leis

² Leis nº 9.139/95, 9.756/98, 11.187/05, 11.232/05, 11.280/06, 11.382/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.417/06, dentre outras.

e normativos constitucionais que tutelam este acesso. Ainda que sempre terá uma parte insatisfeita no provimento jurisdicional final, não é somente a qualidade das decisões que se apresentam dentre os maiores obstáculos à efetivação do processo e garantia do acesso à justiça, e sim, a morosidade no provimento e a dificuldade de acesso ao Judiciário.

O binômio direito-processo torna-se necessário para reafirmar essa nova concepção de processo utilitário, instrumental e efetivo. Não há como distanciar o direito material substantivo do processo. Eles caminham juntos, à medida que juntos consagram a pacificação e a dignidade humana, que são corolários do Estado Democrático de Direito. “O processo deve deixar apenas de reproduzir a realidade para transformá-la” (ALMEIDA, 2007, p. 49). A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo no poder. “A teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística” (MARINONI, 1999, p. 21).

5. Acesso à Justiça

O homem delegou ao Estado o poder de dizer o direito e realizar a pacificação social. Em virtude disso, ele não pode fazer justiça com suas próprias mãos. Em que pese ser a realidade relutante, na teoria, não é admissível pensar-se em um sistema jurídico moderno e igualitário, sem a garantia do acesso à justiça, considerada um requisito fundamental, o mais básico dos direitos, porque através dele se garantem todos os outros.

Devido ao monopólio da jurisdição, cabe ao Estado a função de viabilizar a realização do homem como cidadão. Em virtude dessa abrangência, dificilmente se pode chegar a um conceito único e suficiente de acesso à justiça. Segundo Mauro Capelletti, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). O acesso à justiça está umbilicalmente ligado à noção de justiça social. Afirma Marinoni que “[...] o acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta pela democracia” (MARINONI, 1999, p. 22).

A Constituição brasileira não explicitou o direito de acesso à justiça, embora ele esteja implícito em todo o texto constitucional e consagrado em inúmeros princípios da Carta Magna, tais como o devido processo legal (art. 5º, LIV), a assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), o juiz natural (art. 5º, LIII), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), mas é no princípio da inafastabilidade de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) que muitos autores apontam a exteriorização do acesso à justiça. A Constituição Federal estabelece o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio da proteção judiciária, preceituando: “Artigo 5º, inciso XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

direito". No entanto, a expressão *acesso à justiça* tem sentido muito mais amplo do que o mero acesso ao Poder Judiciário ou ao direito de petição, é também acesso a uma ordem jurídica justa. Capelletti ensina que a expressão:

[...] acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Kasuo Watanabe confirmando as lições de Capelletti afirma que "[...] a problemática no acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciários já existentes". Não basta o direito de petição no Judiciário, é preciso "[...] viabilizar o acesso à ordem jurídica justa" (WATANABE, 1984, p. 85). Talvez o que mais se aproxime de um conceito de acesso à justiça, embora não o esgote, seja a afirmação desse direito dada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia³, nos seguintes termos:

Art. 47 – Direito à ação e a um tribunal imparcial.

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

O certo é que o acesso à justiça é de efetividade temerária diante de tantas desigualdades socioeconômicas e culturais, principalmente no Brasil, um país onde tudo é grande. É grande o seu território e são enormes as disparidades regionais e sociais. A gama de direitos individuais e sociais oferecidos pela Constituição Cidadã com objetivo de efetivar a cidadania e a dignidade humana, dentre outros, na prática, pode levar a um retardamento por parte do Estado no cumprimento de suas obrigações, tamanha a sua responsabilidade.

Daí a importância do acesso à justiça, não somente para efetivar os direitos e levar a uma ordem jurídica justa, mas para fazer com que a sociedade também se torne responsável por sua existência. O processo é um dos meios de participação popular no poder. À medida que o povo passa a participar do processo, este passa a ter

³ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada e proclamada em Nice pelos Presidentes do Parlamento Europeu em dezembro de 2000, retoma, num texto único, pela primeira vez na história da União Européia, o conjunto dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos europeus, assim como de todas as pessoas residentes no território da União.

uma ação transformadora da realidade, indicando ao Estado, o caminho dos anseios sociais. O acesso à justiça, através da tutela difusa e coletiva, por exemplo, é uma nobre forma de participação popular no mecanismo de formação das decisões judiciais.

Diante de tantos desiguais, o princípio da gratuidade é um importante mecanismo de efetividade do acesso à justiça. As constituições brasileiras sempre trouxeram dispositivos relativos à justiça gratuita ou assistência judiciária gratuita, que consiste na isenção das despesas inerentes ao processo, facilitando ao necessitado a utilização do Judiciário. Porém, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, foi inovadora ao trazer a assistência jurídica integral e gratuita, que consiste em colocar à disposição do necessitado não somente a isenção das despesas processuais, mas o auxílio de profissionais do direito (defensoria pública, peritos, etc.), inclusive na prestação extrajudicial.

Na década de 70, houve um movimento mundial pela efetivação da justiça com apoio da Fundação Ford, cujo projeto inicial denominado projeto de Florença ganhou notoriedade internacional pelos estudos do doutor em direito Mauro Capelletti,⁴ discípulo de Piero Calamandrei, que desencadeou o fenômeno conhecido como “ondas renovatórias de acesso à justiça.” O fenômeno das ondas renovatórias de acesso à justiça deu ao processo uma nova visão instrumental e utilitária, o que mais tarde, culminou no movimento mundial pela coletivização do processo, doravante exposto.

5.1 Ondas renovatórias de acesso à justiça

A primeira onda renovatória deu-se em 1965, conhecida por se dedicar à assistência judiciária aos necessitados. O pobre era tratado como indivíduo e foi esquecido pela coletividade. É notório que a falta de informação impede que o pobre saiba quais são seus direitos, onde procurá-los e como, ou seja, a desinformação tornou-se um dos maiores entraves a que se pudesse alcançar o Judiciário. E ainda que ele soubesse de seus direitos, onde e como procurá-los, não teria legitimidade postulatória para estar em juízo pleiteando-os.

A ausência de recursos financeiros impedia a contratação de um bom advogado e os processos retratavam essa desigualdade, em que a balança da justiça sempre pedia para o lado dos mais abastados. Então a primeira onda de acesso à justiça revelou-se pela preocupação com a pobreza, não só vista em seu aspecto econômico, mas também em seus efeitos culturais, sociais e jurídicos, e em como se constituía um obstáculo de acesso ao Judiciário.

Os países ocidentais desenvolvidos reuniram esforços no sentido de propiciar melhores condições para os indivíduos de classes mais humildes. Nessa esteira,

⁴ Esses estudos originaram o livro *Acesso à Justiça*, escrito por Capelletti e Bryant Garth, traduzido no Brasil por Ellen Gracie Northfleet.

buscaram-se indicar os problemas e apontar soluções para eles, dentre os quais a assistência judiciária e o patrocínio das ações pelos Estados, através da justiça gratuita, com custeio das despesas processuais. Inicialmente, Capelletti entendia que a advocacia deveria ter um dever honorífico de assistir as pessoas desprovidas de recursos financeiros. Logo após, decidiu-se pelo sistema *Judicare*, em que advogados particulares eram custeados pelo Estado para a defesa dessas pessoas.

Ainda que tivesse melhorado bastante o acesso à justiça dos menos favorecidos economicamente, esses sistemas ainda traziam inúmeras desvantagens, dentre as quais a subestimação pelas atividades dos advogados gratuitos e a dependência funcional dos advogados pagos pelo Estado, cuja autonomia para litigar em face do órgão público ficava altamente comprometida. No Brasil, a Lei nº 1.060/50, que regula a justiça gratuita, é exemplo da efetivação desse sistema, cuja norma se encontra em vigor até os dias atuais.

A segunda onda renovatória de acesso à justiça ficou conhecida como representação em juízo dos interesses difusos. É nesse momento, na década de 70, que se iniciou o movimento mundial pela coletivização do processo, caracterizado por “reformas que objetivavam proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, principalmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor. [...] preocupa-se com o conceito sobre legitimidade para possibilitar a presença em juízo de grupos, entidades e instituições, na defesa de direitos difusos. Passou a ocorrer também a revisitação do sentido de citação, de contraditório, e de coisa julgada, tendo que ser operada uma verdadeira revolução no direito processual” (ALMEIDA, 2003, p. 79).

O processo até então possuía um cunho individualista, traduzido pelo liberalismo da época das codificações. Esse individualismo limitava a representatividade em juízo dos interesses coletivos, de grupos de pessoas, até por faltar-lhe instrumentos jurídicos adequados. A massificação das relações humanas e a produção em série de tudo, inclusive dos conflitos, indicaram a necessidade de se tutelarem os interesses de massa, como o mercado de consumo, a proteção ao meio ambiente, a proteção de grupos sociais e de minorias raciais, idosos, crianças, mulheres, etc.

Ortega e Gasset (1956), já prevendo os efeitos da massificação, voltaram estudos sobre os conflitos originados através do fenômeno da *rebelião das massas*, esclarecendo que esses conflitos seriam a tônica dos problemas do futuro. Nesses tempos de conflitos em massa, surgem os direitos em massa. A coletividade como sujeito de novos direitos sociais do Estado de bem-estar, precisava ser amparada quanto à saúde, educação, segurança, meio ambiente, etc.

Era necessário viabilizar a esses grupos o acesso ao Judiciário, sem maiores trâmites burocráticos que possibilitassem ao juiz fornecer uma resolução conjunta a várias pessoas numa só ação. Os titulares dos interesses transindividuais precisavam se organizar para combater o desequilíbrio face aos poderosos interesses políticos e econômicos.

Surge a necessidade de melhorar a qualidade das decisões proferidas, tendo o juiz o poder-dever de dizer o direito de uma forma mais humana, mais célere, social e justa. Coexistindo com uma busca pela simplificação do procedimento e dos atos judiciais e do próprio direito substancial. “[...] , esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

A terceira onda abrange as ondas anteriores e vai muito mais além, objetivando operacionalizar o sistema, aperfeiçoando-o e adequando-o aos novos princípios do direito processual contemporâneo. Nesse momento, desencadeiam-se inúmeras reformas no direito processual, dentre as quais: criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (procedimento monitorio, etc.); criação de meios alternativos para resolução dos conflitos (arbitragem, compromisso de ajustamento de condutas, etc.); reformas no sentido de tornar o processo mais célere e eficiente (súmulas vinculantes, antecipação dos efeitos da tutela, criação dos juizados especiais, etc.).

A terceira onda relaciona-se a um aprimoramento e revisitação interna do processo e seus institutos processuais. O processo instrumentaliza-se para propiciar a defesa dos vários interesses tutelados, sejam públicos, privados, individuais ou coletivos. Por isso, a terceira fase incentivou ampla reforma a ponto de alguns doutrinadores afirmarem que o Código de Processo Civil já não existe, senão um monte de leis compiladas no atual código. Em verdade, essas reformas visam a operacionalizar o acesso à justiça e para tanto necessita de aperfeiçoamento e reafirmação também da principiologia que rege a matéria da tutela dos interesses transindividuais.

O Professor Assagra de Almeida (2007, p. 17) afirma que a terceira fase já estaria em crise, necessitando ser revisitada com base na teoria dos direitos fundamentais. Deveriam ser fixadas diretrizes metodológicas do direito processual em face do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal. A nova fase a ser implantada é a fase do garantismo-constitucional processual fundamental.

Há quem afirme ainda que já exista uma quarta onda renovatória voltada para a formação acadêmica dos operadores do direito, importando em ressaltar o trabalho dos núcleos de prática jurídica, e seu papel de conscientização dos estudantes e aproximação destes à realidade sociojurídica do país.

Se o modo de facilitar a visualização dos novos institutos processuais trazidos pelas últimas reformas tenha por necessário a codificação não se sabe, no entanto, este assunto deve ser amplamente debatido, senão quanto à codificação, pelo menos quanto ao conteúdo desta codificação, sob pena de se perder o que já se alcançou através da legislação esparsa.

6. A coletivização do processo no Direito brasileiro

O processo eminentemente individualista teve que sofrer transformações para um processo destinado a atender também a grupos, categorias e classes de pessoas.

As demandas coletivas da sociedade pós-moderna incomodam muitos interesses econômicos, posto que vários direitos lesados saem desta seara. Ademais, “[...] a defesa do direito individual vai muito além da tutela dos interesses das partes envolvidas, pois, quando o direito de qualquer um é violado, toda a sociedade é aviltada com isso” (CRUZ, 2007, p. 339) principalmente se estes direitos se referem a qualidade de vida (direito ao ambiente sadio, a relações de consumo equilibradas, ao respeito ao usuário de serviços públicos, à segurança dos investidores, etc.).

O direito ao acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de suma importância tanto para os direitos individuais como para os novos direitos sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, se não houver mecanismos aptos a garantir sua efetiva reivindicação. Estes mecanismos instrumentalizam-se nas reformas introduzidas no direito, reflexo das modificações ocorridas na fase de efetividade do processo e da terceira onda renovatória de acesso à justiça, atingindo ainda os textos constitucionais, notadamente no direito brasileiro, onde os interesses de massa ganharam *status* constitucional.

Nos últimos anos, publicizou-se o direito privado, privatizou-se o direito público. É difícil aceitar a divisão clássica entre público e privado, principalmente porque o texto constitucional constitucionalizou desde o direito processual até o Código Civil. A notória importância que ganha no direito mundial e brasileiro a tutela coletiva confere ao processo desse direito material autonomia científica. Já não caberia falar em direito público e direito privado e sim em direito individual e direito coletivo e, segundo Almeida (2003, p. 79), já podemos falar em direito processual coletivo.

O direito coletivo possui como titular o indivíduo e, ao mesmo tempo, a coletividade. A vulnerabilidade dos direitos metaindividuais reconhece que, quando o titular identifica seus direitos, não identifica os recursos jurídicos para tutelá-lo. Na busca desses recursos, Grinover (2005, p. 24) afirma que “[...] a evolução doutrinária sobre processo coletivo autoriza a elaboração de um verdadeiro processo civil coletivo, como ramo do direito processual que tem seus próprios princípios e regras diversas do direito processual individual”.

No Brasil, já existia a Lei nº 4.717/65, que regulava a Ação Popular, e a Lei nº 6.938/81, que regulava a Política Nacional do Meio Ambiente, tendo em ambas a tutela do direito difuso. Mas como momentos históricos marcantes nessa tutela podemos destacar três grandes que marcaram a tutela do direito coletivo e conseqüentemente indicou o caminho para o movimento mundial pela coletivização do direito processual: a Lei de Ação Civil Pública- LACP (Lei nº 7.347/85); Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

7. A Lei de Ação Civil Pública

A Lei de Ação Civil Pública é apontada pelos doutrinadores como o principal instrumento na tutela jurisdicional dos interesses ou direitos coletivos no Brasil. Embora essa Lei seja de 1985, sua consagração deu-se com a promulgação da

Constituição Federal de 1988, quando lhe foi conferida o *status* constitucional (129, III, CF). Essa Lei foi o marco da tutela coletiva brasileira, antecipando-se aos avanços que mais tarde viriam na Carta Magna.

O artigo 6º do Código de Processo Civil estabelecia que ninguém podia ir a juízo pleiteando em nome próprio direito alheio. Quando surgiu a LACP, esse artigo foi relativizado. Antes dessa lei, a defesa dos interesses difusos resumia-se aos que poderiam se enquadrar como patrimônio público da Lei de Ação Popular, tendo por legitimado o cidadão, ou a proteção ambiental da Lei nº 6.938/81, pelo Ministério Público. Demais sujeitos e direitos não tinham a tutela legal.

A LACP aumentou o rol de direitos tutelados, de legitimados, atribuindo-lhes uma legitimidade ativa pluralista e concorrente, previu novos poderes ao magistrado, instituiu um papel preponderante para o Ministério Público, criou o inquérito civil, disciplinou a coisa julgada coletiva. Posteriormente, com as introduções de outras leis, tais como o Código de Defesa do Consumidor, aumentou-se e generalizou-se o rol dos direitos tutelados.

Um dos grandes méritos da Ação Civil Pública e que, talvez por isso, tornou-a uma referência mundial de tutela coletiva, tenha sido o enquadramento perfeito dos estudos dessa matéria realizados na Europa (Itália, França e Alemanha) e nos Estados Unidos, ao direito brasileiro, avançando nos institutos sem ferir o direito processual e material deste país. Dentre os grandes processualistas que trabalharam nesse projeto cita-se Ada Pellegrini Grinover, Kasuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior.

A edição da Lei de Ação Civil Pública foi considerada um avanço sem precedentes na história do direito brasileiro, porém, por si só, não conseguiu sistematizar uma principiologia suficiente a mudar os paradigmas do processo individualista do nosso sistema. Era mister que a mentalidade jurídica fosse oxigenada com os ditames constitucionais e seu sistema aberto de princípios para que, doravante, o processo coletivo adquirisse uma feição própria e um sistema de princípios suficientes a conferir-lhe autonomia como ciência.

8. A Constituição da República Federativa do Brasil

A processualística, desde muito cedo, percebeu-se da importância de estudar o processo à luz da Constituição. Encarar os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, tirando as seguintes consequências: o magistrado deve interpretar esses direitos como interpreta os direitos fundamentais, dando-lhes a máxima eficácia possível; deve afastar, usando o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável a aplicação efetiva dos direitos fundamentais. (DIDIER JUNIOR, 2006, p. 31).

A Constituição Federal de 1988 traz ao Brasil um sistema de normas aberto, em que os princípios constitucionais deixam de ser meros princípios políticos e ganham efetividade. “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (DWORKIN, 2008). Os princípios oxigenam o direito, funcionalizando-o. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é colocada como fundamento da República Federativa do Brasil, a hermenêutica volta a ser uma importante ferramenta jurídica e o Judiciário passa a ser um importante aplicador da lei.

“Tudo, sob certo aspecto, interpreta-se. O direito público privatiza-se; o direito privado publiciza-se” (NETTO, 2003, p. 25). A Constituição assume o centro do sistema jurídico, não somente nas relações que envolvam o Estado. A Constituição passa a infiltrar-se em todo o ordenamento de forma irradiante, de forma axiológica, em que seus princípios, norteadores do Estado Democrático de Direito, fundamenta a ordem social e jurídica. A Constituição dita os princípios e preceitos e toda a legislação se molda na interpretação dos operadores do direito.

A promulgação de uma Constituição representa sempre uma ocasião alvissareira no contexto econômico, social, político e legislativo de uma nação, não apenas por inaugurar uma nova era em seu ordenamento jurídico, mas, sobretudo, por convalidar paradigmas que refletem os reclamos latentes na sociedade a que visa disciplinar. E diferentemente não sucedeu com a Carta Magna de 1988, na medida em que assimilou valores da mais alta relevância a legitimar o Estado brasileiro e a orientar toda a sua atuação e seu ordenamento jurídico. (BARROSO, 2007).

O Judiciário não pode ficar mais neutro, impassível e distante. A ele também é atribuída a responsabilidade do bem comum, da ordem jurídica justa. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos. A justiça e seu acesso passam a ser postulados básicos e o processo, um poderoso instrumento de cidadania. Todos os órgãos estatais se tornam intérpretes da Carta Magna, o que Peter Haberle (2002, p. 13) denominou de “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

Os direitos difusos considerados pela doutrina como de terceira geração, de interesse de toda comunidade, decorre dos anseios de melhoria de vida, conforto, segurança e qualidade em razão das ameaças com os avanços tecnológicos, consumismo exacerbado, modificações bio-ambientais, capitalismo globalizado, etc. ganham notoriedade e institutos processuais dignos de sua proteção.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, confere ao judiciário a tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a esses direitos a máxima eficácia possível, afastando qualquer ameaça ou ofensa aos direitos fundamentais,

entendendo-os, em sua maioria, como normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1, CF) e dotados da proteção de imutabilidade reformadora das *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º, IV, CF).

Inúmeros dispositivos processuais foram constitucionalizados (juízo natural, devido processo legal, estabilidade dos direitos subjetivos, como a coisa julgada, o contraditório, direito de petição, assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, ampla defesa, não aceitação da prova ilícita, etc.), importantes ações de tutela coletiva ganharam dignidade constitucional (Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, etc.).

Ao inserir a tutela jurídica dos direitos coletivos dentro da teoria dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 garantiu o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita tanto aos direitos individuais como aos direitos coletivos. A dinâmica do seu sistema aberto propicia que os princípios constitucionais coadunem com as tutelas coletivas de jeito a formar uma princiologia própria para o direito processual coletivo.

9. O Código de Defesa do Consumidor

Desde a época em que o ser humano identificou a necessidade de troca de mercadoria para satisfação das necessidades básicas até a Revolução Industrial, o homem sempre foi consumidor, no entanto, a preocupação com a tutela de seus direitos nessa seara adveio com o fenômeno da industrialização, acentuando-se com as modificações ocorridas na sociedade pós-moderna em decorrência do aumento da tecnologia, informação e globalização.

A produção em série aumentou o âmbito das relações individuais, passando-se à transindividualidade. Tornou-se patente nessas relações a hipossuficiência socioeconômica das classes minoritárias e vulneradas na relação de consumo – o consumidor. A Constituição Federal de 1988, reconhecendo a necessidade de tutelar essas novas relações, dispôs em seu artigo 5º, XXXII, como direito fundamental que “[...] o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor”, e taxando como princípio da ordem econômica a *proteção ao consumidor* (artigo 170, V, CF), cujo código teria que ser elaborado no prazo legal de 120 dias (artigo 48 do ADCT/ CF).

A Lei nº 8.078, de 11 de agosto de 1990, consolidou o Código de Defesa do Consumidor – CDC, regulando não somente as relações de consumo, mas servindo de diretriz para a tutela dos direitos coletivos em geral. Além de trazer institutos da relação consumerista, definindo consumidor e fornecedor, tutelando os danos causados, instituindo novos tipos penais, etc. o código veio estabelecer uma concepção tripartite dos direitos massificados, definindo direitos difusos, coletivos e criando os direitos individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único).

A Lei nº 8.078/90 incluiu no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85 a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo e ainda estabeleceu em seu artigo 83

a possibilidade de utilização de qualquer ação na tutela desses direitos, ampliando consideravelmente a dimensão da tutela dos direitos massificados. Instituiu ainda um importante instrumento de atuação de defesa na Lei de Ação Civil Pública – o termo de ajustamento de conduta (artigo 113 do CDC).

O CDC é considerado uma lei principiológica, pois além de tutelar o direito do consumidor, tutela ainda outros direitos transindividuais e inova ao dar origem a um microssistema de tutela jurisdicional coletiva ao estabelecer em seu artigo 90 que tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei de Ação Civil Pública atuam em conjunto na tutela dos direitos coletivos.

Os princípios estatuidos no CDC como transparência, boa-fé, equidade, confiança demonstram uma efetividade e concretude na aplicação dessa lei, que sai da abstração do homem médio e da lei de caráter geral e abstrata para tratar o consumidor como um homem e vê-lo não somente como a parte mais fraca economicamente, mas também como hipossuficiente sociocultural, tutelando sua fraqueza, ignorância, idade avançada, saúde debilitada, falta de conhecimento, baixa escolaridade, etc.

10. Microssistema de tutela coletiva

Um sistema jurídico se faz através de um estudo sistemático de conceitos, institutos afins e princípios. “A constatação de que o ordenamento jurídico não é só formado por normas (sentido estrito), mas também por princípios, alterou, de modo significativo, a própria idéia de sistema jurídico que teve de abandonar o acentuado timbre formal, tão presente nas formulações dos séculos passados” (NETTO, 2003, p. 64).

A Lei nº 8.078/90, em consonância com a Lei nº 7.347/95, veio estabelecer um microssistema de tutela coletiva no direito brasileiro. Desde a edição da Lei de Ação Civil Pública e a da Constituição Federal de 1988, outros diplomas legais vieram tutelar o interesse ou direito das massas, tais como a Lei nº 7.853/89 (portadores de deficiência); Lei nº 7.913/89 (Danos causados aos investidores do mercado imobiliário), Lei nº 8.069/90 (ECA), etc., porém, foi o CDC que veio disciplinar conceitos fundamentais para a tutela coletiva, criando um microssistema do direito das massas em seu já citado artigo 90 e artigo 21 da Lei nº 7.347/95.

O CDC e a LACP formam um conjunto de normas principiológicas do direito processual coletivo, que se aplicam em regra a todas as tutelas coletivas: conceito tripartite de interesses coletivos; coisa julgada coletiva; não-taxatividade das tutelas coletivas. Essa hermenêutica decorre do princípio da ampla tutela jurisdicional coletiva, que admite todos os tipos de ação para tutelar esses direitos.

Devido à criação desse microssistema de tutela coletiva, outros direitos coletivos, inclusive regulados em legislação própria, poderão ser tutelados por ele, tais como: direito à educação, saúde, transporte, trabalho, moradia, lazer, serviços públicos, meio ambiente, direito dos idosos (Lei nº 10.741/2003), crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/99), comunidade indígena (Lei nº 6.001/73), regularização urbana (Lei nº

10.257/2001-estatuto da cidade), etc. (ALMEIDA, 2007). Também se expandiram os órgãos de atuação desse microsistema: Defensoria Pública no rol de legitimadas para a propositura da ação (Lei nº 11448/07), Ministério Público como principal agente da tutela coletiva (Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93).

Observa-se então que coexistem dois sistemas de tutela processual na atualidade: o sistema individual, cujo instrumento legal idôneo é o Código de Processo Civil e o microsistema de tutela coletiva, instituído principalmente pela LACP e CDC, onde se encontram perfeitamente integrados institutos de aplicação aos direitos transindividuais. Têm-se por titulares desses direitos o indivíduo e toda a coletividade, enquanto podem ser autores ofensivos tanto o particular quanto o Estado.

Infelizmente, vários dos direitos coletivos lesados não possuem como autores apenas os particulares. Grandes ações envolvendo tutelas coletivas são propostas em face do Estado. Muitas vezes, ele se apresenta como o maior ofensor do direito das massas. Em razão disso, é comum a edição de medidas provisórias para restringir a tutela jurisdicional coletiva já introduzida no direito brasileiro, a exemplo da Medida Provisória nº 1.570/97, que se transformou na Lei nº 9.494/97, que modificou o artigo 16 da LACP para restringir a abrangência nacional da coisa julgada.

A perfeita interação entre o CDC e a LACP formando um perfeito microsistema de normas básicas à tutela coletiva exige ainda uma compatibilidade formal e material dessas normas com o Código de Processo Civil e com a Constituição. O CPC deve ser aplicado de forma subsidiária à tutela do direito de massa, de modo que sua concepção individualista não ofenda a principiologia da tutela coletiva⁵ e qualquer lei que tutele o direito coletivo deve ser interpretada sempre à luz da Constituição. É o chamado neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo teria dentre outras características a força irradiante dos princípios constitucionais com eficácia normativa e a conseqüente utilização do princípio da proporcionalidade, fornecendo um verdadeiro *diálogo das fontes*, onde qualquer norma infraconstitucional, seja de caráter público ou privado, tenha que dialogar com a Constituição e com os direitos fundamentais nela inculpidos. E normas que se interagem de alguma forma, seja por tutelarem direitos equiparados, seja pela similaridade de seus institutos, teriam que necessariamente travar esse diálogo entre si. É o que preleciona a tese dos diálogos das fontes, trazida ao Brasil pela professora gaúcha Cláudia Marques (2004), que esclarece:

⁵ O professor Assagra de Almeida (2003) apontou como princípios do que ele denomina de direito processual coletivo: princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da máxima prioridade da tutela coletiva; princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva; princípio da presunção da legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação do direito coletivo; princípio da não-taxatividade da ação coletiva; princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; princípio da máxima efetividade do processo coletivo; princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; Princípio da obrigatoriedade da execução da tutela coletiva pelo Ministério Público; princípio da legitimidade coletiva ativa concorrente ou pluralista; princípio da proibição do abandono da ação coletiva.

[...] há uma enorme gama de leis que se aplicam ao mesmo fato, ora codificado, ora descodificado. Mesmo os sujeitos tornaram-se plurais, por vezes difusos, fato que não raro ocorre com a defesa do direito do Consumidor. Desta forma, é mister travar um diálogo entre as fontes do direito privado – Código Civil e o a Lei do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), para que não ocorra situação prejudicial ao direito específico. Lembrando sempre que os princípios específicos dos microssistemas, tais como o CDC não pode ser rechaçado pelas normas do Código Civil ou do Código de Processo Civil, visto tratar de direito específico, a quem o direito norteou com princípios próprios, como o caso das tutelas coletivas.

Hoje se vive uma sociedade de massa, sendo necessário um direito de massa e um processo de massa. A existência desse microssistema de tutela do direito coletivo vem de encontro aos anseios sociais na busca de mudanças reais para efetivar o acesso à justiça. A lentidão dos processos, altas custas judiciais, ausência de estrutura das Defensorias Públicas, excesso de instâncias recursais, dentre outros óbices desse acesso, podem ser minimizados através das tutelas coletivas, dos microssistemas e do reconhecimento de que já existe um direito processual coletivo, independentemente de sua codificação.

A codificação do direito processual coletivo já caminha para uma realidade. No direito brasileiro, existem inúmeros projetos como, por exemplo, o Projeto de Código-modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (anteprojeto-USP), atualmente no Ministério da Justiça. Não obstante a existência de grandes juristas à frente desses projetos, já são apontadas críticas a eles. Em resumo, o que os críticos temem é que o pouco tempo de debate doutrinário sobre o tema possa interferir na qualidade do sistema. Vale lembrar que o anteprojeto do Código Civil foi debatido por quase um século.

Sabe-se que é importante a codificação para facilitar os estudos e a aplicação do direito, mas não se pode correr o risco de perder o que se conquistou até então através da legislação esparsa e do microssistema formado para defesa da tutela coletiva. A tutela de massa exige a adequação de alguns institutos processuais que, para sua efetiva aplicação, exige ainda uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, uma melhoria significativa das instituições que formam esses operadores e mudança de grades curriculares de algumas faculdades para inclusão dos estudos do direito coletivo, por exemplo.

Os paradigmas quanto ao processo também devem ser modificados. O reconhecimento, por parte dos operadores do direito, de que o processo deva ser primeiramente utilidade e efetividade para o acesso à justiça, já seria um bom caminho para a sua coletivização.

11. Conclusão

A sociedade contemporânea é altamente complexa. A produção em série, cuja gênese se deu na Revolução Industrial impregnou a pós-modernidade, de tal forma que até os conflitos sociais surgem em série. Relações em massa implicam conflitos em massa e exige do Estado uma atuação mais efetiva para solucioná-los.

O processo civil é o instrumento de efetivação e garantia desses direitos no ordenamento jurídico, ele tem de se adaptar para dar uma resposta eficiente aos novos direitos violados. A partir de fenômenos decorrentes das ondas renovatórias de acesso à justiça e da nova visão instrumentalista do processo, ocorrem inúmeras reformas no direito processual, que caminha para uma necessária coletivização do processo.

A Lei nº 8.078/90, em consonância com a Lei nº 7.347/95, veio estabelecer um microssistema de tutela coletiva no direito brasileiro, transformando a Lei de Ação Civil Pública num poderoso mecanismo de participação democrática, no entanto, o CPC ainda é aplicado de forma subsidiária à tutela do direito de massa, devido à sua origem individualista.

Utiliza-se o neoconstitucionalismo onde a força irradiante dos princípios constitucionais com eficácia normativa se alastra por todo o direito, para se buscar uma ordem jurídica justa e não conflitante. Nessa busca, vislumbra-se a necessidade de codificação do direito processual coletivo, para que esse instituto acompanhe as transformações dos conflitos transindividuais.

O movimento mundial pela coletivização do processo tem no direito brasileiro contribuição primorosa, com avançados institutos e conceitos, mas ainda é necessário que a doutrina faça profundos debates sobre o tema para que não ocorra um retrocesso em relação às conquistas efetuadas até agora com o já existente microssistema de tutela coletiva. ♦

12. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto em branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Lucas de Abreu. Fundamentos constitucionais da política agrária no Brasil. *Revista de direito constitucional e internacional*. v. 61, p. 137-150, out./dez. 2007.

_____. Situação atual do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, p. 236-242, jan./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> . Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz. (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOW, Oscar. *La teoría de las excepciones procesuales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIDIER JUNIOR, Freddie. *Direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORIKIN, Ronald. Taking rights seriously. In: BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GALIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública*. O Estado e a cidadania. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antônio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processos*, São Paulo, n. 111, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 361, 2002, n.361.

_____. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: MILARÉ, Edis. (Org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria geral do processo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/material/Texto_profa_Ada_18_02.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução Agnes Cretella Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna: para onde caminha o processo?* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=278>. Acesso em: 26 maio 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ORTEGA Y GASSET, Jose. *La Rrbelion de lãs massas*. 30. ed. Madrid: E.I.S.A., 1956.

PACHECO, Jose da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu. (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. (Coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WATANABE, Kasuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.). *A tutela jurisdicional dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.