



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARIA SUELY QUEIROGA DA SILVA

A BUSCA PELA EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO  
JURISDICIONAL E AS INOVAÇÕES PROCESSUAIS

SOUSA - PB  
2006

MARIA SUELY QUEIROGA DA SILVA

A BUSCA PELA EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO  
JURISDICIONAL E AS INOVAÇÕES PROCESSUAIS

Monografia apresentada a Coordenação de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Maria Marques Moreira Vieira.


SOUSA - PB  
2006


MARIA SUELY QUEIROGA DA SILVA

A BUSCA PELA EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E AS  
INOVAÇÕES PROCESSUAIS.

BANCA EXAMINADORA:

  
\_\_\_\_\_  
Maria Marques Moreira Vieira – Orientadora Nota: \_\_\_\_\_

  
\_\_\_\_\_  
Prof.....Nota: \_\_\_\_\_

  
\_\_\_\_\_  
Prof.....Nota: \_\_\_\_\_

Sousa – PB  
Março/2006

A meus familiares, que sempre me destinaram todo estímulo e apoio possível, não só para realização dessa especialização, mas ao longo de toda minha trajetória estudantil, dedico o presente trabalho como prova de minha gratidão sincera.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por sempre está ao meu lado em todos os instantes de minha vida. Sem a proteção e inspiração deste ser onipotente com certeza não teria chegado ao êxito alcançado com a realização deste trabalho, pois somente este ser, na imensidão de sua sabedoria, é capaz de dar a força que necessitamos para caminhar e atingir as metas delineadas.

A todos que contribuíram para a feliz realização deste trabalho. Em especial, a minha orientadora Gracinha, uma profissional dedicada e capaz que com alegria e satisfação me acolheu como orientanda. Minha gratidão por tudo que fizeste por mim enquanto pessoa e na vida acadêmica.

Ao meu irmão Robervaldo, que jamais mediu esforços para me auxiliar, não só na realização deste trabalho, mas no decorrer de toda a minha existência.

Enfim, aos professores e funcionários do Curso de Especialização, pela atenção que me foi destinada ao longo da realização do curso. Essa vitória também pertence a todos vocês.

A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

Rui Barbosa

## RESUMO

Uma reflexão sobre as inserções de novos comandos normativos no sistema processual civil brasileiro e a questão da efetividade na tutela do direito ao cidadão, por parte do Estado, no exercício da jurisdição; uma análise sobre o que as mudanças implementadas na legislação processual civil, no último decênio, podem oferecer de avanços em termos de efetividade do processo; uma explicação sobre o que ainda impede o acesso do cidadão a uma justiça efetivamente justa. Isso é o que se pretende com o presente trabalho, que, se propõe a estabelecer um paralelo entre o que pensa a nova, mas avançada ciência processual, quando define o que deve ser o processo civil na sociedade contemporânea, onde o direito se distancia cada vez mais do campo do individualismo e busca se socializar e o que representam as novas normas processuais em termos de avanço nesse contexto. Isto é o que é objeto de comentários no presente trabalho, onde, contudo, não se perderá a consciência de que não será num toque de magia que se encontrará a adequada solução para que o Estado-jurisdição se desafogue dos imensos estoques de processos existentes nas varas judiciais desafiando a sua obrigação constitucional de realizar a justiça com a efetiva tutela do direito, cuja eficácia reclama a solução dos litígios em tempo hábil e de forma segura.

**Palavras-chave: Processo Civil. Direito. Efetiva Tutela**

## ABSTRACT

A reflection about the inserts of new normative commands in the Brazilian civil processual system and the subject of the effectiveness in it tutors it of the right to the citizen, on the part of the State, in the exercise of the jurisdiction; an analysis on the one that the changes implemented in the civil processual legislation, in the last decade, he/she can offer in terms of effectiveness of the process of progresses; an explanation on what still impedes the access of the citizen to a justice indeed just. That is what is intended with the present work, that, he/she intends to establish a parallel one among what he/she thinks the new, but advanced processual science when it defines what should be the civil process in the contemporary society, where the right goes away more and more of the field of the individualism and it is looked for to socialize and what represents the new norms of processual right in progress terms in that context. That is that is object of comments in the present work, where, however, he/she won't get lost the conscience of it won't be in a magic touch that will meet the appropriate solution so that the state jurisdiction opens your heart of the immense stocks of existent processes in the judicial sticks challenging its constitutional obligation of accomplishing the justice with the effective it tutors of the right, whose effectiveness claims the solution of the litigations in skilled time and in a safe way.

**Key-words: Civil Process. Right. Tutors Effective**



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 A QUESTÃO DA EFETIVIDADE	14
CAPÍTULO 2 O ACESSO À JUSTIÇA	17
2.1 Ondas que traduzem o acesso à justiça	25
2.1.1 Garantia de justiça para os pobres	26
2.1.2 Efetividade da tutela dos interesses difusos e coletivos	27
2.1.3 Concepção mais ampla da eficácia da lei processual para o acesso à justiça sem vínculos maiores para o formalismo	42
CAPÍTULO 3 AS INOVAÇÕES PROCESSUAIS	44
3.1 As Mudanças no Código de Processo Civil	44
3.1.1 O Procedimento Ordinário e a Tutela Antecipatória	45
3.1.2 A questão do acesso efetivo à justiça e o duplo grau de jurisdição	47
3.2 A instituição de novas formas procedimentais	50
3.3 A efetiva participação do Juiz no processo	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico buscará demonstrar os resultados alcançados através das pesquisas realizadas com o escopo de fazer uma abordagem acerca das transformações teóricas e práticas acontecidas no direito processual civil, um dos principais ramos do direito, bem como os efeitos produzidos por estas mudanças no exercício da prestação jurisdicional e nas demais formas de tutela de direitos, enfocando o tema proposto especificamente quanto à sua aplicabilidade e eficiência.

A escolha do tema se deu em virtude de vários motivos, dentre os quais um detém maior ênfase: sua relevância social e acadêmica. No âmbito acadêmico a realização do trabalho prestar-se-á à função de enriquecer as exposições legais, jurisprudenciais e, principalmente doutrinárias, feitas sobre o assunto, objeto da pesquisa realizada. No contexto social, o trabalho buscará desenvolver na consciência das pessoas descrentes, a crença na justiça, uma justiça que a cada dia busca se aparelhar e se desenvolver tendo em vista revitalizar-se a ponto de se tornar acessível a todos. Esse processo de revitalização será visto, de forma mais concreta, quando da análise de alguns dos institutos jurídicos, modernamente implantados com função primordial de aperfeiçoar essa tão apregoada justiça social.

Ao longo do presente trabalho ver-se-á que, mesmo em face às mutações sofridas pelo direito processual civil, a busca de tutela adequada e substancialmente justa é algo que continua instigando no ser humano grande preocupação, quando este está em face de uma contenda, de uma lide, principalmente nos dias atuais, haja vista a existência de um sistema jurisdicional enfraquecido e incapaz de atender com eficiência a demanda processual que o cerca.

E em razão disto, na busca de ampliar as possibilidades de acesso à justiça, foi consolidado no ordenamento jurídico brasileiro a presença de vários meios que proporcionasse a solução dos conflitos com eficiência. Dentre os quais pode-se citar a ação civil pública, o mandado de segurança, os juizados especiais, etc. A existência desses institutos, como teremos a oportunidade de analisar, é algo notório e, portanto, incontroverso. Porém, resta-nos, na qualidade de operadores da seara jurídica, analisarmos até que ponto esses institutos têm procurado se adequar às exigências da realidade moderna. Quais as vantagens implantadas, no âmbito da solução dos litígios, com a criação e aplicação dos modernos mecanismos. Até que ponto esses institutos são viáveis e eficientes na tutela de direitos e na concretização de uma justiça cidadã.

*Interpretar os sites q. a população não domina*

Todas as hipóteses acima delineadas serão atendidas no decorrer da exposição que se pretende realizar na presente monografia, cujas atividades de pesquisa foram realizadas em bibliotecas, especialmente na biblioteca setorial do Campus de Sousa/PB, através de consultas feitas aos *sites* jurídicos e de outras atividades que foram se apresentando possíveis de serem realizadas ao longo da ação investigativa.

Múltiplos foram os objetivos delineados para serem alcançados mediante a atividade investigativa, dentre os quais, pode-se afirmar que o presente trabalho buscará: demonstrar a importância dos modernos institutos que substanciam a evolução do sistema processual civil como meios propiciadores da solução de conflitos; analisar do ponto de vista legal e doutrinário os limites da eficiência jurídica dos multicitados institutos, facilitadores do acesso à justiça; esclarecer seu âmbito de aplicação; confrontar posições divergentes quanto a sua aplicabilidade e eficácia e apontar os fundamentos que substanciam a existência dos referidos institutos na sua função de solucionar conflitos, de modo a inseri-los no contexto revolucionário e renovador para qual foram criados.

É sabido que o desenvolvimento de um trabalho científico pressupõe a utilização de métodos para uma melhor aproximação e compreensão dos problemas enfrentados pelo pesquisador na sua atuação investigativa. Todo o estudo realizado na sua produção deve ser desenvolvido sob o manto de métodos constantes da metodologia do trabalho científico, eleitos por seu executor para serem utilizados no plano de pesquisa.

O presente trabalho, por centrar-se num objeto pouco instigador de um estudo prático, será conduzido tendo em vista a efetivação de uma pesquisa meramente teórica. E em decorrência disto, me restará, na qualidade de pesquisadora, explorar o maior número de registros escritos que estejam ao meu alcance, a fim de que, após a realização de uma leitura detalhada, tenha preparo suficiente para confrontar tais registros, contestar as teorias neles contidas e criar, na medida do possível, novas teorias acerca do tema especulado. Dessa forma, pode-se afirmar que a pesquisa se constituirá numa investigação meramente bibliográfica.

Assim sendo, para a efetivação dos resultados vislumbrados, será utilizado o método dialético-dedutivo, por meio do qual será realizada uma leitura ampla do material disponível referente ao tema. Em seguida, como produto desta leitura qual seja, “o conhecimento apreendido”, ficará registrado através da escrita, tendo em vista a concretização da finalidade prática da atividade especulativa, qual seja, a busca de enriquecimento legal, jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, não só da pesquisadora, mas do público acadêmico e, sem querer ser muito pretensiosa, da sociedade, que precisa resgatar um pouco sua credibilidade nos entes que compõem o mundo jurídico.

Quanto ao conteúdo esboçado ao longo desse ensaio monográfico, inicialmente situa o leitor num contexto histórico atual e bastante vivenciado por todos, a realidade jurídica em que se vive, deixando claro que hoje, mais do que nunca, está-se em face de uma sociedade cuja consciência de cidadania ganha, a cada dia, contornos maiores e com ela a exigência de

que o Estado se aparelhe dos mecanismos necessários a garantir os direitos que as pessoas, de forma cada vez mais crescente, estão reivindicando para ver garantida a sua efetiva condição de cidadão.

Essa exigência, que alcança todas as esferas do poder estatal, se torna bem mais acentuada quando relacionada com a busca do poder jurisdicional, uma das esferas desse poder, que, indubitavelmente, deve acontecer, do ponto de vista prático, de forma efetiva e célere, vez que a sociedade globalizada e massificada, há muito, reclama por mudanças no exercício da prestação jurisdicional.

Não se pode conceber que, nesta fase dos acontecimentos sociais, quando a sociedade já conhece os direitos de terceira geração (direitos sociais) e, inclusive, começa a aspirar a possibilidade de alcançar o direito à fraternidade e a paz (direitos de quarta geração), se tenha um ordenamento jurídico que proclame o direito e não tenha mecanismos hábeis a garanti-los.

O grau de cidadania socialmente alcançado, não permite mais que o Estado enquanto titular do poder jurisdicional não disponha dos mecanismos que propiciem a sociedade efetiva tutela dos direitos, com uma atuação jurisdicional eficiente aos seus cidadãos.

Todas as afirmações supra, frise-se, substanciam as razões que nortearão a feitura deste trabalho monográfico, que, no seu primeiro capítulo trará uma abordagem acerca da efetividade enquanto atributo do direito, que tem sido, do ponto de vista prático, muito questionada. Sabe-se que uma preocupação que domina o pensamento dos cientistas processuais brasileiros e dos operadores do direito está relacionada com a questão da morosidade na efetivação da atividade jurisdicional, vendo-se nesta questão o principal motivo que tem impedido o Estado de fazer a entrega da prestação jurisdicional de forma efetiva.

Esse mesmo pensamento tem dominado o legislador nacional, que ao longo dos últimos anos modificou vários dispositivos do Código de Processo Civil e instituiu microsistemas processuais, com a mesma perspectiva de dá efetividade à tutela de direitos pelo Estado. Mesmo assim, o problema da efetividade da tutela dos direitos dos cidadãos e dos grupos e categorias sociais, com um processo também efetivo, continua atormentando os que deseja ver no Estado brasileiro, um poder jurisdicional estruturalmente forte e eficaz.

No segundo capítulo, será demonstrado como a questão da efetividade é refletida pelos cientistas processuais atuais e como este assunto deve ser observado dentro do sistema normativo processual moderno. Nele serão apresentados e discutidos assuntos relacionados com a questão do acesso à justiça e suas teorias. Tal demonstração terá como alvo maior as ondas renovatórias originárias do pensamento de Mauro Capelleti, bem assim dos institutos cuja criação é inspirada em referidas ondas.

E, finalmente, no terceiro capítulo, serão analisadas, igualmente, até onde as inovações ao Código de Processo Civil e a instituição de novos procedimentos satisfaz a exigência de efetividade da tutela do direito, inclusive, no que concerne a prestação jurisdicional aos direitos de massa. Bem como, será feita uma explanação, num subtópico específico, acerca da efetiva participação do juiz no processo.

## CAPÍTULO 1 A QUESTÃO DA EFETIVIDADE

A questão da efetividade tem produzido longas discussões doutrinárias, especialmente no que concerne ao debate e abordagem de determinados assuntos jurídicos. O conceito de efetividade tem sido considerado um dos mais nobres dentre os conceitos versados pela Filosofia do Direito, haja vista que uma vez incorporado pelo intelecto transforma-se em meio hábil a direcionar pensamentos e idéias desenvolvidos acerca de determinadas questões.

O termo efetividade tem o condão de identificar o fenômeno jurídico-social que substancia, em sentido amplo, à obediência às normas jurídicas, sendo necessário, *a priori*, afirmar que as normas de um modo geral nem sempre atingem o atributo da efetividade de forma plena. Contudo, não se pode deixar, nesse momento, de destacar que a adequação da norma ao caso concreto, caracterizado como o fenômeno da subsunção, a utilização racional das normas adotadas, o grau de justiça contido na solução dada a demanda e preconizada para o problema, são apenas alguns dos muitos atos que ensejam a efetividade.

Cada instituto normativo guarda em si graus de efetividade, que são passíveis de ser aferidos através de pesquisas filosóficas e sociológicas, sendo que com base no resultado obtido, o legislador poderá promover mudanças substanciais no ordenamento jurídico, aprimorando ou substituindo leis. Essa atitude legiferante, promovida, na maioria das vezes, pelas preocupações exteriorizadas por estudiosos da seara jurídica, exerce grande contribuição na realização do direito, arrastando-o a um processo adaptativo sobremaneira necessário à condução dos interesses sociais. E tudo isso tem grande significado frente ao desafio de reduzir o desgaste da relação sociedade e justiça.

Hodiernamente, a constante insatisfação da população provocada pelo desconforto causado ante a ausência de efetividade no exercício da prestação jurisdicional tem gerado nos operadores do direito processual civil contemporâneo a preocupação pela busca de mecanismos e formas capazes de dá efetividade ao processo como instrumento apto a mover o aparato jurisdicional vislumbrando a tutela de direitos.

Primeiramente, os processualistas e aplicadores do direito e, mais tarde, o legislador perceberam que o processo civil clássico, feito para atender uma situação de direito meramente individualista, se tornou inadequado frente aos novos direitos que vem emergindo na sociedade contemporânea, haja vista a existência de um Estado Democrático de Direito que traz em seu conteúdo princípios da justiça social e do pluralismo, cuja realização deverá acontecer através da democracia participativa.

Sem querer deixar despercebido os resultados alcançados pela ciência processual na sua origem, é evidente que para avançar com a sociedade, que alcançou consideráveis conquistas no mundo do direito, fazendo com que este caminhe cada vez mais rumo á socialização, foi e é preciso, sem dúvida, que essa mesma ciência processual parta, como bem frisou Watanabe (200, p. 20), “do conceitualismo e das abstrações dogmáticas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante da problemática sócio-jurídica”.

Na verdade, o que explica os assustadores avanços da nova ciência processual são as imensuráveis conquistas sociais ocorridas no Estado contemporâneo. É sabido que o direito nasce da sociedade e a esta retorna para cumprir o seu mister, assim sendo, a evolução do direito só tem aplicação na própria evolução social e, só assim, pode ser compreendida. Não haveria maiores avanços do direito e, por consequência, da ciência processual, se a sociedade não fosse contemplada pela ampla garantia constitucional do acesso a justiça, através do

*Alguns pontos sobre a  
evolução do direito  
processual civil  
contemporâneo  
O direito processual civil  
contemporâneo*



direito de ação para a tutela de direitos, inclusive, de cunho social, com a participação do cidadão na gestão do bem comum.

## CAPÍTULO 2 O ACESSO À JUSTIÇA

Numa visão voltada para a filosofia e a sociologia, pode-se afirmar que o homem é um ser gregário, cuja existência é norteadada por diversas relações travadas com os demais indivíduos que compõem o meio social em que se encontra inserido. Dessa vida em sociedade insurgem diversos interesses que muitas vezes são conflitantes e carentes de solução.

Desde os primórdios dos tempos, o homem já trazia consigo o intuito de solucionar os conflitos de interesses que permeassem suas relações sociais, religiosas, econômicas, políticas e culturais.

Ao longo da história da humanidade, tem-se conhecido vários meios utilizados pelo indivíduo visando viabilizar a solução de conflitos: a autotutela, a autocomposição, decisão judicial e os diversos mecanismos alternativos.

Inicialmente se fez presente a autotutela como a mais rudimentar das formas de se solucionar tais conflitos, com este meio o homem, sentindo-se injustiçado, fazia justiça com as próprias mãos, com beligerância, fazendo uso da força.

Embora existam resquícios da autotutela no ordenamento jurídico brasileiro, tal elemento é repellido, tendo em vista a existência de um Estado forte que tem em suas mãos o poder de fazer justiça, tendo o direito como vetor social, cujo pressuposto teleológico é promover a paz e a segurança jurídica através de um instrumento poderoso e democrático, o processo.

O processo, enquanto instrumento a serviço da jurisdição e mola propulsora do acesso à justiça, não pode ser entendido sem uma análise do que determina a ciência jurídica processual a seu respeito, quando traz a enfoque um estudo aprofundado sobre o acesso a uma ordem jurídica justa, cuja exigência é tornar a justiça acessível a todos de forma indistinta.

Quando se analisa o direito enquanto ciência jurídica vê-se que do ponto de vista organizacional os diversos ramos dessa ciência são partes de um universo jurídico, cujo núcleo é o direito constitucional, sobre o qual gravitam os demais ramos que desse núcleo não pode se afastar, sob pena de cair na inconstitucionalidade, sendo assim, conclui-se que estão ligados entre si de tal modo que esse universo se torna um todo indivisível.

Quanto ao direito processual a própria constituição teve a incumbência de o configurar, não mais como mero conjunto de regras que assumem a acessoriedade junto ao direito material, mas, cientificamente, como instrumento público hábil à realização da justiça. Tal afirmação é observada no próprio texto constitucional, por intermédio dos incisos que estabelecem a ampla defesa, o contraditório, dentre outros que evidenciam a presença de um órgão jurisdicional que garanta a atuação e efetivação desses princípios.

Nesse contexto, não tem a ciência processual como fazer uma análise coerente da efetividade na tutela do direito sem uma preocupação inicial com a particular consideração que merece o problema do acesso à justiça, cujo ponto de partida entre nós é a garantia contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal vigente, que preceitua o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Dele tem sido extraído a garantia do direito de ação e do processo, o princípio do Juiz Natural e todos os seus corolários.

E tem se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais.

Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes no sistema dos instrumentos processuais organizados pelo legislador ordinário.

Desta feita, o acesso à justiça por meio do processo não pode ser conceituado como mera possibilidade de provocação da jurisdição com a finalidade de proteger, rechaçar ou fazer valer direitos e deveres reconhecidos no ordenamento jurídico.

Na concepção de Kazuo Watanabe, citado por Cândido Rangel Dinamarco (2001, p.21), *acesso à justiça conceitua-se como acesso à ordem justa*.

E no feliz ensinamento de Ada Pellegrini; Cintra; Cândido Rangel Dinamarco (2001 p. 33):

O acesso à justiça não se identifica, pois, como a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em Juízo. Como se verá no texto para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesse difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

Numa visão mais completa do que venha a ser o acesso à justiça, pode-se concluir que sua garantia se constitui numa permissão ao exercício pleno da cidadania junto ao Poder Judiciário. Isso envolve não apenas o acesso aos órgãos do Poder Judiciário como também, e principalmente, um sistema processual adequado à veiculação das demandas, dotado de procedimentos compatíveis com a realidade social, bem assim com a representação em juízo a cargo das próprias partes nas ações individuais e de entidades representativas de interesses grupais ou de massa nas ações coletivas, dispondo de assistência judiciária aos necessitados, e de um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável por justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes que exercem o ofício por amor e devotamento à causa da

justiça, procurando promovê-la em todas as instâncias com sensibilidade e, mais do que isto, com a consciência de que o processo, em determinadas circunstâncias, pode criar situações injustas que ao invés de atenderem as necessidades, prejudiquem aos jurisdicionados.

As recentes vias procedimentais surgidas no âmbito do processo e as inovações introduzidas no próprio Código de Processo Civil visam a atender, em parte, ao clamor da sociedade contemporânea contra a demora do processo. Neste particular identifica-se, plenamente, o interesse do próprio Estado contemporâneo em garantir a efetivação da tutela do direito através da busca de solução rápida e adequada dos litígios, objetivo que só pode ser alcançado se o Judiciário se apresentar preparado, tanto no aspecto material, como no de sua composição humana, para responder, de modo célere, eficaz e efetivo, à pacificação dos conflitos que lhe são entregues pelas partes e que para elas constituem anseio fundamental e direito subjetivo expresso como garantia fundamental na *lex mater*.

Por outro lado, a ciência processual nos dias atuais tem percebido e colocado em ponto de relevo a importância dos princípios da instrumentalidade e da efetividade, pela extraordinária contribuição que eles podem oferecer para a solução das questões que envolvem a necessária garantia de efetivo acesso à justiça no sentido mais amplo do termo.

Pelo princípio da efetividade vislumbra-se um processo cumpridor com a sua missão de entregar a prestação jurisdicional buscada, dentro dos parâmetros do que é justo, isto é, que o direito material protetor da pretensão trazida à Juízo pelas partes seja bem aplicado.

Para que exista a efetividade do processo, cuja missão socialmente reconhecida, substancia-se na eliminação de conflitos com justiça, é preciso, inicialmente, ter-se consciência dos objetivos que o motivam, bem como, dos objetivos que dão vida a todo o sistema jurídico e, ainda, superar os obstáculos ameaçadores da prestação jurisdicional. Tais obstáculos estão situados em quatro pontos sensíveis: a) na admissão do processo; b) no modo de ser do processo; c) na justiça das decisões; e d) na utilidade das decisões.

No momento da admissão do processo, necessário se apresenta uma eliminação das dificuldades econômicas que se afiguram de modo a impedir o acesso à justiça por pessoas reconhecidamente pobres, fazendo com que estas não sejam afastadas da prestação jurisdicional, seja na condição de litigantes, seja no polo passivo e que não sejam furtados de uma defesa adequada às suas pretensões só porque carregam consigo o estigma da pobreza.

Quanto ao modo de ser do processo tem-se que observar o princípio do devido processo legal, constitucionalmente consagrado, segundo o qual a parte faz *jus* a ver o processo se desenvolver em todos os seus atos e termos, deles participando em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa, no escopo de promover-lhe uma melhor instrução e, conseqüentemente, um maior envolvimento do Juiz com os fatos trazidos ao processo.

A justiça da decisão, por sua vez, é conseqüência da postura assumida pelo julgador no processo e está intimamente ligada ao seu espírito de justiça ao julgar as provas colacionadas aos autos, bem como, ao interpretar e compreender o direito positivo. Segundo Ada Pellegrini (2001, p. 35), ao decidir o juiz deve assumir a seguinte postura:

Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde a *mens legislatoris*); deve pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se.

A utilidade das decisões acontecerá a partir do momento em que o processo der com precisão o que juridicamente fizer jus cada parte, sem deixar resíduos de injustiças que maculem a efetividade do processo enquanto instrumento da prestação jurisdicional.

Carnelutti *apud* Oliveira (2001, p. 21). em uma de suas obras conferia ao processo a qualidade de instituição, deixando claro ser ele um método a ser utilizado para aplicação do direito enquanto norma e promoção da paz. Tal afirmação evidenciava-se quando conceituava o processo como sendo um “conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos”. Sendo assim, o processo possuía, na visão desse excelso doutrinador, um objeto teleológico, substanciado no alcance da paz e uma qualidade suprema, corporificada no termo justiça. Já em sua outra obra esse mesmo autor confere ao processo a qualidade de um sistema, pois ao se referir a este o coloca como algo equiparado a um ato complexo, podendo, desta feita, ser conceituado como “uma cadeia de atos coordenados para a obtenção de uma finalidade”.

Na mesma esteira é o posicionamento esboçado por outros doutrinadores processualistas que não conseguem enxergar no processo mais do que um apêndice do direito material, mais do que um instrumento possibilitador de seu exercício, cuja relação de complementaridade nem sempre era reconhecida.

Porém, a fase instrumentalista do processo busca superar o imanenteísmo e o autonomismo apregoado e atribuir ao processo uma outra razão de ser. O princípio da instrumentalidade deve ser considerado de modo que possa propagar a compreensão de que o processo não é um fim em si mesmo, porém, um caminho regulado pela lei e utilizado pelas partes e pelo juiz para que o Estado, detentor do poder jurisdicional, com a finalidade precípua de solucionar os conflitos de interesses, pacificando os litígios, alcance esse desiderato e garanta a paz entre os homens em seu convívio social e no trato de suas relações econômicas, familiares, de consumo, com o Estado, etc. Na verdade como bem assinala os representantes da escola paulista, Ada Pellegrini, Cintra e Dinamarco (2001, p. 41):

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Helber de Oliveira (2001, p. 22), por sua vez, ao tratar da instrumentalidade do processo afirma que segundo a escola instrumentalista a efetividade buscada por esse meio não está ligada a preocupação com o justo e sim com o fator quantitativo, senão vejamos:

A escola instrumentalista do processo centra suas atenções principalmente na rapidez com que o Estado se desincumbe do mister de julgar. Pode-se dizer que o instrumentalismo é 'estatístico' porque se preocupa com os elementos numéricos relativos à prestação jurisdicional, mais do que com os predicados do processo (...). A análise do processo segundo seus "resultados práticos" é, sobretudo, o estudo do processo sob o ângulo quantitativo e 'cronométrico'. Estas duas características, quantidade e rapidez, apesar de serem realmente uma idealidade eternamente perseguida, são, pelo instrumentalismo, levadas às raias da antinomia: é viabilizada a existência de provimento judicial sem exaurimento da lide.

Porém, no sentido de evoluir, novos conceitos foram buscados sobre a instrumentalidade processual para afastar a visão eminentemente técnica do processo e elevá-lo a uma situação capaz de se desenvolver sob a influência dos efeitos resultantes de um direito material aplicado para fazer justiça, aproximando-se, assim, do anseio, em tal campo, buscado pelos cidadãos da era contemporânea.



Necessário se faz também, no âmbito da prática, que se deixe de lado todo o tecnicismo processual que emperra o Poder Judiciário, pois do contrário uma justiça cidadã, nos molde que é apregoada e vislumbrada, jamais será concretizada.

E, partindo-se da premissa de que o povo deve participar da atividade jurisdicional, tendo em vista a existência de um Estado Democrático de Direito, emergiu a teoria neo-institucionalista do processo, que, de uma certa forma, veio a se contrapor as idéias esboçadas pela escola paulista.

Idealizada por Rosemiro Pereira Leal *apud* Oliveira (2001, p. 27), a teoria neo-institucionalista, inspirada nas idéias de Fazzalari que defendia a existência de uma inclusão entre procedimento e processo, insere o processo numa visão pós-moderna, afirmando que processo é procedimento que deve caminhar até esgotar a lide. Mas, mais do que esta reafirmação, a teoria neo-institucionalista ver no processo um instituto constitucionalizado, cujo conceito deve ser analisado pelo grau de autonomia jurídica que dispõe tendo em vista ser a única forma de se chegar à tutela jurisdicional e, por esta razão, deve agregar todos o princípios de natureza constitucional.

Porém para o idealizador dessa teoria é preciso ir além do pensamento fazzalariano, senão vejamos:

Uma noção contemporânea exige mais que o estabelecimento de processo como a espécie de procedimento em contraditório, como ensinado por Fazzalari. É necessário apresentar o balizamento principiológico de sua fundamentalidade institucional-constitucionalizada. O processo apresenta-se atualmente como um bloco de condicionamentos de direito fundamental para legitimar o exercício da jurisdição; é, por isso, constitucionalmente definido por fundamentos de contraditório, ampla defesa, direito ao advogado e isonomia.

Diante de tudo o que fora até então exposto depreende-se que muitos foram os passos dados rumo a avanços na teoria e prática processual, mas é preciso não se descurar da realidade a ponto de ficar na mentalidade doutrinária de que o ordenamento jurídico atingiu a plenitude e de que não existe mais nada a ser feito.

## 2.1 Ondas que traduzem o acesso à justiça

O pragmatismo que norteia a vida dos operadores do direito tem demonstrado que a sociedade brasileira vem ressentida, a um longo tempo, com a morosidade com que se presta a atividade jurisdicional e, em razão disto, têm-se criado leis que provoquem mudanças procedimentais no escopo de amenizar as inquietações geradas no decorrer da prestação jurisdicional. Essas mutações têm transformado o trabalho dos operadores do direito, seja na condição de intérprete ou enquanto aplicador das normas jurídicas, neste último caso tem-se exigido do profissional um potencial intelectual muito intenso, pois além do volumoso serviço colocado a sua disposição, está, impulsionado pelas mudanças promovidas, obrigado a se aperfeiçoar e a se atualizar para, de forma eficiente, aplicar os ritos implantados.

Contudo, é de se ressaltar, que as mudanças acontecidas são fruto de uma série de pesquisas e trabalhos realizados por estudiosos da ciência processual em busca de uma evolução no acesso à justiça e na prestação jurisdicional, e hodiernamente os efeitos dessas pesquisas são passíveis de entendimento por meio da análise das ondas renovatórias demonstradas no desenrolar deste capítulo.

Advindas do pensamento de Mauro Capelleti (*apud* Ribeiro, Revista Cosulex, ano III, vol. I, nº 36, 31 de dezembro de 1999, p. 25) as chamadas ondas renovatórias processuais

que traduzem o acesso à justiça podem ser identificadas como pilstras a serem observadas visando viabilizar uma possibilidade efetiva de acesso à justiça. Estas ondas se constituem em: garantia de justiça para os pobres; efetividade da tutela dos interesses difusos e coletivos; concepção mais ampla da eficácia da lei processual para o acesso a justiça, sem vínculos maiores com o formalismo.

### 2.1.1 Garantia de justiça para os pobres

O contexto social demonstra que a maioria da população possui uma renda mensal que dificilmente ultrapassa um salário mínimo. A esse contingente populacional falta moradia, saúde, lazer, enfim, falta condições de sobrevivência, são, portanto, pessoas que não possuem condições de arcar com as despesas processuais e advocatícias sem que lhe falte o trivial. Foi com base nessa realidade que a primeira onda renovatória defendeu a tese de que no meio jurídico deve haver uma efetiva preocupação em não dificultar o ingresso da parte em Juízo por questões econômicas.

É sabido que um dos principais entraves para o efetivo acesso à Justiça tem sido o alto custo do processo. Esse problema atinge, principalmente, as camadas de baixa renda da população, que, lamentavelmente se constitui na imensa maioria.

A assistência judiciária surgiu entre nós com o advento da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, lei esta que incumbiu ao poder público federal e estadual, a concessão da assistência judiciária aos necessitados.

Não obstante a garantia legal de que neste país quem não pode pagar advogado pode ingressar em Juízo por intermédio do patrocínio de defensorias públicas, de assistências

judiciárias, de escritórios modelo, não podemos perder de vista que a assistência judiciária em muitas regiões não se encontra estruturada de forma a atender adequadamente às necessidades do povo.

Contudo, mesmo em face da garantia legal de justiça aos necessitados, não se é permitido falar em assistência judiciária adequada onde não há uma quantidade suficiente de advogados e, nem mesmo, uma qualificação profissional apta a atender as mais variadas situações de carência. É preciso que se tenha advogados disponíveis e inteiramente envolvidos com a questão da assistência judiciária e para isto, é necessário que estes sejam remunerados condignamente e efetivamente comprometidos com a profissão, a fim de que atendam ao público de modo satisfatório, sem as humilhações que habitualmente acontecem no desempenho do serviço público de um modo geral.

Não há como descurar do fato de que para os que dependem da assistência judiciária, a prestação jurisdicional efetiva não acontecerá se ela não for de tal modo adequada para permitir aos que lhe procuram uma garantia de que a sua parte está sendo cumprida em busca da viabilização do acesso à justiça no seu sentido mais abrangente.

### 2.1.2 Efetividade da tutela dos interesses difusos e coletivos

Apóia-se na idéia de serem tutelados os interesses difusos e coletivos por meio de mecanismos capazes de fazer com que, através de uma única sentença, uma determinada coletividade, ou mesmo um grupo social indefinido, seja alcançado.

Na sociedade contemporânea, com toda a sua complexidade, o, também, complexo desenvolvimento das relações econômicas tem levado à situações tais que determinadas

atividades podem redundar em danos aos interesses de um grande número de pessoas, originando, como conseqüência, problemas que ficam fora do alcance das demandas individuais, razão por que os processualistas devem estar cada vez mais atentos e conscientes da necessidade de trabalharem um adequado processo de massa para tutelar os conflitos de interesses transindividuais.

É premente, nos dias atuais, a necessidade de que os interesses transindividuais e individuais homogêneos sejam devidamente tutelados. Por meio da ação coletiva é possível a tutela efetiva de direitos que podem ser lesados em relações, como, v. g., as de consumo, de danos individuais insignificantes, mas que avaliados em seu conjunto, tornam-se de considerável valor. Esses são os direitos individuais homogêneos cuja tutela através da ação coletiva garante maior efetividade da prestação jurisdicional na medida em que torna mais racional a atividade do Poder Judiciário e minimiza os problemas de natureza cultural e psicológica, que muitas vezes tolhem o acesso à justiça, neutralizando, assim, a vantagem dos litigantes mais fortes.

Existem atualmente no ordenamento jurídico nacional instrumentos legais com o fim específico de proteger os direitos coletivos e difusos. A tutela coletiva dos direitos encontra-se fundamentada basicamente na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A aplicação interativa dos dois diplomas legais acima referidos conduz à ampla tutela dos interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos e essa aplicação combinada é algo que está previsto no próprio corpo normativo de tais leis, mais precisamente, no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e no Art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Para compreendermos até que ponto se tem um processo civil capaz de garantir a efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, passaremos, nas

próximas linhas e subtópicos, a análise, mesmo que sucinta, de algumas ações coletivas disciplinadas no sistema jurídico brasileiro.

#### a) Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública é o principal instrumento de que se lança mão para a defesa dos interesses coletivamente considerados, de modo especial os interesses consumeiristas.

Primeiramente há que se ter em mente que a ação em comento é fruto de uma previsão constitucional, pois o art. 129, III, da Constituição Federal, expressamente a contempla como uma das funções institucionais do Ministério Público.

Ademais, a Lei n. 7.347, de 24.7.85, alterada pela Lei n. 8.078, de 11.9.90, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Tal lei foi integralmente recepcionada pela Carta Magna que, inclusive, ampliou seu objeto de modo que esta servisse de tutela a todos os bens jurídicos outrora delineados.

Antes de se fazer qualquer consideração no que se refere à disciplina legal da ação civil pública, buscando fixar as suas características gerais e círculo de abrangência, é necessário que se tenha uma definição do que venham a ser direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, traçando suas características, para descobrir e conhecer suas diferenças.

Na definição do próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, art. 81, parágrafo único, I, temos que interesses difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Também definiu a mesma lei, art. 81, parágrafo único, II, os interesses coletivos como sendo “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Das definições legais acima apresentadas, pode-se observar, numa análise comparativa entre direitos difusos e coletivos, que: a) ambos são transindividuais, de natureza indivisível; b) enquanto os direitos difusos são pertencentes a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, os direitos coletivos são pertencentes a grupos ou categorias de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Para melhor distinguir os direitos coletivos em sentido estrito, Carreira Alvim (1991, p. 395) assim explica:

Os direitos coletivos são pertencentes a pessoas determinadas como as que fazem parte de uma associação, estando os seus membros ligados entre si. Além disso, várias pessoas podem ser atingidas por uma mesma situação jurídica, ou ter relação jurídica com uma mesma parte, constituindo, em razão disso, um grupo, classe ou categoria.

Ainda, no mesmo diploma legal, art. 81, parágrafo único, III, estão conceituados os direitos individuais homogêneos como sendo aqueles interesses individuais “decorrentes de origem comum”.

Os interesses individuais homogêneos, como visto, referem-se a direitos individuais, pertencentes a pessoas determinadas e que são homogêneos por terem a sua origem numa idêntica situação fática. Todavia, este fato pode acarretar danos diferentes a cada uma das vítimas por ele abrangidas.

Estabelecidas às distinções entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo-se inicialmente sido assinalado que a ação civil pública tem lugar contra

qualquer dessas categorias de direitos grupais, passaremos a um estudo acerca de suas características gerais, tais como: objeto, legitimidade, competência, efeitos da sentença, recursos, dentre outras.

O objetivo da ação em comento é amplo, alcançando a perseguição condenatória para ressarcimento de dano ou a obrigação de fazer ou de não fazer, tudo relacionado aos direitos e interesse difusos e coletivos legalmente tutelados ou, porventura, violados.

O legislador concede legitimação, em caráter permanente, para a propositura da Ação Civil Pública ao Ministério Público, a cada um dos membros da coletividade e a pessoa jurídica (sociedade, associações) cujo fim institucional consista precisamente na defesa dos interesses em foco ou que, mesmo sem tal requisito, ofereçam boa garantia para representar de maneira adequada, com sinceridade e eficiência o conjunto de interessados e, eventualmente, as entidades não dotadas de personalidade jurídica no plano do direito material, ou até mesmo, grupos formados com o puro e específico objetivo de movimentar o pleito.

Embora se trate de legitimidade concorrente, do ponto de vista prático, tem se destacado a atuação do Ministério Público como autor por excelência da ação em comento. Tal fato se justifica, porque o ingresso em juízo com esse tipo de ação se traduz numa das atribuições legais do *parquet*, enquanto representante dos interesses sociais, consoante determina o art. 126, III, da Constituição Federal. Ademais, cabe ao Ministério Público, enquanto instituição defensora dos interesses difusos e coletivos, instaurar instrumento específico para coletar provas acerca de eventos que dêem guarida a Ação Civil Pública, que é o inquérito civil. Também, não se pode deixar de mencionar nesse momento um outro fator que impulsiona essa freqüente atuação do representante do *parquet*, o qual diz respeito ao fato de que qualquer pessoa pode e o funcionário tem a obrigação de fornecer dados que constituam objetos fundamentais à propositura da multicitada ação.



No que concerne a legitimidade passiva, de uma análise mesmo superficial da lei que rege essa modalidade de ação, pode-se concluir que, embora tenha limitado os legitimados ativamente, não faz qualquer menção aos passivamente legitimados. Dessa forma não é nenhum exagero entender-se que tem legitimação passiva toda pessoa física ou jurídica, seja de direito público; seja de direito privado.

Isso se dá porque os danos ou ameaças de dano relativo aos bens protegidos pela ação civil pública são de grande amplitude social, abrangendo qualquer membro de uma coletividade e, sendo assim, qualquer “indivíduo” mediante suas ações costumeiras pode causar danos, então não haveria razão alguma para limitar aos detentores do direito de ação a possibilidade de acioná-los.

Em relação à competência o legislador contempla como foro competente para a parte intentar a ação civil pública o juízo do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou ameaça de lesão, tendo, desta feita, consagrado o critério de competência *ratione loci*.

Quando o dano ou a ameaça deste ocorrer em mais de um local, o autor tem a faculdade de intentar a ação em qualquer dos juízos abrangidos pelo ato. Em sendo a ação proposta em dois lugares e em virtude de um mesmo fato, ocorrerá conexão, e como solução a lei determina a união dos processos e, atento ao instituto da prevenção, será competente para julgar o Juiz que em primeiro lugar tomou conhecimento da demanda.

Em regra, esse tipo de ação é julgado pela justiça estadual, porém se a ação tiver a União, autarquia ou empresa pública federal figurando como autor, réu, assistentes ou oponentes, a competência passará a ser da justiça federal, consoante determina o art. 109, I, da Constituição Federal. Essa regra é, portanto, atenuada pelo § 3º, do mencionado artigo que reza:

Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de

previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Em se tratando de ação civil pública proposta para defesa de direitos e interesses individuais homogêneos de âmbito nacional ou regional, será competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, conforme seja o caso.

No que se refere à sentença prolatada nesse tipo de ação, tem-se que esta, após o seu trânsito em julgado, produz efeitos *erga omnes*, quando procedente. Tratando-se da eficácia das sentenças relativas aos direitos dos consumidores, deve-se observar a imposição contida no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, quando afirma que a sentença fará coisa julgada de três espécies de efeitos: *erga omnes*, *ultra partes* e *erga omnes especial*. Sendo assim, vejamos o que preleciona o artigo em epígrafe:

Art. 103 do CDC: Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimada poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Da sentença que julga a ação civil pública cabe apelação, por seguir esta o rito ordinário do CPC e, da decisão interlocutória o recurso cabível é o agravo de instrumento. Esses recursos poderão de forma excepcional, conforme entender o juiz da causa, receber o efeito suspensivo, a fim de que se evite danos irreparáveis a parte.

Por serem indeterminados os credores da obrigação, especialmente nos direitos difusos e coletivos, a condenação em dinheiro será revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos que foi criado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994; administrado por um Conselho, fiscalizado pelo Ministério Público, que terá por finalidade a recomposição das lesões provocadas.

Por fim, é preciso que se exponha, ainda, algumas características da Ação Civil Pública que ampliam a possibilidade de defesa dos interesses por ela protegidos, quais sejam:

a) a adoção da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, conforme se verifica da leitura do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor que assim reza:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (VETADO).

. Redação do texto vetado: "A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram".

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

b) a possibilidade do Ministério Público assumir a titularidade ativa da ação em caso de desistência sem motivação adequada ou do abandono injustificável pelos sujeitos ativos originários, isso pode acontecer, inclusive, na fase da execução, sendo, nesse caso, não uma faculdade do *parquet*, mas uma obrigação. Uma vez transcorridos mais de 60 dias sem que a parte autora da ação promova a execução da decisão, não só o Ministério Público como todos os demais interessados deverão promovê-la;

c) inversão do ônus da prova, conforme definido no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor *in verbis*, quando traz a baila os direitos básicos do consumidor: “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiências”;

d) a autorização legalmente oferecida para o juiz fixar multa diária pelo descumprimento da prestação determinada ou da omissão exigida, independentemente de requerimento do autor. A doutrina denomina essa coação processual, exercida pelo juiz, de “astreinte”, que é uma espécie de constrição consistente na imposição de uma multa de caráter financeiro, em substituição aos efeitos da decisão propriamente dita, caso descumprida. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, e a Lei Antitruste (art. 62, Lei n. 8.884, de 11.06.94), contêm tal disposição. Na reforma atual do Código de Processo Civil a entidade da astreinte foi introduzida, conforme redação do art. 644, do CPC, que assim dispõe:

Na execução em que o credor pedir o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida. Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.

## b) Ação Civil Coletiva

Trata-se de mais um mecanismo de tutela aos interesses difusos e coletivos, que não se confunde com a ação civil pública, esboçada no item anterior. Este meio de defesa encontra-se regulado pelos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.90) cujos dispositivos traçam, para a sua configuração, a exigência de que se façam presentes os elementos a seguir delineados.

No que se refere à legitimidade ativa, pode-se, com base no art. 82, do Código de Defesa do Consumidor, afirmar que estão legitimados concorrentemente para propor a ação civil coletiva, em nome próprio e no interesse das vítimas ou de seus sucessores os seguintes agentes:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

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

Quanto à competência tem-se que a ação civil coletiva será conhecida, ressalvada a competência da justiça federal, pelo juiz do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, ou do juiz do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, a quem a organização judiciária determinar, para os danos de âmbito nacional ou regional,

devendo-se aplicar as regras do Código de Processo Civil, mais precisamente o art. 94, § 4º, do CPC, para os casos de competência concorrente. Desta feita, havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, estes serão demandados em qualquer deles, competindo ao autor o direito de escolha.

Tem-se, ainda, que a condenação nessa modalidade de ação pode assumir um caráter genérico já que se refere à tutela de direitos difusos e coletivos, devendo nela constar à fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados.

Nesse mecanismo de defesa aos interesses de um número indeterminado ou determinável de pessoas, as vítimas e os seus sucessores, mesmo não presentes efetivamente na relação jurídica processual, têm legitimidade para promover a liquidação e a execução da sentença.

Ademais, a sentença, nessa modalidade procedimental, fará coisa julgada com efeito: a) *erga omnes*, quando se tratar de defesa de interesses e direitos difusos ou individuais homogêneos, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova quando se tratar de interesses ou direitos difusos; b) *ultra partes*, quando se tratar de defesa de interesses e direitos coletivos, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, conforme preceitua o inciso II do, parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor c) *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos como os interesses ou direitos oriundos de uma mesma situação fática.

Cabe ressaltar que em havendo concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata da Ação Civil Pública, e de

indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

### c) Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança coletivo, instrumento de defesa previsto constitucionalmente no rol dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, LXX, da CF, se apresenta como instrumento eficaz para a defesa de direitos subjetivos de grupos identificados. O seu objetivo primordial é de tornar mais célere a entrega da prestação jurisdicional, contribuindo para diminuir essa crise enfrentada pelo Poder Judiciário.

Muitas são as características que permeiam a existência desse instituto no ordenamento jurídico pátrio, as quais serão sintetizadas ao longo deste tópico.

Quanto à legitimidade para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo, tem-se que nos termos da Constituição Federal essa modalidade de ação poderá ser proposta por partido político com representação no Congresso Nacional, bem como por Organização Sindical, entidade de classe ou associação, devendo esta se encontrar legalmente constituída e em funcionamento por um lapso temporal de pelo menos um ano. As pessoas jurídicas de direito público não têm legitimidade para a sua proposição.

No que respeita aos partidos políticos é importante frisar que o requisito da representação estará plenamente preenchido ainda que o partido impetrante tenha apenas um parlamentar, seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado Federal. Sua legitimação é ampla, podendo valer-se do mandado de segurança coletivo para proteção de quaisquer

direitos coletivos da sociedade. Não havendo necessidade exclusiva de atuarem em defesa de seus filiados, regra constitucional não aplicada aos demais legitimados.

Já em relação à defesa realizada pelas demais entidades outrora mencionadas, deverá está relacionada aos interesses relativos a seus partícipes, não abrangendo terceiros que delas não façam parte. Ademais, só podem reivindicar direitos que tenham um relacionamento direto com a finalidade de uma das referidas instituições. Esse, porém, é o entendimento majoritário, vez que sobre o assunto há divergência jurisprudencial, por uma corrente entender que a legitimidade das entidades ou associações legitimadas a agir em juízo por via do mandado de segurança coletivo pode se estender para proteger interesses coletivos, considerados acidentalmente, ainda que seja de parte, de vários, de grupo dos seus filiados, independentemente do direito subjetivo de cada um deles, e não somente da totalidade dos seus membros.

Nessa modalidade de ação, diferentemente do que acontece com o mandado de segurança individual, como regra que não comporta exceção, há uma legitimidade extraordinária consagrada sob a forma de substituição processual, pela qual o impetrante defende em juízo, em nome próprio, direito pertencente a outrem, sem que para tal esteja devidamente autorizado.

No que concerne à legitimidade passiva, aqui também são aplicáveis as regras e ponderações atinentes ao mandado de segurança individual. Desta forma, pode-se afirmar que o presente *writ* pode ser aplicado contra ato de autoridade coatora, e não contra a pessoa jurídica de direito público ou mesmo de direito privado que exerça atribuições do Poder Público para qual é contratado.

O mandado de segurança coletivo tem lugar nas mesmas hipóteses de cabimento previstas para o mandado de segurança individual, tendo, portanto, como escopo à defesa dos direitos subjetivos líquidos e certos, porventura violados e ameaçados de violação por ato ou



omissão ilegal de autoridade pública, denominada de autoridade coatora, no exercício das atribuições exercidas frente ao Poder Público. Estando, pois, excluídas do campo de abrangência da ação civil pública as violações que ensejarem a impetração de hábeas corpus, hábeas data e mandado de injunção. Em caso de não cabimento da impetração do *mandamus* em enfoque, quando não preenchidos os requisitos para a sua interposição, poder-se-á haver sua conversão em mandado de segurança individual. Não cabe este remédio jurídico em lugar de ação popular, nem contra lei em tese.

A sentença proferida em relação à impetração de um mandado de segurança coletivo terá eficácia de coisa julgada material para todos os substituídos, desde que o mérito tenha sido examinado em sua integralidade.

#### d) Ação Popular

É um dos mais antigos instrumentos processuais utilizados na defesa de interesses difusos e coletivos.

A Constituição Federal atual a configurou em seu art. 5º, LXXIII, da CF, como sendo a que tem por finalidade “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Esse tipo de ação é marcado pelas características a seguir declinadas:

a) Só o cidadão (eleitor) é quem pode exercer a sua legitimação ativa ou o Ministério Público, sendo que esta legitimidade se encontra prevista no art. 25, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625, de 12 de janeiro de 1993, que assim reza:

Art. 25: Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:.... IV....promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:.....b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

b) A coisa julgada resultante da decisão da Ação Popular tem efeito *erga omnes*, salvo no caso da sentença ter sido improcedente por insuficiência de provas;

c) O titular da ação defende interesses da sociedade e, apenas, indiretamente o interesse próprio já que é membro da sociedade a qual está defendendo;

d) É vedado a qualquer pessoa jurídica propor ação popular, haja vista que legalmente carece de legitimidade ativa;

e) Não cabe para modificar decisão judicial transitada em julgado, nem contra lei em tese, salvo se produz efeitos concretos;

f) A competência para conhecê-la quando proposta contra o Presidente da República é do juiz de primeiro grau;

g) O Ministério Público é, obrigatoriamente, chamado a integrar a relação jurídica processual;

h) Em sendo julgado improcedente a ação, fica o autor, desde que comprovada a ausência de má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, tendo em vista o interesse social que norteia sua atitude;

i) Não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que julga procedente a ação popular.

Existe, ainda, como ações inseridas no sistema processual civil brasileiro, para a tutela dos interesses de massa, as ações a que se refere o Estatuto da Criança e do Adolescente, as ações destinadas à tutelar os interesses das pessoas portadoras de deficiência,

a ação para apuração de responsabilidade por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários. Essa enumeração não é taxativa, tendo em vista o que dispõe o art. 83, do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual está consagrado o direito a efetiva tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo, portanto, cabíveis todas as espécies de ações declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva e cautelar, com o fim precípua de garantir à tutela de tais direitos.

Temos, portanto, no sistema jurídico brasileiro um processo civil que tornou possível a tutela jurisdicional para atender aos conflitos próprios dos interesses de massa, o que significa, de uma certa forma, uma resposta positiva aos problemas enfrentados no acesso à justiça. Embora os adeptos da teoria neo-institucionalista entendam ser a criação desses procedimentos apenas um primeiro passo a ser dado em direção à efetividade, há que se acreditar e, mais do que acreditar, confiar nos rumos que foram tomados pelo processo civil, a fim de que se possa progredir, a cada dia, em busca de um processo justo, célere e efetivo; apto a garantir uma prestação jurisdicional eficaz.

### 2.1.3 Concepção mais ampla da eficácia da lei processual para o acesso a justiça, sem vínculos maiores com o formalismo.

Por essa onda renovatória do direito, busca-se incentivar as inovações no âmbito do processo civil, com alterações das formas de procedimento, mudanças no aparelho judiciário do Estado e utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos, a exemplo da arbitragem e da mediação.

Além disso, compreende-se nesse contexto a efetiva participação do Juiz no processo que, se utilizando, inclusive, do princípio da instrumentalidade da forma, sem

comprometer a segurança jurídica, pode conduzi-lo para o fim a que se presta, no escopo de julgar em equânime projeção do direito.

O estudo sobre as inovações acontecidas no âmbito do processo civil é de fundamental importância e este trabalho monográfico, tendo em vista os objetivos perseguidos, dedicou um capítulo próprio para tratar do assunto, razão pela qual inócua será qualquer discussão mais aprofundada sobre o tema neste capítulo.

## CAPÍTULO 3 AS INOVAÇÕES PROCESSUAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, para se ver atendido o propósito de melhor garantir o acesso à justiça e torna-la cada vez mais efetiva, tem-se incrementado mudanças na legislação processual civil, como também têm-se instituído novas formas procedimentais.

### 3.1 As mudanças no Código de Processo Civil

Para alguns doutrinadores essa demora do desenrolar processual, tão questionada e carente de solução plausível, tem sido a principal preocupação dos processualistas modernos, e reside no fato da ordinarização exacerbada dos procedimentos. Em razão da propagação dos direitos fundamentais ou da pressão da sociedade, tornou-se uma *praxe* no ordenamento jurídico brasileiro o procedimento ordinário, tornando praticamente infundável o trâmite processual.

As tutelas adequadas visam, nesse diapasão, um rompimento com o procedimento ordinário genérico, objetivando a prestação jurisdicional de acordo com a especificidade de cada direito, mormente pelo fato de que, hodiernamente, uma infinidade de direitos exsurgem em nosso meio, requerendo do legislador uma melhor adequação procedimental para seu resgate e proteção.

No que concerne às várias mudanças acontecidas no Código de Processo Civil nesta década, estas trouxeram em seu bojo o objetivo de tornar a justiça mais célere. É de se por em evidência que dentre estas inovações temos: a instituição da tutela antecipatória (art. 273, com

redação determinada pela Lei nº 8.952/94) e da tutela da obrigação de fazer (arts. 287 e 461, com redação determinada pela Lei nº 10.444/2002); o estímulo à conciliação (art. 331, com redação determinada pela Lei 10.444/2002); a mitigação da extensão e alcance dos recursos (art. 515, § 3º, com redação determinada pela Lei nº 10.352/2001); a limitação da remessa necessária nas causas que envolvem a fazenda pública (art. 475, § 3º, com redação determinada pela Lei nº 10.352/2001), a imposição de pena contra a parte que interpuser embargos declaratórios protelatórios (art. 538, parágrafo único, do CPC), a imposição de novos deveres às partes (art. 14, V, acrescentado pela Lei nº 10.058/2001). E, ainda, a Lei nº 11.187/05, que promoveu uma micro-reforma no recurso de agravo; a Lei nº 11.232/2005 que atacou um dos principais problemas da morosidade da justiça ao transformar o processo de conhecimento e o processo de execução numa só ação; as Lei Federais nº 11.276/2006 e 11.277/2006 que deram continuidade a essa reforma produzindo mudanças em vários dispositivos do Código de Processo Civil e, por fim, pode ser citada a Lei Federal nº 11.280/2006 que também surpreendeu a todos modificando parcelas do Código de Processo Civil buscando dar maior celeridade aos processos.

### 3.1.1 O procedimento ordinário e a tutela antecipatória

A morosidade da justiça tem origem nas mais diversas causas, descomprometimento dos profissionais com a regularidade na prestação jurisdicional, ausência de um processo acessível a todos, devido ao alto custo processual e, especialmente, na ineficiência do velho procedimento ordinário. Imbuídos da necessidade de superar esse procedimento ultrapassado foi que emergiram as leis elencadas anteriormente. De todas as mudanças implementadas no

ordenamento processual civil pátrio, a tutela antecipatória pode ser considerada a que mais refletiu no sentido de permitir o avanço do processo civil nos caminhos da efetividade do direito. Na forma em que ela se encontra disciplinada em nosso ordenamento jurídico, foi perfeitamente contemplado o princípio da efetividade da tutela do direito, em tempo eficaz e sem comprometimento da segurança na entrega da prestação jurisdicional.

Antes da instituição da tutela antecipatória, o processo comum ordinário de cognição, mais do que prestar a jurisdição à parte autora que formulasse uma justa pretensão em juízo, visando que lhe fosse entregue a prestação jurisdicional adequada, geralmente ficava a mercê de uma longa tramitação do processo, tão longa e infundável que chegou a se formar em grande parte dos casos uma situação de dano à parte autora detentora de razão e fundamento jurídico, beneficiando o réu desprovido de razão, o que, convenhamos, fez criar uma situação de intensa aberração do próprio processo de conhecimento com o fim a que ele se destina.

A instituição da tutela antecipatória permite, atualmente, ao sistema processual que, em se tratando de processo de conhecimento, possa o julgador prevenindo a possibilidade de danos à parte cujas alegações fáticas confrontadas com o direito leva ao entendimento de sua verossimilhança, antecipar total ou parcialmente a entrega da prestação jurisdicional, sendo que, para tanto, se faz necessário também que o julgador avalie a possibilidade de reversão da medida que importou na tutela antecipatória. Tal análise consiste numa medida imposta pela norma para não comprometer a segurança jurídica, uma vez que em caso da necessidade de reversão do provimento que antecipou os efeitos da tutela possa se repor o *status quo ante*, inclusive, impondo-se à parte beneficiada com a referida tutela a obrigação de ressarcir os danos causados à parte prejudicada.

Não basta se afirmar que, com tal instituto, não há oportunidade para defesas abusivas, bem como que não é permitida a provocação injustificada da pretensão da medida

antecipatória de tutela, e nisto se justificando a importância do instituto em análise para a busca de eficácia do processo, pois os riscos de sua má utilização existem, mas é preciso enfrentá-los como bem preleciona Marinoni (2000, p. 124) quando trata da importância e da finalidade do instituto, bem como da atuação do juiz frente ao mesmo, senão vejamos:

A tutela antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela Antecipada permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário (...).

### 3.1.2 A questão do acesso efetivo à justiça e o duplo grau de jurisdição

Dentre as inovações incrementadas no Código de Processo Civil, há que se ressaltar a inserção de dispositivos que visam simplificar os procedimentos, para tornar menos moroso e mais eficaz o processo, especialmente na fase recursal, inclusive, punindo-se a parte que interpuser recurso com intuito meramente protelatório e em expressa má-fé. Contudo, é de se levar em consideração que, o que foi feito de inovação no processo em matéria de limitação do uso excessivo de recursos, não foi ainda capaz de conseguir encurtar suficientemente os longos caminhos e as grandes discussões que se travam nos Tribunais, transformando a lide posta em Juízo para ser solucionada, num caso sem resultado.

Aliás, com certeza, é, e sempre será, uma questão intrincada que demandará longas discussões, a questão que envolve a efetividade da tutela do direito e o princípio do duplo



grau de jurisdição e por isto é interessante que aqui se faça algumas considerações ao seu respeito.

Pautado no pressuposto de que o homem não é um ser infalível e, portanto, isento de erros, o duplo grau de jurisdição surge como prerrogativa de reapreciação da matéria anteriormente decidida no âmbito judicial, seja interlocutoriamente ou meritoriamente, por uma instância superior, dependendo especificamente do que se recorre para a reapreciação perante esse juízo *ad quem*, que embora seja formado por pessoas falíveis, abre às partes a oportunidade de discutirem, pela segunda vez, o assunto decidido em primeira instância, o que sobremaneira traz uma segurança jurídica para a causa.

Para o consagrado professor Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 492) “o instituto do recurso vem sempre correlacionado com o princípio do duplo grau de jurisdição, que consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, como garantia da boa solução”.

Sucintamente, pode-se afirmar que o princípio do duplo grau jurisdição resume-se na faculdade de exaurir-se ao extremo a possibilidade de rever a matéria julgada com o escopo de se obter uma verdade irrepreensível acerca do direito posto na lide, dando segurança a tutela jurisdicional entregue ao final do processo.

O ponto principal a ser questionado nesta abordagem refere-se a problematização e saída racional a ser sugerida como forma de melhorar e estimular o impulso processual na óptica evolutiva da questão, conciliando o princípio do duplo grau de jurisdição com os princípios da segurança jurídica da decisão e da efetividade do processo.

Negado ou dificultado o acesso à justiça, obtém-se, por conseguinte, a negação e, ou, não reconhecimento do próprio Estado Democrático de Direito, renegando à instituição do Poder Judiciário o objetivo que lhe é inerente. Por outro lado, havendo o acesso a uma justiça plena, por via da ação e do processo civil, como se chegar a uma solução do pretendido neste,

sem que haja uma considerável mudança no elástico exercício do duplo grau de jurisdição existente no nosso código de ritos?

Como se sabe, as normas procedimentais inerentes aos recursos no processo civil oportuniza um emaranhado de situações que permite a delonga e o uso de manobras protelatórias de tal forma a demandar tanto tempo de tramitação do processo que a questão da efetividade acaba desaparecendo na ação do tempo e aí não há mais como se falar em acesso à justiça na acepção mais coerente do termo.

Contudo, se por um lado à função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que atinge as pessoas e lhes trazem angústias passa pela necessidade de haver no processo a facilitação de seu acesso, permitindo um rápido provimento judicial como meio efetivo de realização da justiça, não se pode deixar de reconhecer que o duplo grau de jurisdição tem o importante objetivo de imprimir a segurança de que para a pretensão posta em juízo se terá efetivamente uma decisão realmente justa. Esse é, ao menos, o pressuposto pelo qual se parte, haja vista ser numerosas as causas que em segunda instância se submetem a uma apreciação eminentemente política, o que, sobremaneira, aniquila qualquer possibilidade de segurança jurídica da decisão, pelo contrário cria no tribunal *ad quem* um ambiente de insegurança para decisões vindouras.

Neste sentido, mesmo em face aos obstáculos oferecidos pela prática, ainda se faz temeroso, neste estágio dos avanços da ciência processual, que se aniquile o princípio do duplo grau de jurisdição. Não obstante já existir na doutrina quem advogue a tese da possibilidade da não preservação deste princípio, alegando, dentre outros motivos, a ausência de contato do Juízo *ad quem* com a prova e a ausência da ampla defesa; mesmo assim, é preferível que se acredite numa efetiva e segura justiça, a partir de um processo civil capaz de conviver com o duplo grau de jurisdição dentro da ótica de racionalização do tempo, sem comprometimento da efetividade da tutela do direito.

### 3.2 A instituição de novas formas procedimentais

No tocante às novas formas procedimentais põe-se em destaque a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei nº 9.099/95 e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº 10.259/2001.

O procedimento dos Juizados Especiais tornou mais acessível à busca da prestação jurisdicional para as pequenas causas, entendidas estas não só como a de menor valor econômico como também as de menor complexidade. Contudo, por ser amplamente informal, observa-se que há em tal procedimento, uma perda considerável da segurança jurídica e, conseqüentemente, maior probabilidade de erro na entrega da prestação jurisdicional. Não se quer dizer com isto, que esta perda na qualidade da entrega da prestação jurisdicional seja tão relevante que possa ofuscar os imensuráveis resultados alcançado pelos Juizados Especiais. Ao contrário, entende-se que com a busca de simplificação dos procedimentos com vistas a garantia de uma maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional, principalmente, em se tratando de causas de menor complexidade, é perfeitamente possível se atingir a efetiva tutela do direito e o resultado alcançado pelos juizados especiais têm demonstrado isto. Todavia, faz-se essa observação para que os operadores do direito, principalmente os juizes, não deixem passar despercebido que a simplificação do procedimento exige em contrapartida maior esforço do julgador no sentido de garantir, ao lado da efetividade, a segurança jurídica.

Uma outra importante forma procedimental instituída no processo civil brasileiro é a Ação Monitória, de que trata o Capítulo XV, do Título I, do Livro IV, do CPC. Esta, sem dúvida, representa um considerável avanço que se enxertou no sistema processual civil para garantir maior efetividade na tutela de direitos e que está produzindo bons resultados.

Com a instituição dos juizados especiais cíveis, através da Lei 9.099/95, foram instituídos também, como mecanismos alternativos de solução de litígios, a conciliação e a arbitragem, esta última, permitindo as partes a opção pela solução dos seus litígios através do que se pode denominar de justiça privada, viabilizando, assim, uma composição mais rápida da contenda. Mais tarde, com o surgimento da Lei nº 9.307/96, consolidou-se no ordenamento jurídico pátrio o instituto da arbitragem, oferecendo as partes essa via extrajudicial que pode ser utilizada como meio de pacificação dos litígios.

Conhecida como a Lei Marco Maciel, a lei da arbitragem vem a solucionar o grande obstáculo à freqüente e maior utilização do instituto no Brasil, qual seja o fato de não ter a cláusula arbitral força vinculante. Porém, um outro problema clama por solução. Diz respeito à efetiva execução da Lei, haja vista existir no Brasil poucas instituições de arbitragem, tal fato se justifica na não importância que tem sido atribuída ao instituto, porém a arbitragem existe e com a finalidade precípua de descongestionar o judiciário.

Todas as inovações introduzidas no processo civil pátrio, e são muitas, não estão sendo capazes de garantir o direito constitucional amplo de acesso à justiça aos que dela necessitam, embora tenha sido esta a intenção do legislador quando da criação da lei.

Contudo, não se pode deixar de perceber que tais inovações estão no caminho dos avanços que se pretende. Porém, a estrutura judiciária brasileira é de tal forma vinculada ao Estado Moderno, cuja inspiração do direito se fez no campo do individualismo impenitente, que os avanços acontecem ainda de forma muito lenta.

Até pouco tempo muitas eram as vozes que ecoavam afirmando que não haveria uma garantia de acesso à justiça com eficiente prestação jurisdicional, enquanto não se estabelecesse uma ampla reforma estrutural do Poder Judiciário, levando-se em consideração a realidade nacional com observação, inclusive, das disparidades regionais e das diferentes realidades de cada região. Hodiernamente, o sistema judiciário já convive com a reforma

implantada pela EC nº 45, que, inobstante tenha produzido mudanças estruturais no Poder Judiciário, do ponto de vista prático essas mudanças ainda não estão sendo apreciadas pela população.

### 3.3 A efetiva participação do juiz no processo

É muito comum os doutrinadores utilizarem os termos partes e sujeitos para designarem uma mesma situação jurídica, ou seja, referindo-se tanto aos sujeitos de uma obrigação ou de interesse protegido, quanto para designar os pólos ativo e passivo de uma demanda. Contudo, a relação processual, formada com a propositura do processo, face às exigências que se colocam a sua frente, com a indispensável solicitação de atendimento a uma ordem jurídica justa, dentro de um tempo razoável, exige uma definição de sujeitos, diferente da traçada em tempos pretéritos, mas, que não raro, é adotada nos dias atuais para justificar o não acolhimento de determinados institutos processuais.

O processo definido nos dias atuais como instrumento de regulação das relações sociais, não pode jamais oferecer limitações quanto aos seus partícipes(sujeitos), sobretudo, não permitindo que as partes se distanciem da figura do juiz, devendo ser encarada como verdadeira a recíproca dessa relação.

Ao juiz, por sua vez, não se concebe mais a possibilidade de simplesmente ditar a vontade da lei, mas, necessariamente, deve inserir-se de maneira ativa nos conflitos sociais. Somente vivenciando os dramas levados a seu conhecimento é que o juiz poderá exercer ativamente o seu papel e, com certeza, encontrará condições de pacificá-los, de modo a

aproximar os resultados da lide ao concretamente exigido e esperado por uma ordem verdadeiramente justa e efetiva.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico contemporâneo clama por profissionais preocupados efetivamente com a preservação de uma ordem jurídica justa e voltados para os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito, não se pode descurar do fato de que a reforma do Poder Judiciário deve passar também pela formação de uma nova magistratura, consciente do seu papel na aplicação do direito ao caso concreto, diante da nova legislação socializadora.

Aliás, graças a essa nova consciência que tem ganhado espaços na ciência processual civil e, por conseqüência, na mentalidade dos julgadores mais atentos às transformações sociais e à adaptação do direito a essas transformações, é que se tem visto nos últimos tempos o judiciário, ou pelo menos parte dos que o fazem, assumindo uma postura de busca de efetiva realização do direito e participação nos avanços em direção à prestação jurisdicional eficaz.

Foi-se o tempo em que o julgador encontrava-se proibido de assumir uma postura ativa no processo. Essa proibição é coisa do Código napoleônico que não deve passar nem de longe pela mentalidade do julgador atual e de todos que representam a consciência jurídica contemporânea.

Na sociedade atual a ordem jurídica não pode ser vista como algo incontestável, confinada na letra fria da lei e interpretada restritivamente.

Marinoni (2000, p. 101) bem traduz o papel do Juiz atual ao manifestar que:

Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir

(a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.

Para bem exercer o mister de julgar tutelando o direito para o caso concreto sempre portou o julgador a missão de bem interpretar o direito. Hoje, mais do que nunca, em função da necessidade de sua participação ativa no processo, está o juiz a depender mais ainda dessa missão e, para bem garantir a efetiva prestação jurisdicional, há que refletir a questão da eficácia do direito dentro de um sistema e, inclusive, com um certo desapego à forma.

Louva-se que esta tem sido a visão que está sendo inculcada na mente, senão de todos, de boa parte, dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que estão imbuídos do pensamento de fazer deste egrégio tribunal superior, o tribunal da cidadania.

Foi com esta visão que, v.g. julgando uma Ação de Adoção em Recurso Especial<sup>1</sup> numa ação de adoção de um menor que viveu durante oito anos sob os cuidados do adotante pré-morto e que, não obstante ter este assumido de fato, a relação paternal, faleceu sem interpor a ação competente, reconheceu o tribunal legitimidade ao cônjuge *superstite* para requerer a adoção do menor ao *de cuius*, avaliando assim a questão da legitimidade dentro de um interesse maior que é a tutela do direito do menor de ter a sua identidade familiar, dando interpretação extensiva ao art. 42, § 5º, com o art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e fazendo valer as garantias contidas no art. 227, da CF, que assim estabelecem:

Art. 42, § 5º da Lei nº 8.069/90: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

<sup>1</sup> Recurso Especial nº 457.635-PB (2002-0104623-0).

Art. 6º: Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 227, da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Louva-se também que este foi o mesmo posicionamento do juiz singular que ao lado do Ministério Público assumiu uma posição ativa no processo e, por isto, não vacilou ao perceber que, no caso, a justiça se colocou acima da mera interpretação literal e restritiva da norma com apego à forma e deu a interpretação olhando para todo o sistema normativo e observando no próprio interesse individual de quem propôs a ação um interesse maior que foi o interesse social envolvido na situação de fato em análise, interesse este de atribuir ao menor a identificação familiar já reconhecida de fato pela própria sociedade, que sempre o conheceu como filho do falecido. São posicionamentos como este que foi assumido pelo juiz e pelo Ministério Público na situação comentada supra, que nos transmitem a convicção de que o caminho para a efetiva tutela do direito e realização da justiça tem saída sim, e ela está sendo cada vez mais buscada na nova consciência que está se formando nos operadores do direito.

Ao se portar de tal maneira está o julgador compreendendo a nova visão da teoria geral do processo, bem refletida nas lições de Moacir Mota da Silva (1998, p. 112-113) que são conclusivas no sentido de que:

É necessário que formulemos uma releitura conceitual de interesse processual oriundo do tradicional pensamento liberal, individual, para uma dimensão coletiva, na qual as pessoas são vistas no plano da sociedade como um todo. É preciso que nos conscientizemos de que os tradicionais institutos



processuais estudados pela Teoria Geral do processo, como, por exemplo, jurisdição, princípio dispositivo, princípio inquisitivo, processo, ação, legitimação, interesse processual, precisam ser repensados para uma nova visão de interesses de massa.

A Teoria Geral do Processo, em sua versão moderna, fundada na nova concepção do Estado Democrático de Direito, vem construindo a idéia segundo a qual o conceito de prestação jurisdicional representa algo mais do que simples técnica de procedimento. A função jurisdicional dirige-se no sentido de que o juiz, ao examinar conflitos de interesses difusos, interesses de massas, reconheça que está diante de matéria que envolve valores éticos que afetam a sociedade como um todo. A partir dessa perspectiva, o conceito de jurisdição deve buscar inspiração nos valores éticos e sociais do homem.

(...) A moderna Teoria Geral do Processo vem haurindo conhecimentos da sociologia, da política, da ética, no sentido de construir novo perfil da jurisdição. Em tais condições, o juiz, ao exercer a função jurisdicional, deve ter necessário conhecimento e sabedoria para discernir que o apego a regra formal não deve ser observada ao extremo, dificultando o direito examinado no processo.

Essa é a mentalidade com a qual deve se portar o julgador contemporâneo que, ao assumir esse novo perfil, se torna capaz de corroborar no impulsionamento das instituições jurídicas em direção à realização de uma justiça efetivamente justa.

Porém, não basta a sensibilidade para decidir com justiça. O juiz ativo é aquele que, não apenas interpreta bem o direito, mas busca a verdade contida em cada situação de fato através da prova. Aliás, em matéria de prova, o juiz é quem é o destinatário desta e, por isto, possui o poder instrutório e o poder de iniciativa, com tal amplitude, que lhe permite, inclusive, *ex officio* reabrir a instrução processual e determinar a produção de novas provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fascinante qualquer estudo que se faça sobre a visão dos cientistas que incorporam a nova ciência processual, acerca da questão da efetividade na prestação jurisdicional em nome da tutela do direito, permitindo-se o acesso à ordem jurídica justa.

Além de fascinante, dar ao pesquisador a confirmação de que o cientista processual é, antes de tudo, um cientista e, como tal, o que ele pensa e afirma tem razão de ser em constatações fáticas que ele mesmo comprovou, pois é nisso que consiste o poder investigativo.

Porém, o que há de salutar é ver que o direito continua caminhando no sentido da plena justiça e a própria ciência processual tendo consciência do seu papel de colaborar substancialmente para que o Estado jurisdicional cumpra com sua função de realizar efetivamente a tutela do direito, garantindo a efetivação da cidadania que só pode se concretizar em sua plenitude se for permitido e garantido também ao cidadão o acesso a uma justiça igualmente efetiva.

Diante dos resultados colhidos com a pesquisa e esboçados ao longo deste trabalho monográfico, é de se reconhecer, pois, que a ciência processual está fazendo a sua parte dentro desse processo de busca de garantia de amplo acesso à justiça. Acontece que, na verdade se trata de um processo que reúne, além do conhecimento científico, todo um conjunto de fatores sociais, políticos e econômicos, que não permitem uma solução rápida da questão que já é do domínio da ciência.

É importante saber, contudo, que ao lado da ciência, mesmo que lentamente, o legislador e o operador do direito, caminham também no sentido de alcançar meios para garantir a efetividade do processo e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional, vez que

aquele é instrumento deste. O legislador incrementa inovações no Código de Processo Civil e institui procedimentos novos, o que não basta, porque é preciso que se crie um sistema jurídico amplamente identificado com a conjuntura nacional, esquecendo modelos inspirados numa realidade completamente divorciada da nossa. O profissional, notadamente o juiz, que começa a perceber que seu papel vai além, muito além, da simples condução do processo, com interpretação restrita da norma e até indiferença diante dos acontecimentos processuais, mas mesmo em face dessa realidade parte para uma posição ativa no processo, analisando o direito dentro do sistema e buscando a efetiva justiça, com base em princípios como o da instrumentalidade e o da efetividade do processo. Pena é que muitos juízes ainda não foram capazes de perceber e, se o foram não querem compreender esta faceta que se constitui na mais importante da sua missão de bem julgar.

Por outro lado, percebe-se que o Ministério Público, investido do papel de advogado da sociedade, bem como os advogados, também podem ter sua participação nesse despertar para essa consciência de que a efetiva tutela do direito e garantia ampla de acesso à justiça passa pela convicção de que se o direito for interpretado dentro do sistema é possível que ele seja tutelado efetivamente pelo Estado, com a estrutura normativa que temos, porque, comprovadamente, temos uma Constituição que nos permite avanços na direção da justiça cidadã.

Uma justiça efetiva. Essa é sem dúvida uma questão reclamada por todos os cidadãos e que envolve a todos indistintamente. Não se fala muito, no trato desta questão, de que ela não será, senão resolvida, pelo menos significativamente atenuada, se o poder executivo não compreender qual o seu verdadeiro papel nesse contexto. Como pode o executivo participar na formação de um Estado capaz de exercer de forma eficaz a jurisdição? Não é sua também essa preocupação? Ficam aqui essas indagações como contribuição para os que pretendem fazer reflexões posteriores sobre o tema.

Contudo, não nos iludamos. Por mais que se busque aprimorar as instituições com vistas à garantia de acesso a uma justiça efetivamente justa a questão da efetividade da tutela do direito e no exercício da prestação jurisdicional será sempre nova, uma vez que deverá estar em consonância com a constante evolução da sociedade e suas conquistas, que, necessariamente, implicará sempre na conquista de novos direitos, haja vista que onde está a sociedade, está o direito.

Assim sendo, cumpre, nesta oportunidade ressaltar que os objetivos delineados para a realização deste trabalho investigativo, foram atingidos, senão em sua plenitude, mas em sua maioria, essa realidade pode ser sentida quando da realização de uma análise de seu conteúdo.

Contudo, por tratar-se de uma produção científica, não se pode jamais afirmar que se trata de verdades absolutas, prontas e acabadas, mas de uma investigação apta a ser complementada e até contestada, por tratar-se de um assunto em constante evolução. Porém, o finalizo na certeza de que todo esforço foi empreendido para atingir as metas inicialmente traçadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. 109. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997.

CAPELLETTI, Mauro / GATH Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *et all. Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CONSULEX, Revista Jurídica. Ano III. Volume I. Nº 36. 31 de dezembro de 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código do Processo Civil*. 2. ed. Rev. e Ampl. com A Nova Disciplina do Agravo. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. *Juizados Especiais Cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coleção controle jurisdicional dos atos do Estado*. Vol. 1 – Ação Popular. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Hábeas Data"*. 21. ed. Atualizada por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1990.

NERI JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo de Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Helber de. *O réu na tutela antecipatória do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SILVA, Moacyr Motta da. / Josiane Rose Petry Veronese. *A Tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.1 Rio de Janeiro: Forense, 2001

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.