

O ACESSO QUALITATIVO À JUSTIÇA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO PROCESSO COLETIVO

THE QUALITATIVE ACCESS TO JUSTICE AS A MECHANISM OF IMPLEMENTATION OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PROCESS COLLECTIVE

Renata Nascimento Gomes*

Débora Borges Prado**

Sumário: Introdução. 1. A reconstrução do conceito de acesso à justiça. 1.1 Acesso à justiça e a proteção dos direitos fundamentais. 1.2 O acesso à justiça na Constituição Brasileira. 2. O Reconhecimento dos Direitos fundamentais. 2.1 Direitos fundamentais no judiciário brasileiro. 2.2 Os direitos fundamentais sociais. 2.3 A efetividade dos direitos fundamentais sociais. 3. Considerações sobre as ações coletivas. 3.1 Breve histórico das ações coletivas no Brasil. 4. A questão da eficiência processual. Considerações finais. Referências.

Resumo: Através de uma abordagem macroestrutural, utilizando o modelo jurisdicional democrático, o presente estudo traz uma análise do conceito de acesso à justiça que se coaduna com o Estado Democrático de Direito e suas implicações na questão da eficiência jurisdicional / processual, bem como da implementação dos direitos fundamentais sociais na tutela coletiva. Para tanto, se faz necessária uma pesquisa analítica bibliográfica da literatura jurídica, com alguns elementos de direito comparado, utilizando-se o método indutivo e dedutivo.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Constituição. Jurisdição Democrática. Tutela coletiva. Eficiência processual.

Abstract: Through broader structural approach, using the democratic judicial model, this study presents an analysis of the concept of access to justice that is consistent with democratic rule of law and its implications on the issue of judicial / procedural efficiency, as well as the implementation of the rights social rights in collective protection. For this purpose, it is necessary bibliographic analytical research of legal literature, with some elements of comparative law, using inductive and deductive method.

Key-words: Access to Justice. Constitution. Democratic Jurisdiction. Collective protection. Procedural efficiency.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça não pode mais ser entendido como um mero formalismo de provimento de decisões que resolvem a controvérsia, com a pretensão de estabelecer um ponto final nos conflitos. O Estado Democrático de Direito não se coaduna com essa concepção de moldes eminentemente liberais. E essa noção ganha novos contornos e implicações mais intrincadas quando se fala de direitos coletivos.

Definir o que é o acesso qualitativo à justiça e a concepção mais adequada de efetividade/eficiência jurisdicional é uma necessidade. Atualmente todas as reformas legais assumem essa postura, fazendo suas escolhas, ainda que de modo irrefletido, o que é um problema. Como se pode esperar atingir um objetivo se não se analisa quais os resultados são esperados?

* Mestra em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Linha de pesquisa: Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Pesquisadora do Grupo Margens do Direito. Professora da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Endereço eletrônico: <renata.nascimento.gomes@gmail.com>.

** Advogada. Mestre em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Linha de pesquisa: Relações Sociais e Democracia. Pesquisadora do Grupo Razão Crítica e Justiça Penal. Professora de Direito na Faculdade de Extrema (FAEX). Endereço eletrônico: <deborabp@hotmail.com>

Nessa esteira, o presente estudo procura identificar, ainda que de forma breve, os problemas da efetivação dos direitos fundamentais em sede jurisdicional, bem como analisar a questão sob a ótica das ações coletivas. Para tanto, utilizou-se um breve histórico das ações coletivas, desde o que foi considerado seu início até os dias atuais, com elementos de direito comparado.

Em uma abordagem macroestrutural, o objeto da pesquisa será desenvolvido na perspectiva do denominado Processualismo Constitucional Democrático. Para tanto, se faz necessária uma pesquisa analítica bibliográfica da literatura jurídica, com alguns elementos de direito comparado, utilizando-se o método indutivo e dedutivo.

1 A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Acesso à justiça, em um sentido estrito, está relacionado com o acesso aos tribunais e, em uma conotação mais ampla, supõe acesso à ordem política e aos benefícios decorrentes do desenvolvimento social e econômico do Estado.

Segundo Cappelletti e Garth (2002, p.3), a definição da expressão “acesso à justiça” aponta para duas finalidades básicas do sistema jurídico: uma determina o acesso real à ordem jurídica para todos e outra, o acesso com resultados individual ou socialmente justos. A evolução do movimento de acesso à justiça está relacionada a três ondas: a primeira diz respeito à assistência jurídica para os pobres; a segunda consiste na garantia dos interesses difusos, notadamente os concernentes ao meio ambiente e aos consumidores; já a terceira onda trata do acesso à justiça de forma mais ampla, abarcando questões de eficiência através da criação de procedimentos mais simplificados e acessíveis. Pode-se dizer que cada uma das três ondas, respectivamente, corresponde aos obstáculos econômico, organizacional e processual.

Nesse sentido, em Nlerum S. Okogbule (2005, p. 102), o acesso à justiça, em termos genéricos, implica em acesso à justiça social e à distributiva. Ele esclarece que essas perspectivas não são necessariamente desvinculadas, pois o nível e a eficácia da justiça social de um determinado sistema tem relação direta com a possibilidade de se obter a justiça distributiva.

Como conceito abrangente, o acesso à justiça alcança a natureza, os mecanismos, e a qualidade da “prestação jurisdicional”. Vale dizer que, embora determinados mecanismos jurídicos e institucionais tenham finalidade técnica específica, eles podem funcionar como obstáculos para a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Em seu relatório de pesquisa, Cappelletti e Garth (2002, p.4) demonstram que o conceito de acesso à justiça sofreu uma transformação importante, acompanhado de uma mudança no estudo e no ensino do direito processual civil. Nos Estados Liberais, a tutela jurisdicional evidenciava o caráter individualista dos direitos e o direito de acesso à proteção judicial estava restrito a sua vertente formal, ou seja, significava a faculdade do indivíduo propor ou contestar uma ação. A explicação se pautava no argumento de que, por ser um direito natural, e, portanto, anterior ao próprio Estado, o acesso à justiça não necessitava de uma atuação estatal positiva para a sua proteção.

O conceito de direitos humanos também começou a sofrer uma transformação radical na medida em que as sociedades do paradigma liberal cresceram em tamanho e complexidade. Gradativamente, o caráter coletivo das ações e relacionamentos avançou sobre o individual. As sociedades modernas reagiram se afastando do aspecto estritamente individualista dos direitos. Esse movimento culminou

no reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

Esses novos direitos exigem uma postura positiva do Estado. Eles são, antes de tudo, “*conditio sine qua non*” para a realização material dos direitos individuais, de índole liberal absenteísta, efetivamente para todos. Entre os direitos sociais tutelados pelas modernas Constituições podem-se citar os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. O acesso à justiça, em sua vertente material, efetiva, é garantia da prestação da tutela dos direitos individuais e sociais. Ou seja, na ausência de mecanismos para sua reivindicação a titularidade de direitos é destituída de sentido.

O acesso à justiça deve ser visto como requisito fundamental e mais básico dos direitos humanos para um sistema jurídico moderno e isonômico que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos. Nos dizeres de Cappelletti e Garth: “A justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.” (2002. p.5)

O acesso efetivo à justiça vem sendo, já há algum tempo, aceito como um direito social básico nas sociedades modernas. No entanto, o conceito de efetividade é subjetivo. A efetividade perfeita poderia ser expressa como a completa igualdade de armas. Nesse sentido, Grinover e Calamandrei prelecionam:

Eis o novo significado social do princípio da igualdade processual, atuando mediante adequados institutos e por força do reconhecimento de poderes de iniciativa judicial que, como lembra Calamandrei, “podem colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente à mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos.” (1990, p. 11).

Ou ainda, conforme Cappelletti e Garth (2002. p.5), a efetividade perfeita seria “a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.”

Além disso, é necessário lembrar que essa isonomia total, perfeita e natural obviamente é utópica. As diferenças entre as partes não podem, por si só, ser completamente erradicadas. Daí a necessidade de intervenção. Ademais, faz-se mister perceber o fortalecimento das análises acerca da eficiência do sistema processual.

Podemos compreender melhor o conceito de eficiência do acesso à jurisdição utilizando a explicação de (Taruffo, 2008, p. 2). Para ele, eficiência por si mesma, é um conceito instrumental. Necessário então a definição do tipo de resultado que se pretende com a prestação jurisdicional: formal ou material. Ao optarmos por uma solução formal dos conflitos estamos entendendo que a prestação jurisdicional é eficiente quando a sua conclusão se dá de modo rápido e barato.

Nesses moldes, uma decisão injusta, ou até mesmo ilegal pode ser considerada eficiente, contanto que ponha fim à lide e seja rápida. Da mesma forma que o modelo de justiça das loterias de Rawls no qual “lançar uma moeda ao ar é um modo extremamente rápido e barato de decidir o que quer que seja. Poderia inclusive ser justo, em termos de igualdade, posto que cada parte tenha 50% de probabilidade de ganhar”. (TARUFFO, 2008, p. 2)

Mas, ao contrário, se entender que a solução correta, ou ainda, que a finalidade da jurisdição é sim resolver o conflito, mas de forma legítima, é porque se valorizaram resultados materiais, de quantidade e qualidade. Para tanto, deve haver o

comprometimento em garantir, a todos, acesso a uma jurisdição que favoreça os direitos fundamentais através do respeito aos princípios constitucionais democráticos.

Ou seja, não basta ao Estado realizar a jurisdição. É necessário assegurar uma adequada tutela jurisdicional. O Estado tem o dever de ofertar uma resposta legítima através do acesso à justiça a todos, garantindo às partes uma igualdade, não apenas formal, e não somente o mero ingresso em juízo. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo e a que custo.

1.1 Acesso à justiça e a proteção dos direitos fundamentais

A relação do acesso à justiça com a proteção aos direitos fundamentais decorre do fato de que a estrutura jurídica existente em determinado sistema pode negar o acesso dos cidadãos aos tribunais, impedindo-os de defender e reivindicar os seus direitos. Mas, como visto anteriormente, o acesso à justiça não se reduz apenas ao direito de acesso aos tribunais. Principalmente para a grande maioria da população, o acesso à justiça pode significar a diferença entre ter ou não os seus direitos fundamentais garantidos.

Nesse sentido, dada a sua importância vital, o acesso à justiça deve ser visto como grande aliado dos sistemas jurídicos, políticos e do Estado na implementação dos direitos fundamentais, principalmente no que respeita às ações coletivas, pelo seu caráter social e vínculo com a realização dos objetivos constitucionais. Além disso, no que respeita às ações coletivas, ainda resta o problema da incompatibilidade lógica do processo civil comum. Em nosso ordenamento jurídico, comumente é visto de forma equivocada. O processo coletivo deveria ser um direito autônomo, no entanto, ele é trabalhado como se estivesse inserido no processo civil comum. Isso implica em mais problemas em relação a sua eficiência, como veremos no item específico.

1.2 O acesso à justiça na Constituição Brasileira

O acesso à justiça, em nosso sistema jurídico, pode ser descrito no enunciado do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mas a existência de direitos por si só não é o bastante. Se não houver meios que assegurem a proteção e a reivindicação desses direitos perante o Estado por todos os indivíduos, sem distinções sociais ou econômicas, esses direitos não passam de falácia:

[...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5.º, XXXV, da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim, o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem econômica justa. (WATANABE, 1980)

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de direito de ação, constitui garantia de acesso à justiça, mesmo que contra o Estado. Disposto na Constituição Brasileira de 1988 com status de direito fundamental, o que garante às pessoas, poderem “postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito” junto ao Poder Judiciário. Desta feita, ninguém, nem o Judiciário, nem o Legislativo, pode impedir o jurisdicionado de propor uma ação em juízo. E isso não só em relação aos direitos individuais, como também, aos difusos e coletivos, que é o objeto da nossa pesquisa. (NERY JUNIOR, 2000. p. 96)

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais desenvolveram-se no tempo apresentando pelo menos três gerações ou dimensões. Essas gerações representaram o resultado dos movimentos constitucionais, das manifestações que visavam ao reconhecimento de determinados direitos fundamentais para o desenvolvimento da sociedade.

Piovesan relaciona os direitos fundamentais às gerações de direitos humanos:

A positivação dos direitos que hoje são alcunhados de fundamentais e que correspondem, de mais a mais, às gerações de direitos humanos deu-se, nas variadas Cartas Fundamentais, em correspondência ao transcurso da história da humanidade e efetivamente se perfectibilizou no ordenamento jurídico pátrio, com a proporção que hoje se concebe, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, como uma consequência histórica da transmutação dos direitos naturais universais em direitos positivos particulares, e, depois, em direitos positivos universais. (PIOVESAN, 2004. p. 124)

Importante ressaltar que, mesmo sendo divididas em gerações, as etapas dos direitos fundamentais não ocorreram de forma rigorosamente sucessiva, nem estanque. A concepção de geração não significa o abandono das conquistas, dos direitos anteriormente reconhecidos em prol dos direitos da geração subsequente. Pelo contrário, os direitos fundamentais de uma geração somam-se ao da geração seguinte. E mais que isso. Cada nova conquista implica numa releitura das gerações anteriores.

Os direitos fundamentais de primeira geração estão intrinsecamente ligados à liberdade. Conhecidos também como direitos naturais ou de resistência contra o Estado. Resultantes, principalmente da Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição dos Estados Unidos da América, eles se apresentaram como um contraponto ao governo absolutista existente na época.

Filósofos, juristas e intelectuais da época, sustentavam a ideia de que o indivíduo deveria ser plenamente livre. O Estado não deveria interferir na esfera econômica, privada do cidadão. Os direitos da primeira geração deixavam livre o indivíduo para estabelecer sua relação com outro indivíduo, com o Estado ou com pessoa jurídica de direito privado. Ou seja, o cidadão não poderia ter sua liberdade tolhida pelo Estado.

Todavia, no ápice do reconhecimento dos direitos de liberdade, passou-se a conhecer as liberdades negativas tendo o Estado de intervir para ver considerados os direitos da segunda geração, qual seja, a igualdade. O direito à saúde, por exemplo, configurou-se um elemento de transição do Estado Liberal para o Estado Social. Passa-se a cobrar do Estado não uma posição totalmente neutra, mas sim uma posição positivista a fim de assegurar a todos os cidadãos a liberdade.

Os direitos de segunda geração apresentam uma dimensão positiva. Não se trata mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas de garantir direitos contra o próprio Estado. O Estado passa a ter a responsabilidade de promover ações no sentido de propiciar condições mínimas de vida com dignidade, diminuindo as desigualdades sociais, protegendo aos mais fracos social, cultural e economicamente.

Posteriormente, com o final da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de reconhecer direitos de proteção da coletividade se tornou premente. Neste contexto é que se encontram os direitos de terceira geração. Essa fase de afirmação dos direitos

fundamentais é marcada pela ênfase no valor fraternidade. São os direitos difusos e coletivos. Abrangem os direitos relativos à paz, desenvolvimento, comunicação, solidariedade e segurança mundiais, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da Humanidade.¹

2.1 Direitos fundamentais no judiciário brasileiro

Uma importante e muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro teoria dos direitos fundamentais é a tese de Robert Alexy (2008). A ponderação, ou como também é conhecido, o princípio da proporcionalidade, é um dos métodos mais utilizados na prática jurídica brasileira da atualidade. Em síntese, esta teoria busca fundamentar as decisões partindo do respeito a regras procedimentais e tendo como pressuposto a impossibilidade uma argumentação racional baseada na generalização objetiva de princípios substanciais. Alexy defende que, através da criação prévia e observação prática de condições ideais, regras e procedimentos, a racionalidade dos discursos será alcançada.

Para tanto, este autor elaborou uma teoria normativa da argumentação formada por regras universalmente válidas, que deveriam ser aplicadas tanto nos discursos jurídicos quanto nos práticos. Essas regras estabelecem o procedimento segundo o qual uma argumentação deve seguir para ser considerada racional. Em outras palavras, a racionalidade dos discursos para Alexy está condicionada ao fiel cumprimento das regras por ele estabelecidas. (ALEXY, 2013)

Do mesmo modo, a racionalidade da decisão seria conferida pela satisfação das regras estabelecidas no procedimento. E, nos casos mais difíceis, casos em que a resposta necessariamente passa pelo crivo de juízo de valor, a racionalidade da decisão estaria no grau de controle de racionalidade empregado nela. Assim, a teoria de Alexy apresenta possíveis soluções para as questões complexas envolvidas na atividade decisória, da mesma forma que outras perspectivas teóricas. (ALEXY, 2008) No entanto, isso não significa que essa teoria não tenha problemas, seja em seu plano teórico, seja em sua aplicação prática, e, por isso, a sua utilização deve ser analisada de forma consistente, não automática.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro frequentemente adota a técnica da ponderação de valores de Alexy para solução de casos de colisão de direitos fundamentais. Nessa concepção, conforme argumenta o autor, não existe uma contradição propriamente entre os princípios. Para ele, os princípios são “mandados de otimização”, ou seja, os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas, realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes no caso. Os princípios então não possuem um conteúdo pré-estabelecido, admitindo, portanto, o cumprimento parcial. Para casos difíceis, de direitos fundamentais, que, segundo esta perspectiva, seria uma questão de colisão de princípios, ele estabeleceu um procedimento, denominado por ele de ponderação, que é realizado em etapas. (ALEXY, 2008)

A primeira etapa, após a definição que passa pelo filtro da separação entre regras e princípios, o que se segue é o denominado juízo de adequação, ou a máxima de adequação razoável, que pretende determinar se o meio utilizado em questão é correto,

¹ Parte da doutrina defende a existência de uma quarta geração de direitos que abarcaria os direitos à proteção do patrimônio genético do ser humano. Paulo Bonavides defende inclusive o direito à paz como direito de quinta geração.

se é adequado ou não para atingir os fins a que se destina, à satisfação das exigências do princípio em relação às exigências do outro princípio em colisão. (ALEXY, 2008)

Num segundo momento, é realizado o juízo de necessidade, ou a máxima da necessidade, que é analisar a possibilidade de otimização dos meios em relação aos fins, estabelecendo uma mediação, um meio termo, entre a completa satisfação de um princípio e o afastamento por completo do outro, numa tentativa de minimizar ao máximo grau de prejuízo do princípio violado. Se no caso concreto o juiz constatar que a forma proposta de realizar o princípio em detrimento do outro não é a única ou a mais plausível, ele pode propor outro meio e aqui está uma importante crítica à teoria de Alexy na medida em que, em assim agindo, o decisor está na verdade sendo ativista, decidindo sobre política pública, que, pelo respeito ao princípio democrático, é da competência do Executivo, por exemplo. (ALEXY, 2008)

A última etapa é a denominada proporcionalidade em sentido estrito, lei de colisão ou lei da ponderação, que impõe a regra de se ponderar entre as diversas soluções jurídicas possíveis para aquele caso em concreto, estabelecendo um juízo de precedência na aplicação de um princípio em detrimento de outro. (ALEXY, 2008) Nesta etapa, no juízo de ponderação realizado pelo juiz no caso concreto reside o problema do subjetivismo da decisão.

A teoria procedimentalista da argumentação jurídica proposta por Alexy busca fundamentar as decisões partindo do respeito a regras procedimentais, tendo como pressuposto a impossibilidade uma argumentação racional baseada na generalização objetiva de princípios substanciais. De modo geral, ele defende que, através da criação prévia e observação prática de condições ideais, regras e procedimentos, a racionalidade dos discursos será alcançada. Como crítica, a literatura jurídica aponta que a teoria de Alexy como uma visão utilitarista, pragmática, a aplicação dos princípios se dá com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto e na medida das possibilidades, buscando o custo-benefício que é determinado pelo juiz.

2.2 Os direitos fundamentais sociais e a tutela coletiva

Na medida em que as sociedades liberais cresceram em tamanho e complexidade, a concepção de direitos começou a sofrer uma transformação radical. A preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana, da cidadania e dos direitos sociais e coletivos resultou na inversão do viés privado para o público. O caráter coletivo das atividades e relacionamentos, gradativamente, avançou sobre o individual. As sociedades modernas se afastaram do aspecto estritamente individualista dos direitos, tornando-se cada vez mais complexas e plurais.

Movimentos como a “Publicização do Direito” e a “Constitucionalização” culminaram no reconhecimento da efetividade e garantia dos direitos e deveres sociais. A publicização do direito deve ser entendida como um processo de intervenção legislativa, fazendo com que o Estado se afigure como garantidor do equilíbrio da ordem privada. Já a constitucionalização é o deslocamento do eixo do sistema jurídico para a Constituição Federal, submetendo o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionais.

O reconhecimento do caráter efetivo desses novos direitos é, antes de tudo, “conditio sine qua non” para a realização material dos direitos individuais, de índole liberal, absenteísta.² Entre os direitos sociais tutelados pelas modernas Constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

² Como vimos no item anterior, essa divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões é um recurso didático que não deve ser entendido como rupturas sucessivas, mudanças de paradigma. Assim,

O caráter efetivo dos novos direitos, assim como dos individuais, envolve uma dimensão defensiva e outra prestacional. Podemos citar o direito social à saúde que, na perspectiva defensiva, comporta a obrigação de não adoção de qualquer comportamento com potencial para lesar ou ameaçar a saúde do titular. Mas, ao mesmo tempo, o direito à saúde importa deveres estatais comissivos, como o fornecimento de medicamentos gratuitos, caracterizando a sua dimensão prestacional.

Sarmento e Sarlet apresentam uma diferenciação na concepção dos direitos sociais. Ambos trazem os direitos sociais divididos em duas categorias: originários e derivados. Sendo que, para Sarmento:

Os direitos sociais originários são aqueles que permitem ao seu titular, com base apenas na Constituição, que exija alguma prestação material do Poder Público. Eles não carecem de mediação do legislador, já que a prestação positiva que lhes é correlata pode ser extraída diretamente da Constituição. O exemplo mais claro e incontroverso de direito desta espécie na ordem jurídica brasileira é o de acesso ao ensino fundamental gratuito (art. 208, inciso I e parágrafo 1 da CF). Já os direitos sociais derivados, conquanto muitas vezes positivados em sede constitucional, dependem de concretização legislativa para geração de direitos subjetivos positivos. (SARMENTO, 2006, p.302-303.)

Enquanto que, para Sarlet (2005, p.301), direitos originários seriam aqueles que a partir da Constituição Federal, e independente de qualquer mediação legislativa, reconhece um direito subjetivo a prestação, e os direitos derivados seriam aquelas posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo legislador.

O problema do reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sociais está exatamente nesta dimensão prestacional. Doutrinadores, amparados no texto constitucional, apontam o princípio da solidariedade como um importante instrumento para a questão.

O princípio constitucional da solidariedade ou da fraternidade, nos moldes do paradigma estatal democrático de direito, inscrito na Constituição Federativa do Brasil de 1988, pressupõe a relação de cooriginariedade entre a autonomia pública e privada. O princípio da solidariedade, descrito no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, torna-se importante mecanismo da horizontalização dos direitos sociais. Significando a responsabilização de todos os indivíduos em relação à comunidade, e, principalmente, em relação aos economicamente mais necessitados.

Habermas idealizou um sistema de direitos fundamentais básicos que funcionam como condição e possibilidade de participação dos indivíduos nesse processo de elaboração legislativa em cinco categorias distintas: os direitos e iguais liberdades subjetivas; os direitos que resultam do status de membro de uma associação voluntária; os direitos a igual proteção legal; os direitos políticos de participação; e os direitos de bem-estar e segurança sociais que tornam possível a utilização dos demais direitos. (HABERMAS, 1997)

Esse núcleo de direitos representa uma condição de existência da participação em qualquer tipo de discurso válido dentro de uma ordem jurídica que se pretenda democrática. Esses direitos informam a própria relação de cooriginariedade entre a autonomia pública e a soberania popular. (HABERMAS, 1997) Nesses moldes,

os direitos de uma geração são acrescentados aos direitos da geração anterior, o que implica em uma necessária releitura dos direitos já conquistados.

qualquer lesão a um direito individual importa em aviltamento não só do indivíduo, mas de toda sociedade e vice-versa.

De acordo com Sarmiento:

[...] a solidariedade implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível do todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um lócus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais. É em razão da solidariedade que faz sentido a máxima de que ‘a injustiça em qualquer lugar é uma ameaça para a justiça em todos os lugares’, proclamada por Martin Luther King, na belíssima carta que escreveu na prisão de Birmingham. (SARMENTO, 2006, p. 296)

No entanto, entendemos importante ressaltar que essa responsabilidade social, o exercício da cidadania ativa, não exclui o papel do Estado de oferecer aos indivíduos o acesso à jurisdição qualitativo, nos moldes do Estado Democrático de Direito, e implementar políticas públicas com a finalidade de atingir seus objetivos fundamentais³.

Em relação ao papel da cidadania ativa, pode-se entender o conceito de cidadania não somente como uma mera participação, mas como inclusão e responsabilização do sujeito pelo destino social e político da sociedade:

[...] é possível chegar a uma aproximação conceitual da cidadania como sendo a dimensão de participação/inclusão na responsabilidade pela vida social e política (espaço público local, regional, nacional, global, etc.), e através da qual a reivindicação, o exercício e a proteção de direitos, deveres e necessidades se exterioriza enquanto processo histórico de luta pela emancipação humana, ambigualmente tensionado pela regulação social. (PEREIRA DE ANDRADE, 1993, p.77).

O enunciado do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Todavia, sabe-se que a existência, o reconhecimento de direitos por si só nem sempre é o bastante. Se não houver meios que assegurem a proteção e a reivindicação desses direitos perante o Estado por todos os indivíduos, sem distinções sociais ou econômicas, esses direitos não passam de falácia.

O acesso à justiça qualitativo é a garantia de uma resposta democraticamente legítima, construída com base nos ditames constitucionais, dos princípios processuais constitucionais em sua dimensão dinâmica e no debate técnico levado a cabo durante o processo por um juiz competente, atuando de forma participativa. (NUNES, 2008).

Ou seja, além da construção de uma sociedade solidária, com responsabilidade social e exerce ativamente a sua cidadania, o Estado Democrático de Direito, através de políticas públicas e da jurisdição qualitativa, deve promover a igualdade para que a sociedade também seja livre e justa.

³ O artigo 3º da Constituição Federal dispõe: “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

2.3 A efetividade dos direitos fundamentais sociais

Apesar de contarmos vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição Federal Brasileira, a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais, ainda hoje, divide a doutrina pátria. Algumas correntes se formaram sobre essa temática. Em síntese, podemos citar quatro. A primeira delas nega eficácia dos direitos sociais. Conforme o entendimento dessa parcela da doutrina, a implementação desses direitos seria necessariamente dependente da atuação legislativa. (THEODORO JÚNIOR, 2008)

Em segundo, existem entendimentos que afirmam a total aplicabilidade dos direitos sociais, da mesma forma que os direitos fundamentais de defesa. Para essa corrente, o artigo 5º, parágrafo 1º e o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, autorizam o Poder Judiciário a suprir a lacuna da ausência da atividade legislativa.

Existe uma terceira corrente, que estaria em uma posição intermediária em relação ao entendimento das correntes anteriores. Essa corrente reconhece eficácia imediata ao denominado mínimo existencial⁴.

Uma quarta corrente sustenta a possibilidade de tutela judicial de um direito social prestacional, independente da atuação legislativa. Mas condiciona essa aplicação a uma ponderação entre o direito social em questão, os princípios constitucionais do Estado democrático de direito, notadamente, o da separação de poderes.

De nossa parte, entendemos que a eficácia normativa dos princípios constitucionais, notadamente o princípio do acesso à justiça, bem como a eficácia plena dos direitos fundamentais, conferiu ao Poder Judiciário concomitantemente uma competência legítima e inafastável para atuar como verdadeiro garantidor dos Direitos Fundamentais.

Assim, ninguém, nem o Judiciário, nem o Legislativo, pode impedir o jurisdicionado de propor uma ação em juízo. Vale ressaltar que, como ensina Nelson Nery Júnior, esse entendimento diz respeito não só em relação aos direitos individuais, mas também, aos difusos e coletivos. (NERY JUNIOR, 2000)

A Constituição de 1988 optou pela inserção explícita de um conjunto de Direitos Fundamentais dotados de eficácia plena, inclusive os sociais. Nos dizeres de Salles:

⁴ No Brasil, o mínimo existencial é tratado por Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Paula de Barcelos, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, dentre outros. Em Torres, o mínimo existencial não é mensurável, não possuindo conteúdo específico, abrangendo qualquer direito: tributário, financeiro, previdenciário, civil, penal ou internacional, em seu núcleo essencial, sendo certo que sob o ponto de vista do direito objetivo ele é pré-constitucional, não se encontrando explicitado no discurso da Constituição, mas implícito, consistindo verdadeiro direito fundamental sob a ótica liberal e social, integrando o conceito de cidadania. Esse autor considera o mínimo existencial, conteúdo essencial dos direitos fundamentais, núcleo intocável e irrestringível, limitando a atuação dos poderes estatais, impregnado de valores e princípios, embora com valores e princípios não se confunda, já que não possui generalidade e abstração, sendo insuscetível de sopesamento ou ponderação e de valor “prima facie”, podendo traduzir-se em regra jurídica para sua própria garantia. O mínimo existencial, portanto, abrangeria os direitos fundamentais de primeira dimensão ou direitos individuais, do artigo 5.º da Constituição, e nos textos internacionais e os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana e que se transformam em condições para adquirir a liberdade, não abrangendo, entretanto, os direitos sociais elencados nos artigos 6.º e 7.º da Constituição Brasileira e em outros documentos internacionais que não sejam tocados pelos interesses fundamentais, permanecendo como direitos não fundamentais para o autor, na seara estranha ao denominado mínimo existencial. (TORRES, 1999).

A prestação jurisdicional pretendida nessa modalidade de ação tem como objeto o cumprimento dos objetivos sociais contidos nos textos legais ou decorrentes dos princípios constitucionais. Nessa medida, a tutela jurisdicional pode dirigir-se tanto à implementação direta daqueles objetivos, exigindo de particulares o cumprimento de determinadas posturas legais, ou como o próprio Estado, para que atenda a obrigações legais de realizar determinada providência ou de exercer seu poder de polícia, levando em conta, inclusive, a possibilidade de agências ou órgãos públicos haver sido “capturados” ou “cooptados” por interesses puramente privados. Neste último caso, o processo judicial se presta a suprir deficiências do processo político. (SALLES, 2003)

Aqui é oportuno salientar que, no Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário não cabe o papel de sobreposição, de maneira absoluta, em detrimento aos demais Poderes. Nesse sentido, ensinam Nunes e Bahia:

Tal fato, entretanto, se mostra problemático e, ainda que possa ser uma necessidade para casos emergenciais, não pode ser tido como uma opção de longo prazo. Pretensões a direito devem passar pela arena pública de discussão e formação da vontade pública institucionalizada (Parlamentos), lugar onde os mais variados temas podem ser debatidos por partidos políticos de diferentes ideologias. Casos urgentes podem (e devem) receber “proteção” do Judiciário, mas haverá uma confusão entre “questões de princípio” e “questões de política” se a arena representativa for relegada a segundo plano e o Judiciário transformado em promotor de políticas públicas. (BAHIA, NUNES, 2010).

De fato, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, traz a ideia da separação de poderes, do sistema de freios e contrapesos, concebido com a finalidade de assegurar a liberdade dos indivíduos, garantir a eficiência e, ao mesmo tempo, controlar o poder do Estado.

Entretanto, esse sistema não pode ser lido de maneira rígida e estanque, como uma separação absoluta de funções, como na perspectiva liberal de Estado, em que o Estado deve se abster de interferir na esfera privada do cidadão. Mas também não pode ser simplesmente desrespeitado. Pode se dizer então que o sistema de separação de funções deve funcionar de maneira dinâmica, em conjunto, complementarmente entre si e equilibradamente. Até porque, no Estado Democrático de Direito os ideais das matrizes liberal e social devem necessariamente conviver de forma harmônica.

Importante entender que negar a legitimidade da atuação jurisdicional de “per si”, retirar o efeito da eficácia plena dos direitos fundamentais sociais ou condicioná-lo à atividade legislativa causaria inúmeros e sérios prejuízos à sociedade, principalmente em relação ao direito das minorias.

A jurisdição exerce um importante papel na defesa dos direitos das minorias. O caráter majoritário das leis é o resultado de escolhas políticas fundadas na Democracia, como vontade da maioria, da soberania popular.⁵ Por outro lado, a Constituição representa a defesa das minorias contra a maioria atual. Nesse sentido, a Jurisdição atua como instrumento de proteção e garantia dos direitos das minorias, exercendo um papel contramajoritário, como resposta aos ditames constitucionais dos princípios, dos direitos fundamentais individuais e do caráter plural da sociedade.

⁵ Aqui se faz uma importante ressalva: não existe garantia de permanência no espaço majoritário. São situações eventuais, mutáveis, como pressuposto do respeito à igualdade e liberdade constitucionais. Por esse motivo, as minorias devem ser dotadas de mecanismos de defesa, através do Judiciário, para evitar o descumprimento da Constituição. Caso contrário, a própria democracia pode ser transformada em ditadura da maioria.

Em consonância com o que procuramos demonstrar, a atuação da jurisdição como garantidora dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito é necessária. No entanto, entendemos que essa atuação deve se coadunar com os limites dispostos na Constituição. O Modelo de Processo Constitucional Democrático⁶, que se preocupa com a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais através da utilização de forma harmônica em conjunto de todos os Princípios Constitucionais pode trazer interessantes elementos para essa análise.

Nesse sentido, quando o judiciário é chamado a decidir sobre políticas públicas que envolvam implementação de direitos fundamentais, o Princípio do Contraditório⁷, em conjunto com os demais Princípios Constitucionais Processuais, pode ser um elemento essencial para garantir a legitimidade das decisões judiciais e a efetivação do sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS

A dimensão social de novos interesses como meio ambiente, saúde, segurança coletiva, valores históricos e culturais, relações de consumo, entre outros, fez com que o Estado criasse mecanismos processuais capazes garantir a proteção. Isso porque, reconhecer esses direitos sem a previsão de instrumentos garantidores e eficientes esvaziaria o conteúdo desses direitos, tornando-os meramente formais.

A primeira ação coletiva documentada ocorreu em 1199, na Inglaterra, proposta por um pároco, que reivindicava o direito sobre oferendas e serviços diários (MENDES, 2008, p. 38.). No entanto, a grande maioria da literatura jurídica considera as *class actions* do direito norte-americano, como responsáveis pela elaboração doutrinária, legal e jurisprudencial das ações coletivas. O objetivo dessa modalidade processual é permitir que demandas propostas em favor de um grande número de indivíduos sejam levadas ao tribunal reunidas em uma só ação. O interesse comum entre as partes tem o condão de unificá-las, facilitando assim o manuseio do processo e a responsabilização de forma coletiva da parte passiva. (MANCUSO, 2007, p.28.)

Na Itália, Mauro Cappelletti demonstrou no congresso de 1974 a importância desses direitos para além dos individuais, ou seja, transindividuais, que foi posteriormente publicado em forma de coletânea denominada *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, em 1976, pela Universidade de Pavia. Em 1979, Vincenzo Vigoriti desenvolveu o tema trazido pelo Professor Cappelletti e publicou a obra *Interessi Collettivi e Processo: La legittimazione ad agire*. Esse trabalho teve sua importância reconhecida mundialmente. (MENDES, 2008, p.38)

⁶ Após o constitucionalismo do século XX, movimento de Constitucionalização do Direito, o processo deixa de ser visto como apenas instrumento técnico, um obstáculo, como uma sucessão formal de atos necessários para a formação das decisões. A partir de então, o modelo de processo ganha uma conotação de garantia e de garantidor dos direitos fundamentais; delineado por uma leitura dinâmica dos princípios constitucionais processuais democráticos. Conforme Nunes, o processo passa a ser visto como um mecanismo garantidor, como “espaço público e discursivo de problematização e formação de todos os provimentos”. (NUNES, 2009).

⁷ Assim como os demais princípios constitucionais processuais, no modelo processual constitucional democrático, o Contraditório deve ser aplicado em sua perspectiva dinâmica, não apenas significando o respeito à bilateralidade da audiência e da paridade de armas, mas garantindo que a decisão judicial seja uma construção policêntrica e compartilhada, como ensina Nunes. Em outros termos, o Contraditório garante que a decisão judicial seja legítima e democrática, na medida em que impõe a necessidade da promoção do debate técnico e vinculante entre todas as partes, como requisito para validade da decisão. Assim, nesse modelo de processo, o papel do juiz é forte, mas ele atua de maneira compartilhada, como um terceiro, sem hierarquia. (NUNES, 2008).

Portugal, em sede constitucional, criou a Ação Popular, no art. 52 n. 3. Esse instrumento foi posteriormente considerado inexecutável por falta de regulamentação, o que foi resolvido com a Lei 83 de 1995, mais especificamente, com a leitura do dispositivo constitucional combinada e do art. 1º n. 2 da Lei. A partir de então, a Ação Popular pode ser utilizada para a persecução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, solidificado o acesso transindividual à justiça (MENDES, 2008, p. 136). A ação popular de Portugal é considerada exemplo de tutela coletiva, pela inovação em tratar a matéria em sede constitucional e infraconstitucional.

Na França, “conquanto não existam ações de classe do modelo anglo-americano, é admitida a ação civil (*action civile*), limitada a legitimação ativa às associações de defesa de tais interesses”. (CARVALHO FILHO, 2009, p.4.)

Já na Espanha, ainda que não haja previsão constitucional sobre ações de caráter coletivo, na ordem infraconstitucional há a lei nº 20/1984, denominada *Ley General de La Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDU), referente às associações ou grupos com representatividade de seus membros. Em 2000, o novo Código de Processo Civil da Espanha trouxe um grande avanço ao dispor sobre capacidade das associações e grupos de consumidores para serem partes, legitimação, sentença e execução da coisa julgada coletiva. (OLIVEIRA, 2012)

A partir da década de 1990, na Argentina, a defesa dos interesses coletivos foi prevista na esfera jurisdicional, nas províncias e no âmbito federal. Em 1994 foi introduzido o denominado “Amparo Coletivo”, pelo artigo 43 da Constituição, que foi considerado pela doutrina como o “instrumento mais importante para a defesa dos interesses coletivos daquele país”. (OLIVEIRA, 2012)

Voltemos nosso estudo para nosso direito pátrio, com uma descrição breve do histórico das ações coletivas brasileiras.

3.1 Breve histórico das ações coletivas no Brasil

A Constituição Federal inseriu em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais. E o Capítulo II, destinado aos Direitos Sociais, em seu artigo 6º, dispõe sobre os Direitos Sociais à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados. A finalidade da disposição constitucional é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos como meio de implementação da materialização da igualdade social. Vale ressaltar que a tutela judicial de direitos coletivos no Brasil já era exercida mesmo antes da Constituição de 1988, e que, por seu intermédio, qualquer cidadão tem legitimidade para pleitear em juízo contra atos ilícitos de autoridade pública, lesivos ao patrimônio público.⁸

A Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, a denominada Ação Popular, teve seu objeto ampliado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIII, que prevê além da defesa do patrimônio público, a garantia da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural e a proteção ao meio ambiente. O artigo 5º da

⁸ Constituição Federal de 16 de Julho de 1934. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição Da República dos Estados Unidos do Brasil. Título III. Da Declaração de Direitos. Capítulo II. Dos Direitos e das Garantias Individuais [...] Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

Constituição Federal, inciso LXX, também prevê a possibilidade de impetração do Mandado de Segurança por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação desde que seja legalmente constituída e esteja em funcionamento há pelo menos um ano. Dessa forma, os interesses comuns de um grupo passaram a ser tratados em um único Mandado de Segurança Coletivo.

Na esfera infra-constitucional, a Lei Complementar 40 de 1981, conhecida como Lei Orgânica do Ministério Público, em seu art. 3º, previa uma espécie de Ação Civil Pública como uma das funções institucionais do órgão. Em 1981, a Lei 6.938, amparada pela Lei Complementar 40, ampliou a atuação do Ministério Público em sede de espécie de Ação Civil Pública para a tutela jurisdicional do meio ambiente. No entanto, somente com a instituição da ação civil pública por meio da Lei nº 7.347, de 1985, ocorreu a ampliação da tutela jurisdicional com a introdução das ações coletivas no direito processual brasileiro. Isso porque a crescente demanda para a solução de conflitos coletivos relativos aos contratos de massa, bem como o crescente aumento da população urbana e as relações sociais entre partes cada vez mais desiguais, necessitava de um mecanismo de tutela mais eficaz. Nesse contexto de necessidade, a Lei 7.347, a Lei da Ação Civil Pública foi instituída para a defesa dos interesses coletivos e difusos. A partir de então, os direitos coletivos ou difusos deixou de ser exercido somente pelos agentes do Poder Público. Além disso, a defesa coletiva tornou-se possível contra qualquer pessoa que ofendesse interesses coletivos ou difusos, independentemente de ser administrador público ou particular. (BENASSI, 2009)

4 A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

O termo eficiência já foi conceituado como o melhor exercício das missões de interesse público e coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico com os menores gastos, custos e desgastes possíveis, tanto para o Estado, quanto para as garantias e os direitos dos jurisdicionados. (RODRIGUES, 2012)

Mas, argumenta-se que, eficiência, ao menos no contexto do Estado Democrático de Direito, não pode ser reduzida a critérios numéricos, de quantidade. Todavia, na atualidade, ainda percebe-se no discurso de boa parcela dos estudiosos do sistema processual uma maior preocupação com as questões de sua eficiência quantitativa do que com as referentes à legitimidade do mesmo.

Apesar de não podermos nos esquecer de que ambas as questões são nuances importantíssimas para a temática processual, quando se busca a aplicação do direito a partir de uma perspectiva democrática e constitucional, uma vez que ambas são complementares e interdependentes, não se pode negar que as contingências existentes conduzem a uma maior preocupação com questões utilitaristas e de eficiência como nos moldes do paradigma do Estado Liberal. (NUNES; GOMES, 2010).

Mesmo ao se fazer pesquisas acerca do discurso dos processualistas e especialistas no âmbito comparatístico verifica-se uma preocupação análoga (TARUFFO, 2002, p. 76), no entanto, sem a ocorrência de um distanciamento com a busca de uma interpretação adequada a seus respectivos modelos constitucionais de processo. (ANDOLINA, VIGNERA, 1990). Até mesmo por ser inegável que a constitucionalização do direito brasileiro (e, no caso, particularmente do direito processual) somente se deu (efetivamente) a partir da Constituição de 1988; fenômeno que em boa parte dos países europeus se realizou após a Segunda Grande Guerra.

Em face da percepção da importância da eficiência, até mesmo por preocupações econômicas recorrentes, a primeira premissa que precisamos analisar é qual eficiência os sistemas processuais democráticos almejam.

Conforme preconiza (Taruffo, 2008, p.15 e ss), podemos buscar pelo menos dois tipos de eficiência no sistema processual. Uma primeira perspectiva de eficiência, nominada quantitativa, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância.

Uma segunda perspectiva de eficiência, que mais nos interessa nesse estudo, a qualitativa, seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes (TARUFFO, 2008, p.187-188) e democráticas para aplicação do direito. (NUNES; GOMES, 2010).

Como o próprio Taruffo explicita, ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para busca de uma decisão “justa” (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos processuais. Tal situação, nesses termos, costuma impor a escolha de uma das faces da eficiência e à exclusão da outra por completo. (TARUFFO, 2008, p.188).

Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais, mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”. (NUNES; GOMES, 2010).

Ao se adotar a segunda perspectiva de eficiência, combinar-se-á a preocupação com a celeridade, os custos e com a qualidade das decisões. Desta feita, um processo é considerado eficiente quando não somente resolve a situação litigiosa em tempo razoável e custos reduzidos, mas também quando a decisão é fundamentada adequadamente:

Para poder ser correta, uma decisão deve fundamentar-se em uma apresentação adequada, completa e justa dos aspectos jurídicos das alegações de ambas as partes, assim como em uma interpretação exata, completa e possivelmente verdadeira dos fatos, baseada em um exame justo das provas. (TARUFFO, 2008, p.3) (tradução livre)⁹.

O tratamento da eficiência processual no campo civil como resolução pura dos conflitos tem fomentado reformas processuais com a finalidade de aceleração do *iter* processual por meio da supressão de alguns atos processuais. Vale dizer que a busca pela “celeridade a qualquer preço” e sua quase incompatibilidade com uma cognição plena e exauriente, dá ensejo ao aumento de pronunciamentos jurisdicionais sumários, de legitimidade questionada. Outro argumento comumente utilizado é o de que a preocupação com a redução de custos também contribui para a aceleração processual porque o processo consome recursos públicos (sempre insuficientes para atender a todas

⁹ Em original: “*Para poder ser ecuánime, una decisión debe fundamentarse sobre la presentación adecuada, completa y justa que de los aspectos jurídicos de las alegaciones realizan ambas partes, así como en una decisión debe fundamentarse sobre la presentación adecuada, completa y justa que de los aspectos jurídicos de las alegaciones realizan ambas partes, así como en una resolución certera, completa y posiblemente veraz sobre los hechos, basada en un examen justo de las pruebas.*”

as demandas); logo, quanto mais rápido se der a solução, menores os gastos. (NUNES, BAHIA, 2008, p.80).

No entanto, todos esses argumentos caem por terra quando se faz a análise da questão da eficiência sob a ótica da qualidade das sentenças judiciais ofertadas e se busca a resolução dos conflitos mediante decisões corretas:

Uma decisão construída sem debate, um processo mal instruído, em que não houve colocação clara [...] dos pontos controversos, é fonte geradora de um sem-número de recursos [...], o que, certamente não auxilia na obtenção de uma razoável duração do processo. (NUNES, BAHIA, 2008, p.81).

Além dessa discussão, necessário que se pontue a questão da eficiência sob a ótica das ações coletivas. O ideal seria que se aprovasse um Código de Processo Coletivo, o que a doutrina já vem argumentando há muito tempo. No caso Brasileiro o que falta é vontade política, porque técnica e respaldo jurídico para tanto há inclusive de sobra. As Escolas de Direito não estão preocupadas em formar bacharéis aptos para lidarem com o processo coletivo. A utilização dessa modalidade processual ainda não foi “descoberta” pela nossa prática forense, infelizmente. Com isso, perde-se um instrumento importantíssimo de implementação de direitos sociais, principalmente os prestacionais, como vimos anteriormente, de uma forma adequada e legítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado no texto apresentado, na atualidade, percebe-se no discurso de boa parcela dos estudiosos do sistema processual uma maior preocupação com as questões de sua eficiência do que com as referentes à legitimidade do mesmo. E, apesar de não podermos nos esquecer de que ambas as questões são nuances importantíssimas para a temática processual, quando se busca a aplicação do direito a partir de uma perspectiva democrática e constitucional, uma vez que ambas são complementares e interdependentes, não se pode negar que as contingências existentes conduzem a uma maior preocupação com questões utilitaristas e de eficiência como nos moldes do paradigma do Estado Liberal.

O conceito de direitos humanos transformou-se na medida em que os paradigmas da sociedade do estado liberal alteraram-se em tamanho e complexidade. Deste movimento, direitos e deveres sociais de governos, comunidades, associações e indivíduos passaram a ser reconhecidos.

Outro fator importante a ser considerado para a eficiência da justiça é o seu acesso. Como bem demonstrado, o acesso à justiça, em um sentido estrito, está relacionado com o acesso aos tribunais e, em uma conotação mais ampla, supõe acesso à ordem política e aos benefícios decorrentes do desenvolvimento social e econômico do Estado. Neste contexto, apresenta-se a eficiência do processo coletivo que, consegue agregar o acesso à justiça de qualidade, reduzindo a demanda do poder judiciário sobrecarregado, desafogando a máquina jurisdicional do processo comum civil.

Desta forma, o acesso à justiça deve ser visto como requisito fundamental dos direitos humanos para um sistema jurídico moderno que visa garantir o direito de todos. Todavia, importante destacar que a efetividade para esse acesso deve ser analisada com cautela, pois, o conceito de efetividade é subjetivo entendendo alguns como a completa igualdade de armas e outros como a garantia de méritos jurídicos. Com isso, imprescindível perceber o fortalecimento das análises acerca da eficiência do sistema processual não bastando ao Estado realizar a jurisdição, sendo necessário assegurar uma adequada tutela jurisdicional.

O ponto de contato entre o acesso a justiça com a proteção dos direitos fundamentais reside, principalmente, no fato de que a estrutura jurídica existente em determinado sistema pode negar o acesso dos cidadãos aos tribunais, dificultando ou, em grau maior, impedindo-o de defender e reivindicar seus direitos. Destaca-se que é vital assegurar tal acesso, pois, para grande parcela da população, recorrer-se ao judiciário é a única forma de garantir seus direitos fundamentais.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro vigente, o acesso à justiça encontra-se amparado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, não podendo, desta feita, nem Judiciário, nem Legislativo impedir o jurisdicionado de propor uma ação em juízo, frisando-se que esta premissa vale não só para tutelas individuais, mas também, para direitos difusos e coletivos. Além deste dispositivo, a Constituição traz no seu art. 6º direitos sociais que buscam a proteção à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados.

Diante disso, as ações coletivas podem trazer maior eficiência nas missões de interesse público e coletivo para que cumpram a proteção aos direitos de todos. No entanto, somente o acesso à justiça qualitativo é a garantia de uma resposta democraticamente legítima, onde o Estado Democrático de Direito, deve através de políticas públicas e da jurisdição qualitativa, promover a igualdade para a construção de uma sociedade solidária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da Democracia Representativa – Infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 100, p. 57-84, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/109>>. Acesso em: dez. 2013.

BENASSI, Marcos Antonio. *Ações coletivas: panorama histórico e a ação civil pública como instrumento de economia processual e acesso à justiça*. 2009. Disponível em: <<http://protocolojuridico.com.br/artigos-a-articulas/marcos-benassi/2856-acoes-coletivas-panorama-historico-e-a-acao-civil-publica-como-instrumento-de-economia-processual-e-acesso-a-justica?showall=&limitstart=>>. Acesso em: dez. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Renata Nascimento; PRADO, Débora Borges. *Efetividade dos Direitos Fundamentais e Jurisdição: uma breve análise da utilização do sistema de cotas na defesa dos direitos das minorias na realidade brasileira pós 1988*. In: BEGALLI, Ana Sílvia Marcatto. *Estudos de Direito Latino Americano*. São Paulo: Lexia, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

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

NUNES, Dierle José Coelho. *Por um processo jurisdicional democrático*. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Por um novo paradigma processual*. Revista da Faculdade Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; GOMES, Renata Nascimento. *A Fase Preliminar da Cognição e sua Insuficiência no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 de um Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OKOGBULE, Nlerum S. *O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas*. *SUR – Revista Internacional De Direitos Humanos*. São Paulo, v.2 n.3 p. 102, 2005. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 28 mar. 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. *As ações coletivas no Direito Brasileiro*. 2012. Disponível em: <<http://www.oabuberaba.org.br/artigos>>. Acesso em: dez. 2013.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos*. Editora Acadêmica. São Paulo: 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

RODRIGUES, Eduardo Azevedo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SALLES, Carlos de Alberto. (Org.). *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento da defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TARUFFO, Michele. *Il processo civile di civil law i di common law: aspetti fondamentali*. Sui confini: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. 2008. Disponível em: <<http://abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>> Acesso em 06 abr.2013.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro)*. São Paulo: RT, 1980.