

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

**DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: a urgência de se
falar num Processo Civil Coletivo Jurisdicional Democrático**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Alexsandra Gato Rodrigues

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

**DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: a urgência de se
falar num Processo Civil Coletivo Jurisdicional Democrático**

Alexsandra Gato Rodrigues

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de
Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração Direitos Emergentes na
Sociedade Global, com ênfase na Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em
Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial
à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Rodrigues, Alexsandra Gato

DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: a urgência de se falar num Processo Civil Coletivo Jurisdicional Democrático / Alexsandra Gato Rodrigues.-2015.
108 p.; 30cm

Orientador: Cristiano Becker Isaia
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de Pós-Graduação em Direito, RS, 2015

1. Processo Civil Coletivo 2. Processo Jurisdicional Democrático I. Becker Isaia, Cristiano II. Título.

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Dissertação**

**DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: a urgência de se falar num
Processo Civil Coletivo Jurisdicional Democrático**

elaborada por
Alexsandra Gato Rodrigues

como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA

Cristiano Becker Isaia, Dr.
(Presidente/Orientador)

Angela Araújo da Silveira Espindola, Dr^a. (UFSM)

Jaqueline Mielke da Silva, Dr^a. (IMED)

Santa Maria, 27 de abril de 2015.

AGRADECIMENTOS

"Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe." (Clarice Lispector)

O caminho até aqui só foi possível porque pessoas importantes estiveram comigo nessa trajetória. Hoje preciso agradecer algumas, não que outras não tenham sido marcantes, porém essas foram as mais presentes.

À minha mãe Tania e minha irmã Cristiane pelo amor incondicional, pelo carinho e pela compreensão e incentivo durante estes dois anos de Mestrado, mas principalmente por entender que a família é a que sofre as maiores renúncias.

Ao meu orientador Cristiano Becker Isaia: "Um mestre, à diferença de um professor, não está interessado em lhe dar o livro certo, pois sabe que esse livro não existe. Ele está interessado em mudar você, a pessoa, colocando-o de cabeça para baixo, mexendo com a totalidade de seu ser. As palavras unicamente são valiosas, quando você não conhece o valor do ser. O verdadeiro mestre é aquele que lhe coloca em situações de aprendizagem e não o que lhe indica um "bom" livro" (WARAT, Luis Alberto). Professor gostaria de agradecer a confiança em mim depositada e pelo ensinamento no decorrer desses dois anos de convívio.

"Amigo é coisa pra se guardar debaixo de sete chaves, dentro do coração..." (Milton Nascimento) e eu guardo do lado esquerdo do peito e não poderia deixar de agradecer a minha ex aluna, amiga e parceira de todas as horas, Kelen Cezimbra, pelo carinho, pela amizade e pela correção ortográfica desse trabalho.

Aos colegas de mestrado, em especial, a Danielle Gadenz pela amizade e cumplicidade nesses dois anos de curso, "Dani", palavras não são suficientes para agradecer, mas ter te conhecido foi um grato presente nessa jornada.

A minha colega de escritório Sandra Monteiro Dal Rosso, não só pela amizade, mas sobre tudo, por entender tanto meus inúmeros afastamentos e, por sempre me fazer acreditar que eu podia chegar até aqui.

As professoras Angela Araújo da Silveira Espindola e Jaqueline Mielke da Silva que gentilmente aceitaram fazer parte da banca de defesa.

Ao programa de mestrado (PPGD/ UFSM) e a todos os professores que acompanharam minha trajetória acadêmica. Muito Obrigada!

RESUMO

Dissertação de Mestrado
Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal de Santa Maria

DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE: a urgência de se falar num Processo Civil Coletivo Jurisdicional Democrático

AUTORA: ALEXSANDRA GATO RODRIGUES

ORIENTADOR: CRISTIANO BECKER ISAIA

Data e Local de Defesa: Santa Maria, 27 de abril de 2011.

O presente trabalho estuda a necessidade da superação do individualismo processual, consubstanciado em um modelo de processo que se critica. A pesquisa se desenvolve, reconhecendo que os paradigmas que informaram a sociedade industrial, já não são suficientes para resolver os conflitos da sociedade nas últimas décadas. Os institutos clássicos do processo, há muito se mostram impotentes para a tutela de direitos, especialmente os novos direitos coletivos. Nesse viés, se indaga se atual modelo de processo está apto a responder as demandas coletivas. Para desenvolvimento desta pesquisa será utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que parte de questões gerais, tais como a análise da evolução do processo civil no Estado Moderno, do modelo procedimental individualista ao processo civil coletivo da sociedade em rede, para então tratar de questões específicas do processo civil (coletivo) jurisdicional democrático através do protagonismo da Constituição. A partir da constitucionalização, o processo deixa de ser visto no seu aspecto formal como uma simples sucessão de atos indispensável à função jurisdicional para incorporar um elemento de justiça que o transforma no meio pelo qual se promove a concretização dos valores e princípios constitucionais. O processo coletivo passa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, um “novo” modelo de processo obtido por meio de uma “nova” leitura da Constituição, torna-se possível a partir do reconhecimento do princípio do contraditório como a possibilidade das partes de influir na formação, de forma crítica e construtiva, do conteúdo das decisões judiciais (Sentença Liminar de Procedência), por meio de um debate prévio de todos os participantes.

Palavras-Chave: Processo coletivo, Constitucionalização, Processo democrático.

ABSTRACT

Master's Dissertation
Law Postgraduate Program
Federal University of Santa Maria

NETWORK SOCIETY RIGHTS: the urgency of speaking in Civil Procedure Collective Democratic Constitutional

AUTHOR: ALEXSANDRA GATO RODRIGUES

SUPERVISOR: CRISTIANO BECKER ISAIA

Date and Place of Defense: Santa Maria, April, 27, 2015.

This paper studies the need to overcome the procedural individualism embodied in a process model that is criticized. The research develops recognizing that the paradigms that have informed the industrial society are no longer sufficient to resolve the conflicts in society in recent decades. The process of classical institutes have long been powerless to show the protection of rights, especially the new collective rights. This bias is questioned whether the current process model is able to answer the collective demands. For development of this research will be used deductive approach method, as part of general issues such as the analysis of the evolution of civil procedure in the modern state, the individualistic procedural model to the collective civil procedure of the network society, then treat specific issues of civil procedure (collective) democratic judicial through the role of the Constitution. From the constitutionalization process is not seen in its formal aspect as a simple succession of acts essential to the jurisdictional function to incorporate an element of justice which makes it means by which promotes the achievement of values and constitutional principles. The collective process is perceived as a developer institute the democratic game, a "new" process model obtained by means of a "new" reading of the Constitution, it is possible from the recognition of the adversarial principle as the possibility of parties to influence the formation of critical and constructive manner, the content of judicial decisions (injunction Judgment of Origin), by means of a preliminary discussion of all participants.

Keywords: Collective Process, Constitutionalisation, democratic process

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	09
<u>1 A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL NA MODERNIDADE: DO MODELO INDIVIDUALISTA AO (DESEJADO) MODELO COLETIVO NA SOCIEDADE EM REDE</u>	14
<u>1.1 Estado moderno e jurisdição processual civil: a jurisdição processual da reprodução dos direitos de liberdade e de contratos no Estado Liberal</u>	18
<u>1.2 A nova roupagem da jurisdição processual civil no Estado Social: o judiciário ativista e criador de direitos sociais</u>	26
<u>1.3 A jurisdição processual civil e seus desafios no Estado Democrático de Direito: a crise do elemento procedural individualista no desvelar dos direitos (coletivos) da sociedade em rede</u>	35
<u>2 DIREITO PROCESSUAL CIVIL COLETIVO: UM NOVO MODELO PROCESSUAL OU UM VELHO PROCESSO COM NOVA ROUPAGEM?</u>	43
<u>2.1 A (re)compreensão da jurisdição processual civil no marco do Estado Democrático de Direito: a urgência de um neoprocessualismo coletivo</u>	46
<u>2.2 Os direitos da Sociedade em Rede: em busca de uma tutela constitucional democrática</u>	52
<u>2.3 Ações coletivas versus discricionariedade judicial: argumentos de princípio e dever de fundamentação das decisões judiciais</u>	60
<u>3 PROCESSO COLETIVO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO</u>	70
<u>3.1 O Papel do Direito e da Jurisdição nas ações coletivas: a dimensão constitucional democrática e a proteção de direitos da sociedade em rede</u>	73
<u>3.2 Desafios do processualismo jurisdicional coletivo democrático</u>	82
<u>CONCLUSÃO</u>	96
<u>REFERÊNCIAS</u>	101

INTRODUÇÃO

Considerando que os paradigmas que informaram a sociedade industrial já não são mais suficientes para resolver os conflitos da sociedade nas últimas décadas, surge a necessidade da superação do individualismo processual, de perfil liberal-normativista, apresentando-se o processo coletivo jurisdicional democrático como forma de superar esse individualismo.

Tendo em conta que o Estado ainda é responsável pela produção do direito e da jurisdição, uma vez que as criações legislativas e jurisprudenciais estão a ele intimamente vinculadas, pertinente se faz a análise da adequação ou não do modelo vigente de jurisdição do paradigma racionalista, que se mostrou útil, por longos anos, na solução de conflitos individuais.

O peso da herança racionalista não permite que o direito processual se compatibilize com as exigências de um Estado Democrático de Direito, e as decisões judiciais deixam de concretizar direitos, limitando-se, tão somente, a dizer os direitos. Os institutos clássicos do processo há muito se mostram impotentes para a tutela de direitos, especialmente os novos direitos típicos de uma sociedade complexa e em rede, como os *direitos coletivos*.

A relevância do tema proposto, no presente trabalho, reside na necessidade de construção de um processo civil coletivo atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual precisa superar o paradigma racionalista e os valores liberais individualistas que remanescem nesse contexto. É esta reestruturação que necessita a sociedade complexa, ou seja, romper com os paradigmas de pensamentos jurídicos rígidos, principalmente aqueles de cunho liberal, que não se prestam à tutela que necessitam os interesses coletivos. O julgamento visando apenas a quantidade, sem a preocupação com a qualidade pode gerar patologias decorrentes do solipsismo, assim, procura-se identificar o problema de, em qual medida, a adoção do processo coletivo pode ser capaz de promover a reforma da jurisdição e aproximar o judiciário das demandas da sociedade do século XXI.

Ocorre que o direito processual herdado do direito romano, estava preparado e comprometido apenas com a preservação dos interesses privados individuais. Entretanto, os instrumentos processuais que se mostravam suficientes para a solução dos litígios havidos na sociedade liberal, perderam agora sua funcionalidade, diante dos novos conflitos coletivos. E, considerando que o novo constitucionalismo apresentou como característica principal uma Constituição compromissária e dirigente e, assim, questões que antes eram resolvidas apenas

no âmbito das decisões políticas, passaram a ser objeto de intervenção judicial, houve um aumento no número de demandas. A consequência é que os princípios antes reguladores do direito, com enfoque apenas ao indivíduo, não conseguem mais responder aos postulados decorrentes dos direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais reclamando a superação do modelo vigente.

Almeja-se um processo civil associado a um Judiciário modernizado, que identifique as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos que atuam no processo em um dimensionamento espaço-temporal compatível às exigências constitucionais. É preciso revisar as estruturas do direito processual civil coletivo. É necessário democratizá-lo.

A pesquisa proposta, justifica-se, inicialmente, ao pretender demonstrar que, notadamente a partir do segundo pós-guerra, a jurisdição assume uma função essencial na busca dos direitos abnegados pelo positivismo. Entretanto, o direito processual civil não acompanhou o surgimento dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente, tornando-o um instrumento pouco ou nada democrático. Destarte, o processo encontra-se num déficit de realidade, produzido principalmente pela irrestrita filiação ao “método” ordinário-declaratório, o que reforça a atualidade do tema que se propõe investigar.

Nesta senda, a estruturação deste (novo) processo coletivo jurisdicional democrático somente pode ser perfeitamente atendida, a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo. E aqui, a alusão ao tema “processo jurisdicional democrático”, se deve à filiação desta pesquisa, ainda que parcial, à teoria defendida pela Escola Mineira de Processo, em especial, a tese proposta por Dierle Nunes, bem como a alusão a “sociedade em rede” diz com a expressão cunhada por Manuel Castells o qual será sinteticamente explanada no item 1.3.

A presente proposta de dissertação guarda relação com a linha de pesquisa deste programa, intitulada “Direitos da Sociedade em Rede”, já que sua preocupação principal está, através de um processo jurisdicional democrático, em se buscar, principalmente a partir da sumarização do procedimento, a concretização dos direitos sociais-fundamentais, ou seja, da própria Constituição, a fim de que através da efetividade do processo, se encontrem respostas constitucionalmente adequadas em direito.

Deste modo, ao que essencialmente esta pesquisa se propõe, é romper com a função eminentemente declaratória presente na atividade jurisdicional (rito ordinário), para se pensar em um “novo” processo civil coletivo jurisdicional democrático. O que se busca é um

processo que aproxime o procedimento do próprio fato/direito submetidos em juízo, aproximando-os também da própria sociedade e que não apenas limite a atividade jurisdicional à reprodução da lei, como reza o modelo racional-liberal. Se, no passado, o direito processual conheceu de técnicas de sumarização, aptas à aproximação do instrumento processo ao caso concreto, proporcionando uma maior efetividade, qualquer pesquisa que busque emergir o que foi esquecido é plenamente justificável.

Para desenvolvimento desta pesquisa será utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que parte de questões gerais, tais como a análise da evolução do processo civil no Estado Moderno, do modelo procedimental individualista ao processo civil coletivo da sociedade em rede, para então tratar de questões específicas do processo civil (coletivo) jurisdicional democrático através do protagonismo da Constituição. Como técnica de pesquisa, foi empregada a bibliográfica, por meio de apanhado doutrinário sobre o tema, utilizando-se o método de procedimento histórico na verificação das matrizes políticas e jurídicas sobre o tema, sobre as quais se buscou inserir a perspectiva filosófica.

Sinteticamente, neste processo coletivo constitucionalizado e democrático, desenvolvido no âmbito de um sistema dialético, que garante uma “racionalidade procedimental” discursiva e argumentativamente construída em contraditório, prioriza-se, de um lado, o direito das partes de participar da construção da decisão jurisdicional e, de outro lado, o dever do magistrado de fundamentar essas decisões, demonstrando racionalmente que as alegações das partes foram consideradas e, com isso, possibilitar o controle da sociedade e legitimar sua atuação.

Nesta perspectiva, faz-se necessária a busca de uma estruturação processual que permita o exercício de um controle compartilhado sobre o papel do magistrado e das partes que não represente um retorno a ciclos históricos já suplantados (liberalismo processual). Deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva co-participativa, não mais embasado no protagonismo do juiz, mas, em sua atuação responsável, competente e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais. Um processo pluralista, em que os segmentos da sociedade terão participação ativa no dizer o direito, rompendo com o espectro individualista de processo e com o solipsismo judicial, para satisfazer os valores democráticos, legitimando a própria atuação jurisdicional.

Somente assim, poderá o processo atender ao desejo constitucional de democratização da prestação jurisdicional e alcançar um real status de Estado Democrático de Direito, preconizado na Constituição Federal, a partir de um (re)olhar processual que conduza o direito processual civil coletivo a aproximar, democraticamente, o procedimento (a forma) do

caso concreto (substância) e o juiz da comunidade, da própria situação fática que se apresenta e da resposta, constitucionalmente adequada àquele caso concreto, superando a influência científico-processual (método), remanescente ainda no século XIX, que separou o mundo jurídico do mundo dos fatos. Assim, propõe-se o resgate de algumas funções exercidas pelos magistrados romanos, distintas do procedimento da *actio*, ciente da preocupação em evitar o cometimento de decisionismos ou arbitrariedades pelos juízes.

Em outras palavras, pretende-se viabilizar a concessão do “bem da vida” litigioso, digno de receber a preocupação constitucional, tornando possível que a função jurisdicional seja exercida num primeiro estágio de mérito e terminal, de modo a conceder ao autor, com fulcro num juízo de verossimilhança, o bem da vida que o legislador (especialmente constitucional) prometera, coisa que o paradigma liberal-racionalista não pode sequer imaginar, mas que, ao contrário, mostra-se perfeitamente compatível com um Estado que almeja efetividade nas decisões jurisdicionais. A condição de possibilidade está em permitir ao processo civil coletivo conviver práticas de sumarização processual e procedimental-material, aptas, democraticamente, ao enfrentamento de uma complexidade de contingência social.

O presente trabalho foi estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro capítulo trata da evolução da jurisdição ao lado da evolução do Estado Moderno, identificando a crise de paradigmas, na qual a modernidade vê-se envolvida e os grilhões que mantêm a jurisdição ainda presa a valores já incompatíveis com a contemporaneidade.

O segundo capítulo guarda relação com os direitos coletivos da sociedade em rede e, principalmente, com o protagonismo da Constituição e a questão principiológica. Assim como foi necessária uma nova mentalidade para construir o arsenal brasileiro das ações coletivas, a aplicação correta da lei também depende de uma nova postura. Aqui a proposta não é a de esmiuçar o procedimento das Ações Coletivas, apenas noticiá-las dentro do ordenamento processual brasileiro, pois o cerne desse trabalho encontra-se na teoria da decisão. A implantação de um processo jurisdicional democrático não depende de reformas legislativas dos textos dos códigos, mas sim de uma nova mentalidade capaz de (re)estruturar o comportamento dos sujeitos do processo rumo à valorização dos princípios constitucionais.

O terceiro e último capítulo trata do processo coletivo jurisdicional democrático com a busca de um *locus* processual de abertura à sociedade (Sentença Liminar de Procedência), rompendo com a estrutura tripartite em processo e, conseqüentemente, com uma função jurisdicional institucionalizada na posição de um terceiro a quem incumbe ditar o certo ou o

errado. Através da participação efetiva das partes na construção da decisão judicial por meio de um contraditório diferenciado e de uma ampla defesa.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL NA MODERNIDADE: DO MODELO INDIVIDUALISTA AO (DESEJADO) MODELO COLETIVO NA SOCIEDADE EM REDE

No primeiro capítulo desta dissertação pretende-se estudar a evolução da jurisdição processual civil, tendo em vista os aspectos históricos que a prendem a um perfil liberal racionalista (individualista), como se observará adiante, bem como o que se espera dessa jurisdição, no seio de um Estado Democrático de Direito, sob a égide de um processo civil coletivo jurisdicional democrático em uma sociedade em rede.

Assim, falar sobre a concepção e a função da jurisdição é também discutir sobre o perfil do Estado. “A ideia de direito, no Estado moderno, suscita, desde logo, a ideia de jurisdição” (BAPTISTA DA SILVA, 2008, p. 11). Antes de se defender um tipo de jurisdição, é preciso observar o Estado atual. No contexto do mundo globalizado, as reflexões sobre Estado moderno na contemporaneidade são de suma importância, devido às mudanças estruturais da política nacional e internacional, pois estas impõem profundas transformações neste Estado, seja no que diz respeito às funções estatais, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia ou, ainda, à promoção e proteção de direitos (ESPINDOLA, 2008,p.93).

Admitindo-se a modernidade como marco do surgimento do Estado moderno, passa-se a partir daí, a se poder falar de uma função essencialmente jurisdicional. Antes de ser um monopólio estatal, nos primórdios da civilização, o direito era tido como uma manifestação divina, revelado aos sacerdotes a fim de legitimar a defesa privada. Desta forma, não pode ser identificada uma função jurisdicional.

A feição assumida pelo Estado, repercute no modelo de produção do direito e da jurisdição, em que pese o direito ou a atividade jurisdicional nem sempre ter pertencido ao

monopólio estatal, pois este só surge na modernidade e foi, a partir daí, que passou a reproduzir uma concepção à jurisdição e ao direito por ele regulamentado.

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que o surgimento da jurisdição estatal coincide com a formação do Estado moderno, onde ambos (estado moderno e jurisdição estatal) despontam em rompimento com a sociedade medieval, sociedade essa, caracterizada pela descentralização de poder e na qual se admitiam diversas formas de solução de conflito. Assim, em meio à ruína do medievo, se erguem as bases do Estado moderno, que em sua primeira forma se apresentou na forma absolutista, transformado posteriormente em liberalismo, pretendendo a seguir, ser Estado social e, atualmente, Estado Democrático de Direito (STRECK e BOLZAN, 2010, p. 44/45).

O direito está intimamente ligado ao conceito de sociedade, bem como essa ao conceito de direito. O direito tem, neste aspecto, uma função ordenadora, agindo a ordem jurídica como vetor de organização social, como forma de controle social. Entretanto, a superação dos conflitos sociais intersubjetivos nem sempre se deu pela imposição da ordem jurídica, mediante uma atuação estatal soberana justa, provocada pela parte insatisfeita, seja pela resistência de outrem, seja pelo veto jurídico à resolução voluntária da insatisfação.

Nos primórdios da civilização, os povos eram desprovidos de um órgão estatal capaz de pacificar os ímpetos individualistas e fazer valer os interesses do ordenamento jurídico, sobrepondo-se ao dos particulares, nem sequer normas gerais e abstratas existiam. Desse modo, a resolução dos conflitos se dava, essencialmente, através da autotutela ou autodefesa (poder do mais forte), evoluindo para a autocomposição (uma das partes em conflito, ou ambas, abrindo mão do interesse, ou de parte dele, de forma a se chegar num consenso), para, só então, depois se imiscuir em um sistema consubstanciado na eleição de um terceiro, que seria um árbitro, um ser imparcial e de confiança mútua entre os conflitantes, que resolveria a pendência levada ao mesmo.

Nesta mesma senda, evoluindo, posteriormente, para a arbitragem obrigatória, surgindo, assim, a figura do juiz proferindo seu veredito, de forma que, a jurisdição acabou ocupando posição preponderante na condição de forma de solução de conflitos.

O Estado chama para si, em substituição à justiça privada, o monopólio de dirimir os conflitos sociais através do poder/dever de dizer o direito, por meio da jurisdição.

Conforme leciona Darci Ribeiro (2010, p.36/37), o Estado tem “o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que o solicite”, assim o Estado na medida que veda a justiça privada (salvo em casos expressamente previstos em lei) tem na jurisdição o poder/dever (porque se trata de uma função típica estatal) de resolução de conflitos.

A jurisdição é, antes de tudo, uma função inerente à origem do Estado e do próprio direito, a partir da sociedade e de seus conflitos, relacionando a coletividade à ideia de ordem e de justiça. Em sua mais simples definição, tomada a partir da etimologia do próprio substantivo (do latim: *juris + dictio*), pode ser considerada através da atividade em dizer o direito, no sentido de identificar a norma em abstrato e de aplicá-la em determinada situação concreta, com o fim de dissolver o litígio.

Note-se que, diversas são as concepções doutrinárias que se utilizam-se para conceituar jurisdição, através de diversos critérios que buscam esclarecer um sentido à função jurisdicional, no entanto, esse não é o objetivo dessa pesquisa.

Chiovenda (2008, p.3) define a jurisdição como sendo a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

A teoria de Chiovenda sobre a jurisdição parte da premissa de que a lei, norma abstrata e genérica, regula todas as situações que eventualmente ocorram em concreto, devendo o Estado, no exercício da jurisdição, limitar-se à atuação da vontade concreta, declarando direitos preexistentes e atuando na prática os comandos da lei, caracterizando-se, assim, pelo seu caráter substitutivo.

Para Carnelutti (1997, p. 28), a jurisdição seria a busca pela “justa composição da lide”, mediante sentença de natureza declarativa. Esta ideia, porém, se repete em diversos outros juristas, pois, a jurisdição é pensada segundo um esquema metódico da lógico-dedutiva aplicação das normas legais. E o juiz, por sua vez, é tomado como um simples operador dessa aplicação.

Couture (1958, p.40) define a jurisdição como

Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

No entanto, tais pensamentos não condizem com uma jurisdição constitucional democrática, uma vez que extremamente presos aos grilhões do racionalismo. Impende destacar que, para alguns doutrinadores, o conflito não é elemento necessário à conceituação da jurisdição ou é insuficiente para defini-la, já que cabe à jurisdição a tutela de interesses sociais relevantes, qualquer que seja sua origem, a função jurisdicional não se esgotaria na composição das lides, cabendo ao Estado a administração de interesses sociais relevantes,

assim considerados aqueles em que o direito exige a intervenção do Estado-juiz, para sua concretização. Tem-se, pois, a prestação jurisdicional na prevenção e/ou na solução dos conflitos e na administração de determinados interesses particulares.

No paradigma de um Estado Democrático de Direito, segundo Hommerding (2007,p. 146) “a jurisdição que efetivamente se quer é outra. Contemporaneamente, a jurisdição deve ser vista como jurisdição constitucional(izada)”.

No evoluir do direito, em especial neste trabalho, com os direitos coletivos decorrentes de uma sociedade em rede, não há como imaginar essa evolução sintonizada com as transformações sociais, sem que isso, necessariamente, seja seguido por uma interrogação acerca do sentido da jurisdição. Disto, percebe-se que a posição repressiva ou reparadora assumida pela jurisdição estatal resta insuficiente para lidar com a emergência dos novos direitos.

O sistema de tutela coletiva, por sua vez, não tem como fim restaurar uma situação de entendimento social. Ao contrário, seu adequado manejo permite a reestruturação de institutos de grande porte, visando à melhoria das condições sociais e à concretização de valores públicos fundamentais. Tal função se coaduna com a noção de jurisdição atrelada à ordem constitucional, tal como desenvolvida por Owen Fiss (2004, p.4), a função dos órgãos jurisdicionais seria “dotar de significado específico os valores públicos expressos na Constituição.”

Pretende-se demonstrar nesta pesquisa, que a sociedade pluralista e complexa que emerge no mundo globalizado (sociedade em rede), exige uma jurisdição que seja compatível com as transformações sociais e com a prática de um autêntico regime democrático. A jurisdição constitucional que se pretende, no Estado Democrático de Direito, não pode estar presa aos ideais racionalistas de, simplesmente, reduzir-se a um qualquer raciocínio dedutivo da vontade da lei, tampouco a uma lógica aplicação ou a uma estrita decisão a partir da incorporação da linguagem do constitucionalismo ao direito processual civil.

O que se pretende desta jurisdição constitucional(izada), é a resolução de uma controvérsia prática (caso concreto), sendo capaz de exprimir-se na convocação de posições divergentes sobre o mesmo caso ou questão prática, mediante uma ponderação argumentativa, racionalmente orientada, que conduz, por isso mesmo, a uma solução baseada no policentrismo processual (com importância e divisão de papel entre todos os envolvidos) e guiadas por questões de princípios (integridade e coerência). Sem dúvida, esse é o desafio do processo civil coletivo jurisdicional democrático, que neste capítulo começa a ser delineado com base na evolução da jurisdição no Estado moderno, que passa-se a analisar.

1.1 Estado moderno e jurisdição processual civil: a jurisdição processual da reprodução dos direitos de liberdade e de contratos no Estado Liberal

O Estado moderno nasceu primeiramente como Estado absolutista, ao apresentar uma resposta aos diversos problemas e contradições que surgiram com a desintegração da sociedade feudal. Neste sentido, a passagem do medievo para a modernidade exigiu a imposição do poder político para superar a grave crise que se abateu na Europa durante o século XVI (BOLZAN DE MORAIS, 2007, p. 153/154).

Não há data que precise a passagem do feudalismo, ou da forma estatal medieval para o capitalismo, quando surge o Estado moderno em sua primeira versão – absolutista –, pois, durante dois séculos, esses modelos coexistiram. Aos poucos, a organização social feudal é substituída pelo Estado moderno, no qual os mais diversos poderes dispersos pelos feudos são substituídos e unificados no poder soberano da monarquia absoluta (STRECK; MORAIS, 2010. p. 25).

Com o fim da unidade da Igreja Católica e da fragmentação do poder existente nas relações feudais, o Leviatã (Estado absolutista) apareceu como uma resposta à instabilidade criada pelas guerras religiosas e pela desintegração do feudalismo, ao impor toda sua força política contra qualquer forma particularista de poder que pudesse resistir a suas investidas centralizadoras.

Nascido dentro deste contexto, o Estado moderno é uma criação dos homens, apresentado como instrumento da vontade racional dos indivíduos, cuja forma básica se dá através da mediação, pelo Contato Social (Rousseau), entre Estado de Natureza e Estado Civil. Assim, este primeiro estado da modernidade – absolutista - inova ao passar o poder a uma Instituição, o Estado, tendo por condições de existência: território, nação, potência e autoridade, concentrando os poderes nas mãos do monarca. Esta centralização do poder foi essencial para os propósitos da burguesia que, no nascedouro do capitalismo, por razões econômicas “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010. p. 46/47).

O Estado moderno tem sua origem na ruptura com a multiplicidade de instâncias de poder que caracterizava a Idade Média. Nesta, desconhecia-se a ideia de um poder público fincado na figura do Estado. O Príncipe, cujo poder era limitado por elementos de natureza ético-religiosa e social, estava vinculado, num plano de igualdade, com os senhores feudais, ao complexo entrelaçado de direitos e deveres que caracterizava a sociedade medieval.

Enquanto no medievo o senhor feudal era proprietário dos meios administrativos, cobrando tributos, aplicando sua própria justiça e tendo o seu próprio exército, por exemplo, no Estado moderno esses meios administrativos não são mais patrimônio de ninguém. Toda a administração da sociedade era centrada na figura do Estado e espelhada no soberano, titular de um poder direto, imediato e ilimitado, capaz de concentrar todas as funções que hoje são chamadas de legislações, administração e jurisdição (STRECK e MORAIS, 2010. p. 28 e 50).

O Estado Absolutista, à primeira vista, foi fundamental para os propósitos da burguesia nascente, principalmente na área econômica. Isso se deu, afastando-a do poder político, que permanecia ilimitado nas mãos do soberano. Em virtude dos abusos da monarquia, a burguesia, passa a clamar uma autonomia política e respeito às liberdades individuais. O Estado era visto como um inimigo, que admitia desigualdades de direitos em favor do clero e da nobreza, os quais não pagavam qualquer tipo de impostos, ao mesmo tempo em que tinham total ingerência sobre a economia e a autonomia dos cidadãos. Fazia-se necessário, contrapor à onipotência do rei, um sistema infalível de garantias. Foi exatamente isto que culminou na Revolução Francesa (1789), que determinou o fim do Estado absolutista, juntamente com as Revoluções Inglesa e a Americana, dando início ao Estado Liberal Clássico (STRECK e MORAIS, 2010, p. 45).

A Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, inaugura-se como primeiro regime jurídico-político da sociedade, que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência). A classe burguesa detinha o poder econômico, enquanto o poder político estava sob o domínio da realeza e da nobreza. Logo, percebe-se que o princípio da não intervenção do Estado na economia, defendido pelo Estado Liberal, foi uma estratégia da burguesia para evitar a ingerência dos antigos monarcas e senhores feudais nas estruturas econômicas da época, garantindo a liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e obtenção do lucro.

Em oposição ao Estado absolutista, que justificava o governo da vontade discricionária do Príncipe na questão patrimonial e religiosa, O Estado Liberal era oposto. Era o governo da razão, da soberania da vontade geral expressa no Parlamento, através da edição de normas gerais e abstratas e de Direitos Fundamentais. O estado liberal tinha destaque na ideia política que o governo deveria ser limitado: as instituições políticas de uma sociedade somente poderiam ser justificadas se fossem suficientemente permissivas para que todos pudessem viver suas vidas por si mesmos, ou seja, os Direitos Fundamentais limitavam o Estado (NOVAIS, 2006, p. 44).

Esta nova forma estatal se caracteriza pela subordinação total ao direito, pois exige que sua atuação seja nos exatos limites do poder conferido pela lei, buscando limitar o poder do Estado e garantir um conjunto de direitos individuais. Assim, a separação de poderes é o mecanismo capaz de garantir a liberdade pelo equilíbrio político, todavia, privilegia o Poder Legislativo, que representa o espaço institucional legítimo de limitação do poder estatal e de positivação dos direitos individuais por meio de um processo legislativo conduzido por representantes populares (LUCAS, 2005. p. 177).

É importante notar que as concepções liberais do Estado acabam por se confundir, em certa medida, com o contexto histórico do Estado de Direito, o qual era visto pela burguesia, sobretudo, como um conceito de luta política, dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade do Estado Absolutista e as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental¹.

O Estado Liberal, desta forma, acaba moldando os contornos do Estado de Direito, precipuamente aqui estudado, a partir da proteção da liberdade e dos direitos fundamentais, no caso da burguesia da época, com relação à iniciativa privada, à segurança da propriedade e às exigências de calculabilidade próprias do sistema capitalista. O Estado Liberal Clássico era calcado na limitação do Estado, visto como garantia da autonomia individual contra as invasões do soberano e da divisão de poderes, com a ênfase no Poder Legislativo e uma total subordinação do Poder Judiciário à lei, que espelhava os valores burgueses, a partir da configuração de direitos fundamentais, refletindo, assim, na jurisdição (NOVAIS, 2006, p.59/78).

Desta forma, a lei foi concebida como norma geral e abstrata, com a finalidade de defender os cidadãos dos privilégios e abusos típicos do Estado absolutista, como meio de garantir a imparcialidade do Estado e a estabilidade da ordem jurídica. Neste cenário, em que o juiz não poderia se valer de elementos interpretativos, o positivismo teve ambiente fértil para florescer (ESPÍNDOLA; CUNHA, 2011. p. 86).

¹ Sociedade estamental é uma sociedade estruturada na forma de uma pirâmide - as classes mais altas no topo, e as mais baixas na base. É praticamente a mesma estrutura em qualquer sociedade. A diferença é que, na sociedade estamental, a mobilidade social, ou seja, uma classe ascender ou descender de nível social é difícil, mas não impossível. Um exemplo de sociedade estamental é a sociedade presente na Europa Medieval: no topo da pirâmide, estava o alto clero católico - papas, cardeais, bispos. Lembre que, na Idade Média, a Igreja tinha não apenas enorme influência, mas grande poder; detinha grande parte das terras. Depois, vinham os reis, imperadores e membros do médio e baixo clero - abades, arcebispos - bem como vassallos do rei - duques, marqueses, viscondes e outros membros da nobreza medieval abaixo do rei. Em seguida, os cavaleiros. Depois, vinham os burgueses - que moravam nas nascentes cidades medievais, como mercadores, negociantes e mestres de ofício; e, abaixo, os artesãos e os camponeses.

O Estado Liberal, desta feita, se estruturava pelos direitos fundamentais, concebidos como esferas de autonomia a preservar a intervenção do Estado, e pela divisão de poderes, que assegura o predomínio do poder legislativo. Logo, os Poderes Executivo e Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação. A divisão de poderes garantia o predomínio do corpo legislativo (pelo império da lei e pelo princípio da legalidade) e da força social que o hegemoniza, ou seja, a burguesia. Sobremaneira, o direito era identificado pela lei e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz, que nada mais era do que a boca da lei (NOVAIS, 2006, p. 89).

Dito de outra forma, o dogma da separação de poderes, referendado pela Revolução Francesa, consolidou o poder legislativo como protagonista do Estado a fim de atender a supremacia da lei. Desta forma caso o juiz tivesse qualquer dúvida quanto à interpretação da lei, deveria, necessariamente, recorrer ao legislador. O objetivo era “impedir que o juiz interviesse como legislador; mesmo para melhorar o direito, o juiz não deveria completar a lei nem interpretá-la” (PERELMAN, 1996, p. 520).

Na verdade, não podiam criar direitos, mas, apenas, aplicar um direito já existente, predefinido pelo legislador, uma vez que, as decisões judiciais, os atos administrativos e os negócios jurídicos não eram vistos como atos de criação do Direito, a ideia da onipotência do parlamento converteu-se em um verdadeiro mito jurídico. Aqui se explica o motivo pelo qual a teoria da jurisdição processual, ainda nos dias atuais, está assentada na busca por “verdades” que se materializam ao final do iter processual ordinário do rito fase a fase. Tais “verdades” ganham o selo da certeza e da eternidade histórica por estarem baseadas na norma posta e serem a verdade do soberano, que deverá ser proclamada pelo juiz ao final do processo (BAPTISTA DA SILVA, 2004, 98/99).

Criou-se assim, uma atividade jurisdicional pronta a jurisdicionar apenas o que está posto pelo Estado, a fim de ultimar segurança jurídica, elemento vital para o desenvolvimento do liberal-individualismo (HOMMERDING, 2007, p. 91). Contornava-se, desta forma, os valores de um Estado Liberal, calcado na liberdade individual, na igualdade formal, na não-intervenção estatal, na separação dos poderes, fortemente influenciado pelo Iluminismo e marcado pelo positivismo jurídico, resultando no princípio (formal) da legalidade e a consequente subordinação do executivo e judiciário ao legislativo, ou seja, na supremacia da lei e simplificação das atribuições e poderes do judiciário.

A transformação do papel do Estado na sociedade, bem como o papel do Direito, através da supremacia da lei vai ter um papel influenciador tanto na jurisdição e na concepção

do Direito como meio de regulação social. A jurisdição, assim, tem uma função voltada eminentemente para dar atuação aos direitos privados violados, facilmente convertidos em valores pecuniários. Há uma preocupação com a prevenção do dano ou do ilícito. Repararam-se direitos violados. Não há uma preocupação em assegurar direitos consagrados. Na verdade, a preocupação principal, no cenário do Estado liberal, é com a construção de uma jurisdição atenta para os direitos privados violados.

A jurisdição resumia-se à atividade meramente declaratória. A influência do liberalismo afirmava que o juiz deveria se limitar a reproduzir a vontade da lei, dispensando a interpretação. Oriunda da filosofia racionalista e pelos dualismos metafísicos, a “matematização” das ciências do homem, ganha extrema visibilidade e se torna impedimento a qualquer possibilidade de instituição do direito que não seja oriunda de um sistema normativo fechado. Tem-se o coroamento do positivismo, que cerca toda a concepção jurídica moderna, onde é possível encontrar um direito enquanto sistema normativo-positivista e uma jurisdição onde o procedimento é estruturado matematicamente, devendo o juiz resolver uma equação (social) para chegar a uma verdade absoluta e imutável. (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 36/40).

Com isso, a classe burguesa edifica seus ideais de segurança e certeza, necessários ao desenvolvimento da sua atividade, com o amparo da lei. Este paradigma racionalista acaba influenciando o processo civil, reduzindo-o a uma equação matemática, na medida em que o magistrado, com base num rito ordinário, fase a fase, busca, ao final, aplicar a lei a um caso concreto, encontrando a resposta como se fosse uma verdade matemática (ISAIA, 2012, p. 119-120).

A jurisdição do Estado Liberal Clássico surge, também, da influência romano-canônica, que no período imperial já se coadunava a um modelo jurisdicional, calcado na mera declaração da vontade legislativa, uma espécie de “império da norma”, onde o direito era oriundo da codificação de Justiniano. Desse modo, percebe-se como a jurisdição liberal bebe em antigas fontes, guardando proximidade com a *jurisdictio justiniana*, posteriormente estatizada pela modernidade, transformando o magistrado em um burocrata a serviço do liberalismo (BAPTISTA DA SILVA, 1997, Passim).

No Estado Liberal não era dado nem ao juiz, nem às partes, contribuir para a compreensão do sentido do direito. A jurisdição civil foi carreada a um ideal individualista, como controvérsia de duas partes autônomas frente a uma corte passiva, como uma mera continuação de outros meios de relações privadas instituídas sob os regramentos da época. Depreende-se que o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo acorde com

a concepção liberal pela qual o Estado deve evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados (NUNES, 2009. p. 56-77).

A jurisdição liberal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes, sua principal característica era a autonomia e liberdade das partes privadas. Estas detinham todos os instrumentos processuais necessários para desenvolver uma competição individual, que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente assegurar o respeito das regras do embate (TARUFFO, 2009, p. 72).

O juiz no Estado Liberal Clássico consistia em um modelo de juiz desinteressado e essencialmente passivo, ínsito à perspectiva liberal, segundo o qual o Estado deveria evitar a intervenção nas relações privadas, constituindo assim um tipo de Estado abstencionista. Como consequência, o processo civil passou a ter seus contornos, a partir de um rígido controle estatal sobre o juiz no momento de decidir (TARUFFO, 2009, 139). De outra banda, a magistratura acolheu seu papel, de poder invisível, nulo, mero aplicador da lei, convertendo-se em um mero funcionário do Estado, pois somente aplicaria a lei ao caso concreto.

No dizer de Cristiano Becker Isaia (2012, p. 118)

Trata-se, enfim, de um modelo jurisdicional a quem incumbe descobrir a regra e declará-la no caso concreto, permanecendo arraigado ao paradigma metafísico-positivista de interpretação-aplicação do direito, uma vez que a partir da vinculação ao método atribui carga plenipotenciária à regra jurídica, ignorando a existência de princípios constitucionais.

O papel passivo do Estado, a primazia do direito fundamental à liberdade, fez com que a jurisdição se aliasse a ideia de que o processo abrange direitos de natureza privada e a necessidade de se garantir um juiz imparcial, terminou por difundir e fortalecer um processo dominado pelos interesses das partes, para não dizer ao alvitre exclusivo destas.

Este ideário, calcado na ideia de ordem e estabilidade, racionalizou o Poder Judiciário, incumbindo-o de proteger o passado legislado e defendê-lo das interferências da política, dos valores e dos conteúdos que determinam as reais desigualdades existentes no seio social. Se a jurisdição concebeu o processo civil como “coisa das partes”, pois dessa forma respondia bem aos anseios do Estado Liberal Clássico, as mutações no papel do Estado e da sociedade, dita aqui - sociedade em rede -, que começam a ser teorizadas no final do século XIX, vão cobrar uma nova forma de pensar a jurisdição civil. Essa racionalização dos conflitos de ordem individualista traz consigo a incapacidade de jurisdicizar conflitos coletivos, o que não encontra respaldo dentro de um Estado Democrático de Direito. (LUCAS, 2005. p. 179).

As influências do modelo estatal liberal na jurisdição processual civil foram determinantes para reduzir o Poder Judiciário a um poder subordinado, cuja missão não deveria ser outra senão a de reproduzir com fidelidade a lei. Contudo, faz-se necessário também analisar o contexto a partir do direito romano. O direito subjetivo representa verdadeira criação do direito romano. Nos primórdios de Roma, os direitos subjetivados eram protegidos diretamente por seus respectivos titulares. Desta forma, o direito subjetivo consiste numa posição ‘jurídica’, que envolve a faculdade de agir (fática) - mas sem confundir-se com ela - pela qual o seu titular detém o poder de exigir do Estado proteção, sempre que for lesionado ou ameaçado de lesão (ALVES, 1998, p.182).

Os romanos consideravam ação, o direito de perseguir em juízo aquilo que era devido (*actio autem nihil aliud est, quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*), conceito que corresponde à ação de direito para o direito processual sem maiores cuidados, porquanto a *actio*, ligava-se à pretensão de direito material e não processual (ALVES, 1998, p.182). Os principais argumentos pelos quais a ação processual não seria direito subjetivo centram-se no fato de que não se poderia aceitar a existência de um direito pertencente a todas as pessoas; e ainda, porque, se qualquer pessoa sabedora de que não tem direito, pode propor uma ação e levá-la até o final, a ação seria um direito dos que não têm direito. Ora, o direito subjetivo integra a classe dos denominados direitos potestativos, em consideração ao componente ‘poder’ de alteração da ordem jurídica mediante a atuação do sujeito ativo com sujeição do sujeito passivo (BAPTISTA SILVA, 2008. p. 73).

A tradição jurídica romano-canônica, que vincula a jurisdição processual civil brasileiro, eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva, mantendo-se no paradigma racionalista e na rígida doutrina da separação dos poderes. Ademais, no século XIX, a concepção do processo enquanto relação jurídica estabelecida por Bülow contribuiu para a hipertrofia da neutralidade da atividade jurisdicional em decorrência da ideologia liberal dominante (ISAIA, 2012, p.122).

Assim, o processo civil é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história e com o tempo do direito (e consequentemente com o próprio homem), pretendendo-se perene como uma figura geométrica, tudo isso, resultado da força da formação cartesiana a serviço da jurisdição (ESPINDOLA; CUNHA, 2011, p. 87/88).

A jurisdição, segundo Ovídio Baptista da Silva (2004, p.166/167), a partir das filosofias do século XVII, priorizou o valor “segurança” como exigência fundamental à

construção de um Poder Judiciário eficiente. Com efeito, desde sua concepção, é essencial à legitimidade do procedimento ordinário-plenário-declaratório o contraditório prévio, segundo o qual o juiz somente poderá julgar depois de ter ouvido ambas as partes (cognição exauriente), porque assim é que estará habilitado a descobrir a vontade da lei. Essa ritualística nada mais é do que a representação do racionalismo, através do qual se entende possível alcançar a verdadeira vontade da lei, que teria um sentido unívoco, prestes a ser demonstrado pelo juiz através do método adequado. Método esse que privilegia a cognição exauriente, fruto da idealização de um juiz “boca da lei” e motivo pelo qual se vê um impedimento à criação de uma genuína tutela preventiva (que agilizaria a tramitação da demanda).

Nesse raciocínio, a satisfação de um direito pleiteado em juízo ocorre apenas por uma “sentença que põe termo ao processo”², após ampla, exaustiva e lenta atividade cognitiva, o que (e apenas em função disso) habilita o juiz a desvelar o “sentido da lei”. Essa sistemática (racionalista) é, pois, a pedra de toque da morosidade do judiciário como instrumento de efetivação de direitos.

Ocorre que a processualística civil contemporânea em função da universalização da ação condenatória como correspondente absoluta da *actio romana*, suprimindo os procedimentos interditais de eficácia executiva e mandamental, não foi capaz de ultrapassar o pensamento metafísico aristotélico-tomista verificado na fase cognitivo-processual do período pós-clássico romano. Desde então, influenciado pelos escritos de Justiniano (os quais representam até hoje a fonte mais importante do direito romano), o processualismo é concebido como simples *iurisdictio*, opondo julgamento e decisão (ISAIA, 2012, p.140).

A nova ordem constitucional e a nova concepção de Estado trouxeram outras necessidades para a jurisdição, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado liberal clássico, na medida em que é natural que o instrumento se altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais e estruturais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa.

Não tendo o individualismo e a neutralidade do Estado liberal conseguido satisfazer as reais exigências de liberdade e igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente, eclodiu, na segunda metade do século XIX, uma série de conflitos de classe que veio a desvelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas, quando se inibe o reconhecimento da justiça social. Passa-se a cobrar um papel mais ativo do Estado, rompendo-se com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que cobrava o modelo puramente liberal. Paralelamente, o direito e o processo civil começam a sofrer os influxos

² Redação original do art. 162, § 1º do Código de Processo Civil de 1973

desta mudança, com reformas legislativas justificadas como rejeição ao individualismo associado aos princípios do liberalismo clássico.

A transição entre o Estado liberal e o Estado social é reflexo da busca pela implementação de obrigações positivas ao Estado, alterando a “visão de Estado meramente garantidor de liberdades individuais, para a concepção de um Estado obrigado a prestações sociais tendentes à obtenção de uma maior igualdade social”. (PORTO, 2006. p. 56), é o que será analisado no próximo item.

1.2 A nova roupagem da jurisdição processual civil no Estado Social: o judiciário ativista e criador de direitos sociais

O fim da segunda metade do século XIX fez surgir diversos conflitos de classe que vieram a revelar a insuficiência do marco de liberdades burguesas, uma vez que o individualismo e a neutralidade do Estado liberal não foram capazes de satisfazer as reais exigências de liberdade e de igualdade dos setores mais oprimidos social e economicamente (PEREZ LUÑO, 1995. p. 223).

A crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir um papel ativo como agente econômico, uma vez que o cenário econômico político-social - econômico provocou a aproximação de sistemas jurídicos e, principalmente, o desvelamento de novos direitos. Diante deste cenário, necessário se fazia uma postura interventiva do Estado sobre o domínio econômico, através do alargamento das funções públicas.

Dá-se, através da burguesia como personagem principal, a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, permanecendo alguns caracteres essenciais do Estado Absolutista e outros do Estado Liberal, como a base nacional territorial, a unificação administrativa, o arcabouço constitucional e a referência aos direitos e garantias fundamentais, acrescidos de um novo componente: a função social.

Com efeito

A passagem do Estado liberal ao Estado Social Moderno foi caracterizada por o Estado ter incluído no âmbito da sua atuação política, em medida crescente, aquelas decisões respeitantes às finalidades sociais e econômicas e à sua efetivação planeada. Os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram a promoção do bem comum e da justiça social. (ZIPPELIUS, 1997, p.144)

Sem dúvida, a principal característica do Estado liberal foi a de atuação negativa, em virtude da busca pela proteção da autonomia privada, demonstrada na interpretação

individualista, abstrata e formal dos direitos de liberdade e igualdade, bem como nos de propriedade. No entanto a crise sócio-política-econômica instaurada pela insuficiência do Estado Liberal deu margem ao surgimento do Estado social cujos marcos iniciais foram a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. O novo paradigma, mais uma vez, pretendeu reinterpretar o papel do Estado, buscando soluções para os problemas identificados no paradigma do Estado Liberal (BONAVIDES, 2004. p. 186).

Ao assumir prestações positivas, a partir de meados do século XIX, mudam-se os rumos do Estado Liberal. Tal amplificação de atuação positiva, diminui a atividade livre do indivíduo, ofuscando os resquícios do Estado mínimo (BONAVIDES, 2004, p.183). A ideia predominante da concepção de Estado Social é a de um sistema político que confira a todos os cidadãos um padrão de vida digno, de modo a possibilitar a realização do cidadão como homem, passando a exercer uma conduta ativa na concretização da justiça social (SARLET, 2003. p. 47).

No dizer de Ingo Sarlet (2003, p.47), o Estado passou a realizar um comportamento inverso ao abstencionismo do Estado Liberal, qual seja um papel ativo no cumprimento da justiça social, rompendo com os modelos de atuação mínima. Neste diapasão, adequado seria caracterizar o Estado pela sua destinação, qual seja: a realização da igualdade, a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais. Sob esse prisma, a atividade do órgão jurisdicional implicava em uma atuação ativa, onde os cidadãos deixaram de ser vistos em uma perspectiva isolada, passando a serem percebidas sob o ponto de vista de grupos, comunidades. De certa forma, deve-se ressaltar a forma de atuação ativa do Estado Social, seja no sentido de delimitar os fins da sociedade, seja no sentido de conferir, aos cidadãos direitos fundamentais de caráter positivo e assumir a tarefa de realizá-los.

Para Paulo Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou forma deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual. Nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social (BONAVIDES, 2004, p.186).

A importância do Poder Executivo, em oposição à predominância do Legislativo no Estado liberal, introduziu no meio político uma questão social, responsável pela idealização

de um Estado que se responsabilizasse pelo social, primando pela intervenção e pela preocupação em assegurar aos cidadãos condições mínimas de dignidade, como uma “condição para efetivar políticas públicas por meio da capacidade de intervenção na economia” (LUCAS, 2005, p. 180).

Como leciona Cristiano Becker Isaia (2012, p. 150)

Se o Estado, no perfil social, tem agora o dever de garantir a alimentação, habitação, mínimo de renda, medicamentos, etc., é a atuação jurisdicional a verdadeira condição de possibilidade para tanto, o que será ainda mais intensificado diante do espectro Estatal Democrático de Direito. De uma justiça comutativa verificável na modalidade liberal o Estado Social apoia-se na justiça distributiva, fazendo-o diante de um anseio coletivo que agora reivindica igualdade (que será a marca da modalidade Democrática de Direito). Enquanto o modelo liberal atribui direitos ao indivíduo, o social distribuiu bens jurídicos de conteúdo material, os quais poderão ser reivindicados por qualquer indivíduo ou classe.

Em virtude desta nova condição e das reivindicações, percebe-se a insuficiência do Estado em implementar esses direitos sociais, o que inevitavelmente gerou conflituosidades, demonstradas nas limitações do Estado em atender todas as previsões constitucionais. Disto, resultou uma situação de exclusão social que o Estado do bem estar social não teve como evitar. Daí que:

Diante de um quadro de insuficiência na prestação das políticas públicas e de insatisfação popular na realização, pelo Estado, das promessas delineadas, o deságue das esperanças do povo não visualizou outro destinatário que não o Judiciário. O juiz passa a ser chamado a desenvolver funções que antigamente eram desempenhadas por outras instituições, o que elevou consideravelmente seus poderes (ISAIA, 2012, p. 150).

As mutações no papel do Estado cobraram uma nova forma de pensar a jurisdição o processual civil. Com a instauração deste novo modelo, o exercício da função jurisdicional assume uma nova roupagem, pois o Judiciário precisava dar conta da multiplicação das demandas por direitos sociais. Diante da inefetividade do Executivo, a jurisdição inaugura uma nova fase na história da sua publicização, ou seja, na constitucionalização. Nesta quadra da história começam a surgir institutos coletivos de proteção aos interesses transindividuais, dentre eles alguns que importam a essa pesquisa como por exemplo a ação popular e ação civil pública.

A jurisdição, que no Estado Liberal era concebido como algo privado (coisa das partes), passou a representar o exercício de uma função pública e a tutelar não somente os interesses privados, mas, também, de realizar o interesse público da administração da justiça. Neste sentido, a jurisdição, através do processo, assumia a forma de instrumento que o Estado colocava à disposição dos indivíduos para a atuação da lei (TARUFFO, 2009, p.188).

Importante ressaltar que o papel assumido pelo juiz no Estado Liberal clássico, propiciava à lentidão e ao abuso, uma vez que sua posição era de mero expectador, de forma que as partes e seus procuradores tornavam-se absolutos árbitros. Sem mencionar ainda, que o processo civil, nesta quadra da história, restava adverso ao real e ao social, papel, este, típico da neutralidade assumida pelo Estado Liberal.

Logo, a doutrina processual, neste momento histórico, cuidou de repensar a jurisdição, asseverando em dilatar os poderes do juiz, o que refletia o novo papel que o Estado viria a desempenhar. Não se tratava, portanto, de entender o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas, sim, em pensá-lo como um instrumento de justiça social, mais rápido e eficaz. Nesse viés, as modificações ocorridas no processo civil naquele dado momento, foram importantes para que o papel do juiz e das partes começasse a ser rediscutido, abandonando-se a ideia de um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 111).

Observa-se que o liberalismo processual não conseguiu alcançar os anseios da sociedade daquele momento histórico, o que tornou necessário se pensar uma nova perspectiva teórica que fosse capaz de rever o papel das partes, diminuindo seu poder de atuação, e que reforçasse o papel do juiz, ao que se convencionou chamar “socialismo processual”, surgindo na busca de um novo viés interpretativo, de modo a ultrapassar as deficiências do modelo de Estado Liberal (NUNES, 2009. p. 77).

É de fundamental importância ressaltar que se substituiu o sistema liberal da jurisdição, de concepção privatística, pelo sistema social, em que predomina a concepção publicística. No sistema anterior (Estado liberal) a atuação do juiz era de mero expectador, permitindo que as partes conduzissem o processo de acordo com suas vontades e caprichos, transformando a lide em um duelo estéril e degradante. Já no Estado social, o juiz passou a ser órgão atuante por excelência, tendo a direção do processo, de modo a poder empregar todos os meios necessários à descoberta da verdade, controlando os exageros das partes e desbastando o caminho para a consecução daquele ideal supremo da relação processual (GARCEZ NETTO, 1949. p. 14).

A concepção liberal- individualista de jurisdição foi afastada dando lugar a uma nova perspectiva, fulcrada em novos encargos do juiz. De um processo liberal, eminentemente escrito e protagonizado pelas partes, a um processo socializado. Um processo caracterizado, enquanto instituição estatal de bem-estar social, que segue as perspectivas da oralidade, local onde o protagonismo agora é do juiz, dado o aumento de seus poderes. O Juiz espectador do embate das partes, deu lugar a um juiz protagonista do processo. Desta forma, a atividade

jurisdicional, em conformidade com o paradigma do Estado social é, sem dúvida, mais complexa, em virtude das novas funções que assume, tendo em vista a finalidade de ser um Estado concretizador dos fins sociais.

De uma justiça comutativa verificável na modalidade liberal o Estado Social apoia-se na justiça distributiva, fazendo-o diante de um anseio coletivo que agora reivindica igualdade (que será a marca da modalidade Democrática de Direito). Enquanto o modelo liberal atribui direitos ao indivíduo, o social distribuiu bens jurídicos de conteúdo material, os quais poderão ser reivindicados por qualquer indivíduo ou classe. A própria justiça, de legal-formal, passa a legal-material, disponibilizando à sociedade uma série de mecanismos institucionais (e processuais) adequados a protegê-la. É nesse contexto que surgem os sistemas de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, etc (ISAIA, 2012, p.150).

Assim, no dizer de LUCAS (2005, p. 182-183), o Judiciário, necessitando intervir em espaços tradicionalmente reservados ao Executivo, a fim de garantir direitos sociais, passa, por força constitucional, a adotar uma postura ativista, de aproximação com a sociedade. Isto exige uma atuação mais presente do magistrado, redefinindo os papéis da atividade jurisdicional, que deve atender à aplicação de um direito amparado em uma base principiológica.

Com o aparecimento das legislações sociais e crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX, surgiu uma linha doutrinária que, em face da percepção da luta de classes, enxergou no direito um instrumento de transformação social, no final do século XX. As modificações no papel do Estado-Juiz irão cobrar uma nova postura de (re) ler o processo civil, ou seja, de coisa privada das partes (concepção individualista) passou a se tornar, ainda que lentamente, em trabalho de socialização processual (NUNES, 2009. p. 79).

Neste cenário, o papel do juiz e das partes começou a ser rediscutido, abandonando-se a ideia de um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante. A superação da concepção puramente liberal da jurisdição passa a ser visualizada com outro tom no marco do Estado Democrático de Direito.

O conflito jurídico interno, concebido com a criação de um novo modelo processual, ao qual se convencionou chamar de socialização processual, brota na procura de uma renovada perspectiva interpretativa, de forma a superar as deficiências do modelo anterior. O socialismo jurídico repreende a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas e pugna por uma maior intervenção legislativa (NUNES, 2009, p.77/79).

O fim ultimado é o de adaptação à ordem estabelecida, tanto no Estado Liberal clássico quanto no Estado Social, mantendo-se, por conseguinte, a já mencionada separação entre o Estado e a sociedade. Quanto mais profunda esta separação, mais a relação de

cidadania se converte numa relação paternalista de clientela, ou seja, reservando ao cidadão um papel apático e periférico.

A ideia de um modelo de jurisdição processual civil de caráter social surge com o Código de Processo Civil Austríaco. No entanto, para alcançar este fim, o Estado deveria exercer influência na marcha o processo, conservando a liberdade de atividade e a responsabilidade do particular com a atividade e complementação estatal, seguindo-se os ditames da política social (OLIVEIRA, 2010. p. 75).

Este caráter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do direito, não bastando a limitação ou a promoção da atuação estatal: objetiva-se a transformação do *status quo*, através da incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado, garantindo juridicamente as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade (STRECK e MORAIS, 2010, p. 91-95).

Esse novo perfil do Estado acabou resultando na redução da atividade livre do indivíduo. Percebe-se que o Estado Social, na aparência intervencionista, cumpriu um papel socializante, ou seja, caracterizava-se como um Estado assistencial onde o direito, na verdade, não passava de concessões no sentido de delimitar os fins da sociedade, seja no sentido de conferir aos cidadãos direitos fundamentais de caráter positivo e assumir a tarefa de realizá-los, notadamente, pela atuação do Poder Executivo (BOLZAN DE MORAIS, 2010-b, p. 103).

A atividade do Executivo teve um destaque no Estado social, pois, ao consagrar direitos sociais até então novos, de caráter eminentemente social, exigia-se uma maior interferência da atividade executiva. Tudo isso em virtude da busca do bem estar social em conjunção com o capitalismo, a fim de eliminar o individualismo predominante no Estado Liberal Clássico (BOLZAN DE MORAIS, 2010-b, p. 107).

A exigência de socialização do Estado passa a exigir não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, sobremaneira, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade. Em outras palavras, o que se quer neste momento histórico é que o cidadão seja inserido como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado, ou seja, essa participação na sociedade deve ser marcada pelo deslocamento do centro de normatividade da lei para a Constituição, o repensar da democracia, e a importância assumida pelos direitos fundamentais.

A jurisdição no Estado social transforma-se, e o juiz passa a atuar ativamente no processo podendo pedir esclarecimento aos litigantes a respeito de suas alegações, indagar o que pretendiam provar, podendo, ainda, corrigir eventuais erros dos patronos dos litigantes.

Em contrapartida a isso, foram impostos deveres mais amplos às partes, como por exemplo, entregar as provas que estivessem em sua posse, ou a cooperar com o juiz de outras formas, de modo a se impor a verdade (DAMASKA, 2002, p. 361/362).

Cada vez mais se utiliza o litígio civil para a proteção, e muitas vezes e muitas vezes para a definição de interesses maiores que os privados, ou públicos. A posição do juiz, que antes era neutra, é modificada, pois, lhe é atribuída uma responsabilidade na correção dos desvios legislativos (DAMASKA, 2002, p. 363), ou seja, jurisdição adquiria a configuração de instrumento que o Estado colocava à disposição dos privados para a atuação da lei.

Como leciona Cristiano Becker Isaia (2012, p. 152)

Já a atividade jurisdicional, nesse quadro, pode ser qualificada como interventivo ativista (já que o juiz passa a ser o *Fuhrer* do processo), desafiando a tentativa de superação das funções tradicionais de proteção e repressão, peculiares, pelo que se viu, ao exercício jurisdicional de ordem liberal. A atuação dos juízes sofre sérias implicações, até mesmo porque a eles também se exige a contribuição para tornar efetivos os programas sociais (...)

Percebe-se que a atividade jurisdicional foi além do simples controle na promoção e efetivação das políticas públicas sociais e passou a inclinar-se no sentido da “jurisdicionalização de toda uma série de atividades sociais” (PICARDI, 2008, p. 11).

Com o surgimento de uma sociedade tecnológica, sendo mais preciso, com o surgimento do Estado social, em meio a várias transformações o juiz é instigado a libertar-se da estrita legalidade até então imposta, para assumir uma responsabilidade prospectiva, pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas reivindicações do Estado Social (FERRAZ JÚNIOR, 1994 p. 18/19).

No dizer de Isaia, (2012, p. 153) “um juiz executor da justiça social, trazendo ao Judiciário o qualitativo ativista”. A qualidade social presente no Estado Social demandou que o Judiciário optasse por elevar-se ao nível de outros poderes. Ainda, segundo o autor tornando-se um “terceiro gigante”. Então os juízes tornaram-se os controladores não só da atividade do mundo privado-individual como também dos poderes políticos.

E a jurisdição, como produto da cultura, acabou por receber os influxos dessas modificações do papel do Estado. Assim, o processo, que até então era concebido como “coisa das partes”, começou a figurar o exercício de uma função pública, refletindo a expressão da autoridade do Estado, com a finalidade de tutelar os interesses privados, e de realizar o interesse público da administração da justiça, dos privados para a atuação da lei.

(...)o juiz criativo-ativista pretende superar a inanimada função jurisdicional de atuar como “boca-da-lei” (o que nunca foi, a não ser quando o juiz precedia a lei), o

fazendo na aposta à discricionariedade judicial, caracterizada pela faculdade na prerrogativa de escolha, afrontando a vontade da lei. O qualitativo da discricionariedade é a pedra-de-toque do juiz de espectro criativo de Cappelletti, que se vê na obrigação, a partir da supracitada prerrogativa de escolha, de implementar os valores que dão sustentáculo a constitucionalização da questão social a partir do uso do monopólio da jurisdição (ISAIA, 2012, p. 153).

Desta forma, é impensável que o órgão julgador possa assumir uma posição de protagonista do processo, relegando a participação democrática dos litigantes. Dentro desta perspectiva, a compreensão do processo civil passa pela compreensão do papel da Constituição, na democracia participativa e nos direitos fundamentais.

Nesse sentido, referem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2010, p.91):

Como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida.

No Brasil, e em quase todo mundo ocidental, a desneutralização do Judiciário, o ativismo judicial e a judicilialização da política fazem parte, em maior ou menor medida, da realidade de países que se quer estabeleceram um Estado de Bem – Estar- Social, pois a constitucionalização dos direitos sociais não foi capaz de alterar a pauta política e gerar uma atuação estatal de promoção de direitos sociais. Especialmente no Brasil, as dificuldades de implementação de direitos sociais, transformaram a jurisdição em espaço de reivindicações, obrigando-a a tratar de questões exclusivas dos demais poderes. Desta maneira, o judiciário passa a representar um poder interventivo, um poder ativo na realização das promessas constitucionais (LUCAS, 2005, p184/185). Na verdade, o processo é visto, assim, na perspectiva socializadora, como um inevitável instrumento da instituição estatal de bem-estar social para a busca da pacificação social.

Em relação a este juiz ativista, encontra-se importante questão a ser analisada com relação a atuação jurisdicional, que não se limita ao Estado social, mas também ocorre no democrático de direito, dizendo respeito a subjetividade dos juízes que pode vir a acarretar decisionismos e arbitrariedades (ISAIA, 2012, p. 154).

O fato dos indivíduos apostarem suas vidas no judiciário e, por decorrência ao juiz, fez surgir um juiz criativo, do dizer de Cappelletti (1989, p. 20/21), que busca concretizar e garantir determinados direitos positivados nas novas cartas constitucionais. Surge um protagonismo, pois o poder judiciário passa a assumir um papel de destaque na arena política, buscando não só a concretização exigida dos novos direitos sociais, bem como, obrigando os demais poderes a nesse caminho também transitar (SANTOS, 2011, p. 20/23).

O juiz torna-se o “verdadeiro intérprete” do Direito, cabendo-lhe a missão de, ao interpretar os textos legislativos, suprir as suas lacunas e tornar possível a questão social. No Estado Social, ao eleger-se essa ou aquela política pública, a institucionalidade político-estatal traduz continuamente em ímpeto legislativo as suas decisões políticas. Devido a isso, o Poder Judiciário é confrontado a comportar-se como instância institucional com capacidade de interpretar as normas constitucionais e definir-se pela sua legalidade e aplicação (VIANNA, 1999, p. 20/21).

Os fins pretendidos pelo Estado Social e a sua implementação se deram de forma divergente, o que fez surgir a necessidade de implementação de um novo paradigma uma vez que havia resistenciência, neste quadro histórico, a um Estado monopolizador que já entrava em crise, tendo em vista que o alcance de toda a esfera pública pelo Estado, particularidade categórica do Estado Social, provocou uma espécie de inchaço da máquina estatal, gerando a ineficácia operacional e administrativa, bem como a inaptidão de resolução de novas demandas.

O Estado Democrático de Direito é, sem dúvida, uma evolução do Estado Social, pois tem como pilar o princípio democrático, que faz dele um paradigma correspondente a um modelo de busca de legitimidade do poder no Direito e do Direito na sociedade. No Estado Democrático de Direito, o direito serve a propósitos de transformação positiva da sociedade civil, na direção de uma maior igualdade de oportunidades e de realizações individuais e coletivas (PORTO, 2006, p. 72).

A jurisdição processual civil no Estado Democrático de Direito tem um novo desafio, que para este trabalho tem vital importância, o da constitucionalização, pois, mesmo que tenha havido uma nova forma de atuar do modelo jurisdicional na busca pela concretização e garantia dos direitos sociais, há ainda um claro aprisionamento da prática decisória ao paradigma filosófico metafísico. A fundamentação migra para a consciência do intérprete-juiz podendo ocasionar discricionariedade, pois não haveria limites ao poder “discricionário-concretizador” (STRECK, 2010, p. 27/31).

1.3 A jurisdição processual civil e seus desafios no Estado Democrático de Direito: a crise do elemento procedural individualista no desvelar dos direitos (coletivos) da sociedade em rede

Os modelos do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito não conseguiram corresponder aos anseios da sociedade moderna e das constantes demandas sociais, em especial no âmbito do ideal de liberdade e igualdade, da limitação do poder, da proteção e implementação dos direitos. O novo modelo de Estado de Direito – o Estado Democrático de Direito – tem o objetivo de imprimir o ideal democrático ao Estado de Direito, em que a “preocupação básica é a transformação do *status quo*”. No dizer de Bolzan de Moraes e Streck (2010, p. 66):

Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro.

Considerando as mudanças ocorridas, implantou-se a necessidade de uma redefinição da concepção de Estado, a fim de conformar-se ao nosso paradigma emergido pelo Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo desenvolvimento de um direito participativo, pluralista e aberto que pressupõe uma participação social no debate público, de modo a materializar a primazia da democracia.

O Estado Democrático de Direito tem como fim máximo, o cumprimento da Constituição e a concretização dos direitos nela inseridos. Desta forma, os direitos fundamentais devem ser tidos como o fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, complementa Streck (2009, p. 104):

O Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia.

Nesse ínterim, o que se deve salientar como característica fundamental é a participação do povo na configuração e concepção dos direitos fundamentais. Para tanto, é necessário, conforme ensina Darci Ribeiro (2010, p. 96) que “o Estado deve propiciar que a cidadania, elemento essencial da democracia, seja exercida em sua mais ampla plenitude”.

Acerca da relação entre os Estados liberal, social e Democrático de Direito, Isaia (2012, p. 43) afirma que o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito é fruto da superação de uma série de conquistas:

Ao prognóstico da legalidade, o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da *busca pela igualdade da comunidade*, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade através de um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. Por isso é que o adjetivo “democrático” se justifica em razão da superação de um Estado de direito meramente formal a um Estado que estampa ao concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade.

O Estado Democrático de Direito tem o condão de ser transformador da realidade, não se restringindo apenas a reparar as condições de existência, como o Estado Social de Direito. Daí que sobrevém a necessidade da releitura e adaptação da jurisdição civil aos princípios constitucionalmente postos. Os textos processuais infraconstitucionais devem ser revistos e reinterpretados, na medida em que o processo jurisdicional não venha a ser um obstáculo à realização do direito material, mas antes condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica.

Na medida em que o Estado Democrático carrega consigo esse caráter transformador, não é possível concebê-lo como sendo um Estado passivo (Estado Liberal). Ao mesmo tempo, a tônica fundada em uma autodeterminação democrática enfatiza que os cidadãos deixam de ser apenas “alvo” da atuação do Estado (Estado Social). Esta relação entre a sociedade e o Estado vai refletir a concepção da jurisdição, de modo a equalizar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes.

No dizer de Taruffo (2009, p. 312), a garantia de acesso à tutela jurisdicional ensejou, não apenas a supressão de impedimentos e de limites formais ao exercício da ação, mas principalmente a abolição de condicionamentos e discriminações sociais e econômicas capazes de eliminar o acesso à justiça.

No Constitucionalismo Contemporâneo, próprio do Estado Democrático de Direito, rompe-se tanto com o positivismo, quanto com o constitucionalismo liberal, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória. O constitucionalismo contemporâneo modifica a teoria que sustentava o positivismo, dando lugar aos princípios que resgatam o mundo prático para o direito, surgindo, assim, um novo paradigma interpretativo (STRECK, 2011, p. 9-10).

No dizer de Castanheira Neves “metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se com o *acto judicativamente decisório*.” Desta forma, inaugura-se um novo modelo de jurisdição, caracterizado pela resolução de uma controvérsia prática, o que possibilita trabalhar com a ideia de justiça do caso ao invés da justiça da lei (CASTANHEIRA NEVES, 2003, pp. 11-12).

Percebe-se uma nova concepção de jurisdição, pois, no processo civil, começaram a surgir novas técnicas processuais de justiça social, como a simplificação da forma dos procedimentos, a presença de juízes leigos nos órgãos judiciais e o aumento dos poderes do juiz, sobretudo no campo da prova (TARUFFO, 2009, p. 313).

A jurisdição no Estado Democrático de Direito deve ser entendida como uma parceria de singularidades, ou seja, uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes. Importante ressaltar que é preciso compreender que nem as partes, nem o juiz, solitariamente, em monólogos articulados, são capazes de atingir o melhor resultado do processo, restando daí a necessidade de trabalhar em conjunto.

Os extremos que pairam entre o papel apático e periférico do cidadão, de um lado a execução desacerbada da atividade jurisdicional, culminam com o surgimento de entendimentos judiciais, subjetivistas e particulares sobre a aplicação normativa, ou seja, decisões solipsistas, solitárias, voluntarísticas, arbitrárias (STRECK, 2010, p. 33/40).

O (re) pensar do direito, no Estado Democrático de Direito, traz consequências sérias para a jurisdição civil, na medida em que se deixa de acreditar que o perfil democrático do processo está na simples submissão cega do juiz à lei como ocorrida no Estado Liberal Clássico. Assim, o direito deixa de ser encarado como algo predado pelo legislador. As condições de possibilidade para uma construção democrática do direito também não podem mais ser as mesmas presentes no Estado Liberal Clássico. Tem-se, no plano normativo, um deslocamento para o plano constitucional, também nos fundamentos políticos participativos o Estado adquire uma nova fundamentação democrática.

O processo mostra - se apresenta como *locus* privilegiado para a concretização do convívio em sociedade, o que importa conceber os instrumentos processuais e a própria decisão do juiz como fruto de um diálogo democrático convergente para uma nova legitimidade.

A preocupação com o pano de fundo institucional e democrático, que deveria embasar os movimentos reformistas não existe, e as soluções apresentadas privilegiam mais a análise pragmática e possíveis decorrências utilitaristas da alteração implantada do que uma estruturação constitucionalmente adequada (NUNES, 2008, p. 22).

Um processo-jurisdição eficiente deve possibilitar uma célere, segura e duradoura decisão. Neste viés, desenvolve um paradigma processo-temporal, calcado na velocidade e nas certezas da decisão (neoprocessualismo), quanto ao que foi decidido e, quanto ao modo como se decide (STRECK, 2009, p. 64).

No Brasil, busca-se, com base na Constituição, concretizar a democracia, assegurar a dignidade da pessoa humana e diminuir as diferenças entre aqueles que se encontram em situação de inferioridade econômica e social em contrapartida aos que dispõem de maiores recursos financeiros. Para esse intento, foram criadas diversas legislações tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outros, especialmente no âmbito da tutela de direitos coletivos. Percebe-se que o Estado, após uma longa evolução histórica, assumiu uma postura ativa e mais protetiva para a garantia da igualdade substancial, de modo que o Poder Judiciário recebeu maiores atribuições para efetivar a justiça e, por intermédio de seus magistrados, passa a interpretar e aplicar as leis de acordo com os casos concretos, deixando de lado posicionamentos positivista-normativos para adequar a norma à realidade social cada vez mais complexa.

Um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, a “liberação” do magistado de concepções típicas dos paradigmas anteriores, sobretudo, do liberal. Isto porque, não se pode negar que a atividade interpretativa clássica, aquela silogística, de mera subsunção do fato à norma, de busca da *mens legis ou mens legislatoris*, é muito mais cômoda e limitativa da atuação do judiciário do que o método interpretativo proposto no atual paradigma, em que exige, além da racionalidade das decisões, a sua legitimidade.

O Estado social não avançou no sentido de consentir uma atuação do judiciário de fato comprometida com a justiça e com a legitimidade das decisões, uma vez que se limitava a implementar os fins sociais do Estado, mesmo apresentando maior complexidade interpretativa em relação ao Estado Liberal. O atual paradigma, por sua vez, percebido no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a exigir um aprimoramento das tutelas jurisdicionais a fim de maximizar a aplicação dos direitos fundamentais, tão violados pelos períodos antidemocráticos anteriores.

No Estado social o conjunto normativo designava que o juiz devia cercar-se de objetividade numa situação equidistante das partes, cabendo-lhe apenas verificar se a norma era formalmente válida, isto é, se observava o procedimento adequado para sua produção, o que era previsto por uma norma hierarquicamente superior. Sendo válida, restava realizar a subsunção do fato à norma, sem maiores indagações quando ao conteúdo normativo. A legitimidade das decisões judiciais, no Estado Democrático de Direito, se submete ao crivo das discussões doutrinárias e dela passa ser o foco central. Neste diapasão, não basta uma decisão judicial ser racional como exigia o positivismo, mas precisa agora, atender aos ditames constitucionais democráticos no âmbito de sua criação.

Importante salientar a mudança de paradigma, pois, se o desenvolvimento da sociedade feudal se deu de forma lenta e constante, as invocações tecnológicas posteriores à criação da máquina a vapor, a divisão internacional do trabalho, a utilização dos motores à combustão interna e o desenvolvimento das telecomunicações acabou por imprimir às relações sociais velocidade jamais experimentada. Essa nova realidade social e econômica criou novos direitos e, portanto, produziu efeitos diretos sobre a jurisdição que foi desenvolvida para operar em realidade bem distinta da atual. Esse contexto acabou por gerar crise no processo e na atuação estatal no âmbito jurisdicional.

Como assevera Darci Ribeiro (2010, p. 73):

O monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, senão a tutela jurisdicional apropriada ao direito material que a parte traz a juízo, é dizer, o Estado que é titular da potestade jurisdicional deve colocar a disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de amoldar-se aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais.

Sem dúvida o papel do Estado, e sobremaneira o conteúdo do Estado Democrático de Direito, é cumprir a lei democraticamente elaborada com conteúdo impessoal, bem como deve concretizar os Direitos Fundamentais em sua totalidade, especialmente no diz respeito à igualdade material. No entanto o movimento constitucionalista moderno vem transferindo essa tarefa a jurisdição.

Criticando toda essa construção, especialmente no que tange à concretização dos direitos sociais, Streck (2011, p. 284) observa que

Estou convencido de que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e o da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal individualista-normativista do Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível.

A jurisdição através do direito processual, com sua autonomia recente, ainda sofre influência do ideário liberal e, justamente em face da necessidade de assegurar sua autonomia, acabou voltando-se para si mesmo e para sua técnica, perdendo o contato com o mundo real. Essa circunstância torna-se particularmente relevante a partir do Estado Democrático de Direito, quando se almeja a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a democracia. Trata-se de conceber o processo como Direito Fundamental e garantia de outros Direitos Fundamentais.

Destarte, parte da doutrina passa a admitir a existência de um Direito Processual Constitucional, identificado com o conjunto de Direitos Fundamentais, pois, assim como nos demais ramos do Direito, no processo é indispensável o estudo da base constitucional sobre a qual se desenvolve o direito processual, como forma de instituir um processo adequado ao comando da Constituição englobando enunciados e princípios (GUERRA, 2003. p. 100). Nesse aspecto, há nítida transposição do conteúdo da teoria dos Direitos Fundamentais para o âmbito do processo, de modo que as parte litigantes também tenham liberdade de atuação e que haja um resultado útil e razoavelmente esperado das demandas.

Disto, observa-se a premente necessidade de uma releitura da jurisdição a partir das normas jurídicas processuais aos princípios constitucionais, na medida em que somente com a devida interpretação da Constituição será possível almejar a efetivação dos direitos, aplicando seus princípios na readequação da legislação ao conteúdo e ao ideário do constituinte, a fim de compreender qual o melhor direito a ser aplicado ao caso concreto.

Como alerta Cristiano Becker Isaia (2012, p. 168)

O exercício da jurisdição-processual no Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com sua vontade, experiência, etc, interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para descobrir o conteúdo da norma, extraindo o significado ideal do texto, razão pela qual permanece a residir numa situação (hermenêutica) de baixa constitucionalidade (Lenio Streck). Nesse mesmo contexto, a jurisdição-processual também exige o rompimento com o ritualismo fase-a-fase do processo de conhecimento de rito ordinário e de sua função declaratória, principalmente no que tange a satisfação dos direitos sociais-fundamentais. De igual modo, com um sistema recursal (e sua suspensividade) em que a palavra da hora é quantidade, ao invés de qualidade, local onde se vem decidindo, no mais das vezes, monocraticamente (solipsistamente), ambiente em que súmulas e enunciados já trazem consigo as respostas pré-dadas, dispensado-se a fundamentação das decisões.

E, ainda acrescenta o autor (2012, 168/169) que, no Estado Democrático de Direito, o judiciário passou a exercer função promotora de direitos fundamentais, portanto, deve se desapegar do modelo liberal da busca por verdades absolutas e segurança jurídica. Com promulgação da Constituição de 1988, elencando um rol extenso de direitos fundamentais-sociais, que exigem prestações do Estado, possibilita uma ascensão da atividade jurisdicional a um patamar ímpar de importância não antes experimentado, desta forma há um nítido incremento do papel da jurisdição na persecução pelos direitos garantidos constitucionalmente.

Com a implementação do Estado Democrático de Direito, o judiciário sai da postura inerte e de um segundo plano de importância de atuação em relação aos demais poderes do Estado, colocando-o em lugar de destaque nessa quadra da história. A atividade jurisdicional

na contemporaneidade, vê-se inflacionada pelas conquistas democrático-constitucionais, oriundas do novo paradigma estatal-constitucional que consubstanciam um maior agir em sociedade – pela sociedade – na busca pelos “direitos perdidos” (TASSINARI, 2013, p. 31/32).

É óbvio que as alterações legislativas no campo do direito processual devem, em certa medida, buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela jurisdicional, mas isso não significa que se possa negligenciar o papel importantíssimo que o processo possui como estrutura dialógica de formação de provimentos e garantidora de direitos fundamentais.

Na contemporaneidade, mais precisamente a partir da Constituição Federal de 1988, é percebido um direito novo em estrutura e em conteúdo regulador. Este “novo”, deriva do reconhecimento expresso de direitos decorrentes da complexidade da contemporaneidade, dentre eles os direitos coletivos.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar uma série de garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, deu abertura a um novo paradigma para o processo, até então centrado na ação individual, quando apenas o titular do direito detinha legitimidade para invocar a jurisdição, por via da ação, para ver reconhecido um bem da vida protegido. A partir do ideal do Estado Democrático de Direito, foi reconhecida uma dimensão coletiva para a postulação ao reconhecimento de direitos e, conseqüentemente, uma nova extensão de institutos para atender aos direitos pertencentes à coletividade ou a um grupo determinado de pessoas.

Os direitos ou interesses coletivos são, sem dúvida, os direitos do século XXI. Esta conjuntura da sociedade contemporânea é denominada por Manuel Castells (1999, p. 24) de sociedade em rede. De acordo com o autor, o contexto social atual merece ser assim tratado por configurar uma sociedade globalizada, centrada no uso e na aplicação de informação e conhecimento, tendo por base a revolução na tecnologia da informação, que implica em mudanças nas relações sociais, políticas e econômicas, e está inserida em todas as esferas da atividade humana. Para o estudioso, "devemos localizar este processo de transformação tecnológica revolucionária no contexto social em que ele ocorre e pelo qual está sendo moldado" (CASTELLS, 1999, p. 24).

Com a construção de um novo Direito, deve-se também construir uma nova jurisdição democrático-constitucional(izada). Uma jurisdição processual que tenha por norte, a efetivação do texto constitucional, bem como, que possibilite a participação cidadã no acontecer da democracia, dando voz aos sujeitos jurídico-sociais e implementando os direitos garantidos constitucionalmente (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 110).

À vista disso, busca-se para o cerne da discussão jurídico-processual a preocupação com o conteúdo constitucional, pois a promulgação da nova Constituição trouxe consigo a preocupação com a efetivação e garantia com uma série de direitos fundamentais-sociais, uma vez que o Brasil jamais experimentou um verdadeiro Estado Social. Isto posto, a perfectibilização dos conteúdos referentes aos direitos humanos, sobretudo, atinentes aos interesses coletivos implica o surgimento de novos direitos que devem receber amparo não só político-administrativo, como também, jurídico, alçando o Judiciário e o sistema de justiça a uma condição de protagonista frente aos demais poderes. Sobremaneira, exige-se, um(a) processo/jurisdição constitucionalizados assentados nos princípios político-constitucionais e, aptos a congregarem em si a contedística referente a uma nova prática social.

No direito brasileiro, o desenvolvimento tardio do capitalismo fez com que somente na segunda metade do século XX a regulamentação do processo coletivo se intensificasse, sobretudo com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a promulgação da Constituição de 1988 e as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). No entanto, o Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, optou por tratar exclusivamente do processo individual, apesar de no limiar do século XXI não mais se conceber que se edite um Código de Processo Civil sem se preocupar com a resolução das demandas de massa e, principalmente, de se entender que o processo coletivo constitui o instrumento adequado para, numa só vez, por fim a milhares de demandas que entulham as prateleiras do judiciário.

No dizer de BAUMAN (2000, p. 15) “a liberdade individual só pode ser produto do trabalho coletivo (só pode ser assegurada e garantida coletivamente)”, então indubitavelmente se chegará à conclusão de que o processo coletivo é a maneira mais apta e eficaz a promover os valores constitucionais. Se a tutela coletiva instrumentaliza a democracia participativa, é possível afirmar que ela tem por função implementar valores assegurados constitucionalmente, é o que se pretende desvelar no próximo capítulo desse trabalho.

CAPÍTULO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL COLETIVO: UM NOVO MODELO PROCESSUAL OU UM VELHO PROCESSO COM NOVA ROUPAGEM?

Na contemporaneidade, mais precisamente a partir da Constituição Federal de 1988, é percebido um direito novo em estrutura e em conteúdo regulador. Este “novo” deriva do reconhecimento exposto de direitos decorrentes da complexidade da contemporaneidade, dentre eles os direitos coletivos.

Os direitos ou interesses coletivos são, sem dúvida, os direitos do século XXI, e esse é o grande desafio que se propõe o segundo capítulo deste trabalho. No Estado Democrático de Direito, falar em processo coletivo é falar em evolução do processo em geral, pois se reconhece que devem haver rompimentos nos institutos tradicionais focados no ser individual que não mais condiz com a sociedade pluralista em que se vive. Esta quebra de paradigmas atendeu às expectativas no Brasil, enquanto legislação com a coordenação entre o Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública. Todavia, a lei, por si só, não sustenta uma tutela digna.

Ao abordar o individualismo no sistema processual, Baptista da Silva (2006, *passim*), refere não ser possível pretender a superação do paradigma racionalista sem transformar as estruturas econômicas e políticas, consagrando o entendimento de que o processo coletivo pode surgir como instrumento de transformação social e modernização do sistema processual para atender esse “novo” direito.

Esse modo de conceber o direito, como fonte adstrita e vinculada à lei, característico do Estado Liberal, compromete o aprimoramento do processo civil para atender as demandas atuais. O referido autor adverte como solução dos problemas atuais a utilização de remédios

ultrapassados. Desse modo, é predominante o pensamento linear do século XVIII obstaculizando-se a tentativa de adequação processual aos novos litígios de uma sociedade eminentemente complexa. Percebe-se uma estagnação do direito frente às ideologias passadas e isso também explica o descompasso entre as transformações sociais e o direito. Devido à racionalização do direito, as reformas não tutelam tempestivamente os clamores da sociedade. E este fato é atrelado à história porque não se consegue desvincular do paradigma racionalista (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 82).

Como dito anteriormente, o processo civil, segundo Ovídio Baptista da Silva (2004, *passim*), a partir das filosofias do século XVII, priorizou o valor “segurança” como exigência fundamental à construção de um Poder Judiciário eficiente. Com efeito, desde sua concepção, é essencial à legitimidade do procedimento ordinário-plenário-declaratório o contraditório prévio, segundo o qual, o juiz somente poderá julgar depois de ter ouvido ambas as partes (cognição exauriente), porque assim é que estará habilitado a descobrir a vontade da lei. Essa ritualística nada mais é do que a representação do racionalismo, através do qual se entende possível alcançar a verdadeira vontade da lei, que teria um sentido unívoco prestes a ser demonstrado pelo juiz através do método adequado.

A codificação afastou o direito dos conflitos sociais e, por sua vez, “o processo congelou-se no tempo”, atrelado ainda hoje ao “componente ideológico inerente à ética do liberalismo” (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 35), de modo que o processo continua possuindo caráter autoritário e algemado ao paradigma racional, preterindo decisões sumárias.

Diante dos litígios coletivos, aqueles instrumentos processuais que eram suficientes e adequados para solucionar os conflitos individuais perdem sua funcionalidade, impondo transformações no direito processual civil. O direito processual assim, impelido pelas modificações ocorridas na sociedade e nas relações sociais, também passa a ser visualizado como fenômeno de massa, revelando a concepção de processo coletivo como instrumento de transformação social, rompendo com o modelo individualista de processo vigente para visualizar o indivíduo como uma célula da sociedade apenas, encontrando-se os seus direitos similares e ligados aos dos outros indivíduos (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p. 37).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrando o Estado Democrático de Direito, pode-se definir ter surgido o direito processual coletivo comum, como novo ramo do direito processual, estendendo aos direitos coletivos, os mesmos direitos assegurados aos direitos individuais (art.5^a, XXXV). Na Lei Maior, a base material de proteção dos direitos coletivos pode ser visualizada de forma expressa no seu texto, quando determina ser dever do Estado e da Sociedade velar pelo meio ambiente sadio (art.225),

inclusive o do trabalho (art. 200, VIII), pela manutenção do patrimônio cultural (art. 216, §1º), pela proteção e defesa dos direitos dos consumidores (art.170, V), pela integração do Estado com a coletividade através de exigência de participação popular na política urbana (art.182), defendendo os interesses difusos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, como corolário da garantia do amplo acesso à Justiça, consagra o direito de representação coletiva, de interesses coletivos ou mesmo individuais integrados numa coletividade, legitimando entidades associativas e sindicatos a representarem seus associados. O conjunto de mudanças ocorridas nas últimas décadas, demonstra a caminhada na superação do paradigma puramente racionalista e dogmático, busca-se inovar a metodologia processual, com o surgimento de novos atores no cenário do judiciário e este mais afinado com os princípios do Estado Democrático de Direito, abrindo espaço para um juiz com potencial transformador da ordem social, aceitando a participação popular direta nos processos decisórios.

Busca-se, no paradigma do Estado Democrático de Direito, um novo padrão decisório adequado a função jurisdicional e, principalmente, concernente com os interesses transindividuais, com os “novos” direitos de uma sociedade complexa. Tal decisão, nesta seara, deve adequar-se ao panorama político e social em consonância com um processo/jurisdição constitucionalizados, assentados nos princípios político-constitucionais e aptos a congregar em si a contenciosidade referente a uma nova prática social. Assim, o centro da discussão jurídico- processual tem íntima ligação com a substancialidade constitucional, perfectibilizada no acontecer dos conteúdos atinentes aos interesses coletivos (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA; ESPINDOLA, 2009, p. 113-141).

Desta forma, decidir em processo é ir além da resolução do conflito, caracteriza-se pela busca de uma resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto norteado pela Constituição. Como refere Jânia Maria Lopes Saldanha (2010-b, p.690), decidir será garantir e concretizar direitos, será tanto reparar quanto impedir que direitos sejam lesionados, será perfectibilizar o direito no caso posto, assegurando a concretude da Constituição a partir do fato submetido a juízo.

A realização do direito ao caso concreto, nesta nova roupagem do Estado Democrático de Direito, exige mais que apenas a resolução conflitiva, exige uma resposta constitucionalmente apta a materializar o direito (HOMMERDING, 2007, p. 268-269). Disto resulta que, ao agir processualmente, o juiz deverá conduzir-se pela integridade, coerência, tradição, e nas respostas que foram construídas preteritamente, através do desvelamento do significado constitucional do caso concreto em um ambiente processual democrático-

constitucionalizado. Através da integridade e coerência, surge uma resposta corretamente baseada em todo um agir ético-moral da comunidade.

Diante da nova realidade imposta pelo Estado Democrático de Direito importa repensar a jurisdição coletiva sob a perspectiva do neoprocessualismo, da ruptura com o positivismo e a discricionariedade judicial para que só assim tenha-se respostas constitucionalmente adequadas baseadas em argumentos de princípio. É o que se analisa nos itens a seguir.

2.1 A (re)compreensão da jurisdição processual civil no marco do Estado Democrático de Direito: a urgência de um neoprocessualismo coletivo

Falar em (re)compreensão da jurisdição processual civil no marco do Estado Democrático de direito é falar da jurisdição que se tem, e da que se deseja, mas sobremaneira, parafraseando Lênio Streck, é entender a necessidade do protagonismo da Constituição na *constituição* dessa jurisdição.

O neoprocessualismo tem sua origem após a segunda guerra mundial, quando várias Constituições, como a da Itália (1948), Alemanha (1949), França (1952), Portugal (1976) e Espanha (1978) inseriram em seus respectivos textos diversos institutos processuais, estabelecendo assim de forma expressa ou implícita, várias garantias constitucionais de caráter processual (FIX ZAMUDIO, 1974. p. 35).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, através dos princípios processuais, assegura direitos e garantias aos indivíduos, desta forma, todo o Direito Processual está inserido nessa estrutura constitucional, através de um modelo constitucional de processo, e atribuindo-se o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as demais normas processuais.

Deste modo, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo³, através da influência do paradigma pós-moderno do direito, fez surgir um

³ Neste trabalho adotar-se-a nomenclatura designada por Lênio Streck “O neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico- interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última: da jurisprudência dos valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico, (como quer Mario Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência [...]) Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neo-constitucionalismo’ para mencionar aquilo que venho apontado em toda a minha produção acadêmica: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Por isso, passo a denominar

modelo constitucional de processo “garantidor”, com o objetivo de efetivar as garantias constitucionais e, sobretudo, constitucionalizar o sistema processual, cujo designo é servir como instrumento realizador da justiça do caso concreto.

O Constitucionalismo Contemporâneo atenta-se com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pela exacerbação de novos instrumentos do processo constitucional. Entretanto, também é legítimo aduzir que o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, se os mesmos não vierem acompanhados de garantias que assegurem a efetividade do exercício de tais direitos. Isto é, “as liberdades adquirem maior valor, quando existem garantias que as tornam eficazes” (BARACHO, 1984. p. 172).

Importante salientar que, na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo através do movimento de constitucionalização não pode ser compreendido apenas pela incorporação de normas processuais na constituição, mas, também, pela forma de atuar da jurisdição a fim de propiciar a eficácia dos direitos fundamentais.

No Constitucionalismo Contemporâneo, próprio do Estado Democrático de Direito, rompe-se tanto com o positivismo, quanto com o constitucionalismo liberal, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória. O constitucionalismo contemporâneo modifica a teoria que sustentava o positivismo, dando lugar aos princípios que resgatam o mundo prático para o direito (STRECK, 2009, p. 9-10).

No dizer de Castanheira Neves (2003, p. 11/12), “metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se com o acto judicativamente decisório.” Desta forma, inaugura-se um novo modelo de jurisdição, caracterizado pela resolução de uma controvérsia prática, o que possibilita trabalhar com a ideia de justiça do caso ao invés da justiça da lei.

Assim, a jurisdição é vista a partir do modelo de Estado, no caso em tela, Estado Democrático de Direito

Em um Estado cujo perfil seja ativo, a exemplo dos Estados social e democrático, a resolução de conflitos subjetivos são pretextos para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Deste modo, antes de investigar sobre que tipo de Jurisdição ou de Processo Judicial se pretende para uma determinada sociedade, inevitável observar qual o perfil do Estado. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação da lei e do controle da constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais que estão sempre por trás de toda e qualquer lei. Nesta perspectiva,

esse constitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo (com letras maiúsculas)” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 124-125).

toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o judiciário, papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição. Resta, portanto, a conclusão de que a função nitidamente jurisdicional não se contenta com o modelo de solução de controvérsias – de cariz eminentemente privado, individualista – mas ultrapassa-o para atender aos valores constitucionais (ESPINDOLA, 2008, p. 148).

Nesse contexto, Owen Fiss⁴(2004, p.9) afirma que ao judiciário incumbe a atribuição de sentido e significado aos valores constitucionais, em outras palavras, “a tarefa da jurisdição não é declarar o ‘certo’ ou o ‘errado’ ou simplesmente atribuir significado à lei, mas sim realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição”.

No Brasil, a doutrina, influenciada por Chiovenda (2008, p. 03), define jurisdição “como sendo a função estatal que está a atuar à vontade concreta da lei, mediante a substituição de uma atividade pública, ou seja, uma atividade substitutiva do juiz, pois, o autor compreende a jurisdição como a atuação concreta da lei”. Ela – a lei – é a expressão do poder estatal, conseqüentemente a jurisdição manifesta-se a partir da revelação da vontade do legislador (CHIOVENDA, 2008, p.55).

Como já referido, a jurisdição moderna é o resultado do longo processo de formação do Estado, através do monopólio estatal da jurisdição, cujos primeiros passos foram dados pelo direito romano. No entanto, o aprimoramento dessa funcionalização do direito e a consagração de uma concepção do direito, enquanto expressão da vontade do soberano, vão se dar só no século XVII e XVIII, a partir de Thomas Hobbes e os filósofos contratualistas. Ovídio Baptista (2004, p.4), afirma que, paulatinamente, “a justiça deixa de ser uma questão inerente à *jurisdictio*, para ser um assunto de Estado” (grifo do autor).

Este caráter publicista da jurisdição precisa ser atualizado no Estado Democrático de Direito, pois apesar da evolução desta, através da superação da concepção liberal de atuação do judiciário, é necessário, ainda, retirar o órgão julgador da passividade em que se encontrava no Estado Liberal. Isso não pode significar sua colocação na posição de protagonista do processo, transformando as partes em mero recipiente da vontade Estatal, alijando a participação destas na formação dos provimentos. Ademais, nem a jurisdição, nem o processo podem ser compreendidos como um instrumento pelo qual o Estado se serve para alcançar fins políticos, sociais e jurídicos.

⁴ A obra usada neste trabalho não é a original em inglês e sim a traduzida Um novo processo civil: estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade / Owen Fiss ; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós ; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A realidade brasileira é de que o processo civil (meio de atuação da jurisdição) passa muito longe do Constitucionalismo compromissório e dirigente inaugurado pela Constituição de 1988 e não conseguiu lidar com os problemas decorrentes da resistência positivista no plano da teoria do direito, pois a Constituição brasileira, com base em uma teoria procedimental/processual, ainda é vista como que a ela ficasse relegada a função de um simples instrumento de governo, definidor de competências e de procedimentos, pois para os procedimentalistas, a Constituição somente garantiria o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Tal postura, ao alçar a Constituição à condição de mero instrumento formal de garantia, acaba sobrevalorizando o procedimento e deixando de lado o conteúdo das decisões (BERCOVICI, 2003, p. 275).

Lenio Streck (2009, p. 79/82) defende a adoção da teoria material-substancial, uma vez que em países como o Brasil, nos quais, apesar de mais de duas décadas da promulgação da Constituição, parte considerável dos direitos fundamentais de cunho social permanece descumprida.

É possível afirmar que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofo em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra. É exatamente por isto que Hans Peter Schneider vai dizer que a Constituição é direito político: do, sobre e para o político (STRECK, 2009, p. 79).

É nesse contexto que se apresenta a Constituição da República de 1988, representando uma guinada em relação à totalidade da história constitucional no Brasil. Daí reside a importância do papel atribuído à jurisdição constitucional e ao processo (pois todo o processo é um exercício de jurisdição constitucional) como *locus* para o exercício de tal controle, mormente naquilo que se constitui nos dois pilares do Estado Democrático de Direito: democracia e direitos fundamentais. A partir daí, vai se desenvolver a questão relativa a uma compreensão substancialista da Constituição do Brasil, que, como já se viu, é uma Constituição compromissória e dirigente, que impõe os fins do Estado.

Na medida em que a Constituição assume um caráter diretivo, pautando a ação do Estado, o qual, na condição de Estado Democrático de Direito, está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais, torna-se necessário estabelecer uma perspectiva substancialista da Constituição. Nesse viés, a implementação dos direitos fundamentais sociais passa a ser condição de validade da própria Constituição naquilo que ela representa o elo contencioso que une política e direito. O Judiciário, com isso, assume um papel de um

intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais⁵, o direito produzido democraticamente (STRECK, 2009, pp. 81-87).

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar uma série de garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, deu abertura a um novo paradigma para o processo, até então centrado na ação individual, quando apenas o titular do direito detinha legitimidade para invocar a jurisdição, por via da ação, para ver reconhecido um bem da vida protegido. A partir do ideal do Estado Democrático de Direito, foi reconhecida uma dimensão coletiva para a postulação ao reconhecimento de direitos e, conseqüentemente, uma nova extensão de institutos para atender aos direitos pertencentes à coletividade ou a um grupo determinado de pessoas.

Os direitos fundamentais, por natureza, são destinados a todos. Constituem uma condição generalizadora aos seres humanos, a tal ponto que não se admite que tais direitos sejam destinados apenas a uma classe ou categoria de pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 66) identifica que os direitos fundamentais transmitem a ideia de democracia:

Os direitos fundamentais podem ser considerados pressupostos, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei de oportunidades) de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade).

Importante esclarecer que Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, onde não há titular determinado, quando na verdade o que é múltiplo é a titularidade, por isso, a transindividualidade. Zavascki (2007, p.41) afirma que “direito coletivo é designação genérica para as duas modalidades e direitos transindividuais: o difuso e o coletivo”⁶.

Assim, os direitos difusos e coletivos não pertencem a nenhuma categoria específica. Não são nem direito público e nem privado. Pertencem à própria sociedade, onde, a titularidade desses direitos é composta por “uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstância de situação, passíveis de lesões

⁵ É nesse sentido que Ronald Dworkin vai defender uma concepção constitucional de democracia. Para o jusfilósofo americano, a noção a respeito da democracia como governo da maioria (premissa majoritária) não passa de uma tese a respeito dos resultados de um processo político. Ela insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, ao menos nos assuntos importantes, a decisão obtida seja favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muito entre eles. Dessa forma, quando uma maioria política não pode fazer o que quiser, haveria uma injustiça, de tal modo que ela permaneceria mesmo quando existem fortes razões que a justificassem. (DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 24/25.)

⁶ Os direitos individuais homogêneos não são objeto do presente trabalho.

disseminadas entre todos os titulares de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade” (ZAVASCKI, 2007, p.42).

Assim, falar em processo coletivo é falar em evolução da jurisdição, pois reconhece que deve haver rompimentos nos institutos tradicionais, focado no ser individual que não condiz mais com a sociedade pluralista em que se vive.

A mostra de que a dogmática vem sendo repensada e readaptada aos novos padrões sociais, com a adequação da jurisdição e do processo de modo a acompanhar a natureza dinâmica dos fatos, exigindo das normas jurídicas constantes alterações, sob pena, de tornarem-se obsoletas diante da realidade que pretendem ordenar. Assim, para garantir a efetivação constitucional, diante da tolerância às novas metodologias e à politização do processo, são editadas as Leis 9.868/99 e 9.882/99 e a partir de sua concreta utilização pelo judiciário, o mesmo, abre-se para a recepção dos novos institutos, demonstrando estar acessível à democracia participativa, e estar o julgador na função não mais apenas de intérprete da lei, mas sim como resolutor direto dos conflitos e mediador dos interesses.

No Brasil, a tutela dos direitos coletivos surge, na década de 70, com a edição da Lei 6.513, de 20/12/77 que introduziu uma modificação no art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”, ou seja, permitiu a tutela de direitos difusos através da Ação Popular. Posteriormente a Lei nº 7.347, de 24/07/85 (Lei da Ação Civil Pública), a qual inaugurou o que muitos chamam de subsistema de processo para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos, uma vez que até então, a Ação Popular só dispunha de meios para tutelar direitos subjetivos individuais (ZAVASCKI, 2007, p.22/23).

Com a Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, tais como o direito ao meio ambiente sadio, à manutenção do patrimônio cultural à preservação da probidade administrativa e à proteção do consumidor. Seguiu-se do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/90), que disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento – que denominou de ação civil coletiva (art. 91) - para defesa conjunta de direitos individuais homogêneos, no intuito de acompanhar a evolução da sociedade, a revelação ou evidenciação de novos direitos e a massificação dos conflitos.

Recentemente, o Novo Código de Processo Civil, aprovado em 16 de março de 2015, prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas. Estabelece a proposta que, havendo questão comum de direito capaz de gerar a multiplicação de processos, instaura-se o incidente, a ser apreciado diretamente pelo tribunal, com a suspensão de todos os processos

individuais na área de competência territorial do tribunal, inspirado incidente de julgamento por amostragem dos recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC atual), e que, segundo os autores do projeto, constitui um novo sistema de resolução coletiva de litígios.

Crê-se, neste trabalho, que merece um parêntese a fim de discordar-se dos autores do projeto do novo CPC que gerou a Lei 13.105/2015, sob a ótica de tutela coletiva, pois como o próprio nome informa, se trata de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva, mediante uma cisão da cognição, através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, isto é, um incidente no qual são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.

O Incidente de Demandas Repetitivas pode ser visto sob a ótica jurisdicional democrática, através da comparticipação (cooperação), tendo o contraditório como influência e não surpresa, pois a parte “comum” será dimensionada pelo tribunal de segundo grau mediante ampla cognição (art. 980, caput), audiência pública para obtenção de subsídios argumentativos (art. 980, §1º) e análise panorâmica “de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 981, §2º). Uma vez dimensionado no acórdão os fundamentos determinantes padronizáveis das causas repetitivas, caberá ao juízo de primeiro grau aplicá-los dialogicamente.

A questão da litigiosidade no Brasil deve ser estudada não apenas em sua dimensão estritamente jurídica, mas também por aspectos sociológicos, econômicos e políticos, que estimulam o incremento no número de demandas ajuizadas no país a partir da Constituição de 1988, bem como a forma com que estas ações coletivas devem ser julgadas a partir do protagonismo da Constituição, é o que se propõe a analisar.

2.2 A importância de se pensar o processo coletivo em razão das promessas constitucionais: o protagonismo da Constituição e do caso concreto

Uma das características da modernidade (assim considerado o período que inicia com a queda do feudalismo e com a Revolução Francesa, passando pelo fim da guerra-fria, pela queda do socialismo e estende-se até o presente momento) é o fim da divisão entre culturas de elite e de massa, o que importa em mudança de comportamento da sociedade. Os novos espaços de convivência e as novas tecnologias resultam em relações interpessoais cada vez

mais complexas, o que se reflete também nas relações jurídicas. Os conflitos daí decorrentes são múltiplos e cada vez em maior número, clamando pela resolução. Os conflitos são intrínsecos ao convívio social e não são um mal em si, mas um meio de praticar a arte do consenso.

A base do sistema original do Código de Processo Civil é o procedimento individual, que atende as pretensões individuais, em que as demandas são movidas pelo titular do direito lesado. Assim é a regra do artigo 6º do CPC, que disciplina “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Entretanto, o direito é suscetível de indagações, por isso, as normas existentes são renovadas por anseios de maior liberdade e avanço da sociedade; dessa maneira o processo civil não se mostra alheio às modificações sociais.

Assim surgem novos instrumentos processuais, a ponto que, na atualidade o processo civil não se limita a tutela jurisdicional individual. Segundo Teori Albino Zavascki (2007, p. 18), as modificações do sistema ocorreram em momentos diferentes, os quais ele classifica em duas fases.

A primeira fase apresenta-se pela introdução de instrumentos destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva, tais como a tutela de direitos e interesses transindividuais; posteriormente, entende-se por fase reformadora a segunda fase, o qual teve por objetivo aprimorar tais mecanismos.

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diferencia-se o instituto em questão do litisconsórcio, na medida em que tal fenômeno seria incapaz de tutelar de forma minimamente eficiente e adequada os interesses de milhares ou até mesmo de milhões de pessoas em um único processo. Tem-se assim que a noção de legitimidade extraordinária (que se caracteriza pela falta de coincidência entre as partes da relação jurídica processual e as partes da relação jurídica de direito material defendida em juízo) seria essencial à definição de uma ação coletiva (MENDES, 2012, p. 30).

No Brasil, três diplomas foram essenciais para a consolidação da tutela coletiva: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). À luz das reformas processuais necessárias à sociedade brasileira, juristas empenhados na proposta de unificação coletiva do direito processual iniciaram discussões sobre a elaboração de um Código Brasileiro de Processo

Coletivo, no qual, a partir de necessidades existentes, criaram-se alternativas em busca de uma sistematização de procedimentos coletivos. O processo civil coletivo embora não totalmente independente, possui importantes peculiaridades.

A inadequação de alguns institutos e princípios do processo individual, principalmente os que dizem respeito à litispendência, conexão e continência, fortaleceram a ideia de que estaria surgindo no Brasil um verdadeiro Direito Processual Coletivo. A primeira proposta de sistematização da matéria em um Código de Processo Coletivo foi elaborada por Antonio Gidi em 2002 e publicada no início de 2004. Em linhas gerais, a proposta, intitulada *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, reflete a inequívoca influência da experiência norte-americana das *class actions*⁷ sobre seu autor (VENTURI, 2007, p. 35/41).

No mesmo ano, em uma reunião promovida pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, surgiu a ideia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, a partir de uma intervenção de Antonio Gidi. O principal objetivo era apresentar não só um repositório de princípios, mas um modelo concreto, adaptável às peculiaridades de cada um dos países envolvidos, para futuras reformas legislativas na matéria. A proposta foi elaborada Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi e apresentada ao final de 2002. Uma comissão integrada por vários juristas convocados pelo Instituto Ibero-Americano aperfeiçoou a proposta e converteu em anteprojeto aprovado em outubro de 2004, nas Jornadas Ibero- Americanas, em Caracas- Venezuela (MENDES. 2007, p. 205).

No final de 2003, as discussões envolvendo o Código Modelo chegaram Brasil surgindo a ideia de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, mais adaptado à realidade brasileira. As propostas em torno de uma legislação sistematizada sobre ações coletivas foram trabalhadas sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, após transformada em anteprojeto, a proposta foi enviada em 2005 aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Posteriormente, o anteprojeto foi encaminhado ao Ministério da Justiça. Em janeiro de 2007, foi apresentada uma nova versão do anteprojeto, incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, Procuradoria da Fazenda Nacional e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Durante o

⁷ A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. (Sálvio de Figueiredo Teixeira. Considerações sobre o direito norte-americano. Revista de Processo, n.16, 1979, p. 121.)

primeiro semestre de 2005, desenvolveram-se debates não somente em torno do Código Modelo, como também do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado em São Paulo. A ideia inicial estava voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto. Nada obstante, as discussões acabaram evoluindo para uma reestruturação mais ampla, sob a coordenação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, com o escopo de oferecer uma proposta alternativa comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado na UERJ/UNESA foi apresentado no segundo semestre de 2005 aos membros do IBDP e, posteriormente, também encaminhado ao Ministério da Justiça (GRINOVER, 2006. p. 2/3).

No ano de 2008, é constituída Comissão Especial, formada por juristas e integrantes da magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e advocacia para analisar as propostas encaminhadas ao Ministério da Justiça. Depois de muitas discussões recuou-se na proposta de um Código de Processos Coletivos, optando-se pelo consenso possível em torno da elaboração de um Anteprojeto de nova Lei da Ação Civil Pública. O anteprojeto foi concluído em fevereiro de 2009 e remetido ao Presidente da República, sendo incorporado ao II Pacto Republicano. Ainda em 2009, encaminhada para a Câmara dos Deputados, a proposta foi registrada como Projeto de Lei nº 5.139/2009.

O projeto de lei⁸, entre outras importantes inovações, estabelecia uma relação de princípios pertinentes ao processo coletivo; aprimorava de forma importante as regras de competência para as ações coletivas; criava os Cadastros Nacionais de Processos Coletivos e de Inquéritos Civil e Compromissos de Ajustamentos de Conduta; admitia a flexibilização do procedimento nas ações coletivas; aprimorava as formas de comunicação da coletividade em matéria de direitos individuais homogêneos; afastava a limitação territorial para a coisa julgada, hoje prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública; fortalecia a coisa julgada; previa que o ajuizamento de ações coletivas ensejava a suspensão dos processos individuais com objeto correspondente e aprimorava as regras atinentes à liquidação e à execução, a serem promovidas, sempre que possível, de forma coletivizada (GRINOVER, MENDES E WATANABE, 2007, p. 105).

No âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5.139/2009 recebeu parecer favorável quanto à constitucionalidade, sendo rejeitado no mérito, todavia, sob os fundamentos de que, caso aprovado, ensejaria tratamento

⁸ Anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXBy2pldG9zIRvIElC RFAGLSBBbnRlcHJvamV0b3M=> Acesso em 12/11/2014.

desigual entre as partes nos processos coletivos; conferiria poderes excessivos ao Ministério Público e à Defensoria Pública; ensejaria insegurança jurídica e estimularia o ajuizamento de ações coletivas temerárias⁹. Em razão disso, foi interposto recurso para que o mérito venha a ser reexaminado pelo plenário da Câmara, ainda não apreciado até a presente data.

Em 2012 iniciou-se uma proposta de modernização do Código de Defesa do Consumidor, incluindo normas sobre comércio eletrônico, superendividamento e processos coletivos, resultando três projetos de lei com os mesmos nomes encaminhados ao Senado. O Projeto nº 282/2012, que é o que mais importa para os fins do presente estudo, encampa alguns dispositivos que já estavam previstos no Projeto de Lei nº 5.139/2009, tais como regras sobre competência nas ações coletivas, criação dos Cadastros Nacionais de Processos Coletivos e de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta e a flexibilização procedimental.

Talvez a aprovação do referido projeto reste comprometida, uma vez que o projeto prevê a condenação do réu em obrigações específicas ressarcitórias, inibitórias ou em indenizações por danos morais e materiais independentemente de pedido do autor. Ainda que absolutamente relevante à tutela coletiva, permitir a condenação do réu sem qualquer pedido expresso, representa perigosa fragilização de garantias fundamentais no processo. Por outro lado, o projeto traz regras que incentivam a tutela coletiva, como por exemplo, regras específicas de arbitramento de honorários de advogado e de compensação financeira à associação autora¹⁰.

Não são poucos os desafios para a construção de um sistema processual civil no século XXI, ainda mais quando se está prestes a receber um “novo” código de processo. Entre o processo civil coletivo que se pretende e o processo cível que se tem, a análise passa a ser do que efetivamente se tem em processo coletivo nos dias atuais, redesenhando o caso concreto, tendo em vista a necessidade em ultrapassar a construção do conhecimento isolado através da aproximação entre jurisdição e comunidade, dos próprios princípios constitucionais e da participação democrática, na busca de uma proteção constitucional relacionada à condução da tempestividade da prestação jurisdicional a fim de criar novos ambientes processuais sumarizados e democratizados.

Como já mencionado, os interesses transindividuais (coletivos) escapam da dimensão privada do modelo jurídico liberal e se caracterizam por uma amplitude não apenas jurídica,

⁹ Nesse sentido, parecer do Dep. José Carlos Aleluia, que conduziu a decisão da maioria da Comissão de Constituição e Justiça, disponível em www.camara.gov.br (acessado em 29 de agosto de 2014).

¹⁰ Ver . <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112480&tp=1> (acessado em 07 de dezembro de 2014)

em sentido estrito, mas também socioeconômica, afastando-se dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meios de sanabilidade das controvérsias. A complexidade das questões coletivas faz com que caminhos distintos para sua resolução devam ser adotados. A resolução dos conflitos coletivos reclama a negação dos postulados do modelo liberal/individualista.

Desta análise, tem-se que o Estado de Direito, dentro do Constitucionalismo Contemporâneo, então nascente, não se limitava mais ao seu antigo papel de “dado pronto e acabado” da ordem social, limitando-se a garantir a segurança dos cidadãos e lidar com seus conflitos particulares (Estado Liberal) ou promover reformas pontuais para mitigar as contradições do modo de produção capitalista (Estado Social). Esta nova encarnação do ente estatal – Estado Democrático de Direito – apresenta-se como agente transformador, fundado em estruturas jurídicas conscientes de que estão em movimento dentro do caminhar contínuo do processo histórico.

No dizer de Lênio Streck (2009, p. 8)

(...) neoconstitucionalismo significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal. (...) Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo.

Um processo civil coletivo que atente para o acontecer da Constituição, depende diretamente de uma atuação jurisdicional que respeite o direito material e ao caso concreto submetido a juízo. Nesse diapasão, deve reconduzir o olhar para os direitos de índole coletiva e difusa, que merecem um tratamento diferenciado pelo processo civil no século XXI.

A jurisdição processual, neste contexto, passa a ter uma importante contribuição para a implementação da chamada questão social, em que pese segundo Cristiano Becker Isaia (2013, p. 149), ainda encontrar grandes obstáculos

(...) isso porque ainda se está diante de um modelo processual extremamente apegado à ordinariedade e ao solipsismo (protagonismo) judicial, que atuando em conjunto deflagram o déficit de realidade do processo civil atual. Um modelo que a partir da hipostasiação do processo de conhecimento (e de seu corolário rito ordinário) deixou a satisfação dos novos direitos (principalmente os emergentes de uma sociedade global em rede) em segundo plano, sobrelevando elementos puramente técnicos, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais.

Ainda segundo o autor (2013, p. 150) “é chegada a hora de se repensar o processo e a atuação jurisdicional para além do protagonismo judicial e do protagonismo processual técnico e universalizante”. Nesta senda, a Constituição e o caso concreto assumem papel de destaque na seara de proteção jurisdicional dos direitos coletivos da sociedade em rede.

O protagonismo da Constituição assume aqui um papel contrário ao assumido pelo positivismo, que aposta na discricionariedade¹¹ do juiz sempre que o caso não for resolvido pelo sistema de regras. É o mesmo que dizer, segundo Dworkin (2002, p. 55), “que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei.”

A discricionariedade judicial pode ser ainda entendida como uma faculdade de opção em várias possibilidades decisões, todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico, a qual resta como “uma posição pessoal” do órgão julgador diante do caso concreto (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 538). Isto posto, o juiz estaria absolvido acerca da correção da decisão sempre que a norma em questão apresentasse um programa indeterminado, podendo escolher livremente entre uma série de possibilidades que se lhe apresentassem no momento da decisão.

Ovídio Baptista da Silva (2008, p.147/148) aponta como norte para superação deste “estado das coisas” uma certa discricionariedade aos juízes, de modo a permitir-lhes que se assumam como agentes políticos, resgatem o compromisso do Direito com os “valores do justo”, assumindo a condição de efetuar uma escolha – uma autêntica decisão, entre as propostas razoáveis de interpretação para solucionarem os casos que chegam as suas jurisdições. Dito de outra forma, a partir da compreensão de que textos, hermeneuticamente interpretados, oferecerão, na maioria dos casos concretos, duas ou mais soluções possíveis, o que terá como consequência o reconhecimento que a jurisdição não é declaratória da única vontade da lei, de onde os magistrados devem ser dotados de poder discricionário para decidir entre as circunstâncias oferecidas pela norma.

Também é nesse sentido que Darci Guimarães Ribeiro (1998, p. 66/67), considera que “o ato de julgar é insofismavelmente discricionário”. Para ele, a discricionariedade seria imanente ao ato de julgar, “na medida em que sempre deverá haver interpretação quando da aplicação da lei ao caso concreto”, razão pela qual a discricionariedade não se confundiria com arbitrariedade.

Disto resulta o entendimento acerca da diferença entre texto e norma e a superação de uma postura normativista/legalista- abstrata do direito não significa a concessão de um poder discricionário ao julgador. Daí o equívoco de autores como Candido Dinamarco, ao

¹¹ O termo discricionariedade judicial apontado nesse sentido está ligado, primeiramente, a um esquema substantivo como processo metódico de decisão normativa. Quando este esquema falha o caso é remetido aos domínios da discricionariedade, em que não se estaria diante de um caso de aplicação do direito, não sendo sequer necessário problematizar o que seja essa aplicação (CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 550).

apostarem que ao juiz, diante do caso concreto, caberia buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Teria liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfizesse seu sentimento de justiça (DINAMARCO, 2009, p. 235).

A exigência de fundamentação das decisões judiciais (em especial importa nesse estudo as decisões em ações coletivas), sempre constituiu uma verdadeira garantia contra o arbítrio, em especial no Estado Democrático de Direito. A motivação das decisões, passou a ser vista, também, como “elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça” (TARUFFO, 1988, p. 38).

A ausência de protagonismos individuais sustentados em juízos solipsistas e de decisões de conveniência, baseadas na mera vontade do detentor do poder, é um princípio que deve se impor sobre todos os poderes que constituem o Estado. No direito pátrio é extremamente comum ver situações de protagonismo judicial em que o julgador, valendo-se de uma postura discricionária e solipsista, “ultrapassa” as “barreiras” dos textos legais, imaginando estar encarnando a perfeita antítese do positivismo jurídico – quando, na verdade, só está confirmando o paradigma contra o qual crê estar lutando (DE SOUZA, 2008, p. 254).

O processo civil coletivo de um Estado Democrático de Direito acontece efetivamente quando os direitos e garantias fundamentais acontecem, assim, combater o positivismo significa, essencialmente, combater a discricionariedade judicial aderindo à Constituição como comunidade de princípios que oferece aos sujeitos jurídico-sociais um espaço de concretização e desvelamento do direito no caso concreto.

O Direito, como afirma Ronald Dworkin (2007, 252/254), não pode ser tratado como mera questão de política, mas sim, é para, além disso, questão de princípio. Desse modo, seguindo a trilha do jusfilósofo norte-americano, a resposta constitucionalmente adequada nasce conformada por referenciais de integridade e coerência. Esta resposta nasce em meio ao que Dworkin denomina de comunidade de princípios. Um magistrado que se guia por padrões de integridade e coerência em meio à comunidade de princípios aceita a condição de que o ideal de integridade no Direito estabelece direitos que possibilitam aos litigantes exigir uma decisão dele. O caso concreto deverá ser julgado de acordo com a melhor concepção sobre o que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam à época, bem como a integridade exige que essas normas sejam aplicadas com coerência. Nesse meio, nasce uma resposta constitucionalmente adequada, pois está em conformidade com o político, jurídico e o social, que não deixa espaços livres para escolhas arbitrárias.

A resposta constitucionalmente adequada, no processo coletivo, é a que surge desse conjunto principiológico de integridade e coerência, nasce no caso concreto, que é irrepetível. Surge a resposta correta ao caso concreto, fecundada no ambiente comunitário político-jurídico-social, que, não será a única, nem a melhor resposta, mas “apenas” a resposta correta para aquele caso concreto (STRECK, 2011, p. 363-366).

A admissão de diversas respostas (ou interpretações) está diretamente relacionada ao conceito de regra, que tenta “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação de forma antecipada e independente do mundo prático (STRECK, 2009, p. 364), circunstância, evidentemente inaceitável, na medida em que o direito não pode ser resumido ao conceito de regra e por que esta mesma regra não consegue “abraçar” todas as eventuais possibilidades de aplicação ao caso concreto. Essa resposta constitucionalmente adequada, num processo coletivo, só será encontrada através de argumentos de princípios, o que analisa-se no próximo tópico, onde o magistrado, fundamentando sua decisão desvela o caso concreto rompendo definitivamente com o positivismo e a discricionariedade.

2.3 Ações coletivas *versus* discricionariedade judicial: argumentos de princípio e dever de fundamentação das decisões judiciais

O Estado Liberal, que privilegiava o indivíduo e a garantia de suas liberdades negativas conjuntamente com os direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, composto das liberdades positivas é transformado no Estado Democrático de Direito em ações positivas exigindo do Estado a obrigação de dar, fazer ou prestar, em decorrência ainda dos direitos de terceira geração, resultantes dos interesses sociais que podem ser tratados coletivamente, os chamados direitos difusos.

O Estado Democrático de Direito carrega em si a preocupação com o ideal democrático conjugando as garantias jurídico-legais as conquistas e a preocupação social, surgindo com conteúdo transformador da realidade, visando a melhoria das condições sociais da existência, numa sociedade transformada pela Revolução Industrial e por duas grandes regras numa civilização da pressa e do consumo (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2009, p. 97).

Gilles Lipovetsky (2004, p 77) descreve o “homem desbussolado”, sem rumo, um homem angustiado frente à liberdade de escolhas que a pós-modernidade lhe ofereceu diante do mundo com uma intensificação de relações sociais e culturais; centra sua crítica a partir daquilo que a “pós modernidade” tem como sustentação: o mercado, o indivíduo e o

conhecimento técnico científico. Menciona que as novas tecnologias passaram a interferir diretamente sobre o comportamento e o modo de vida das pessoas.

Assim, com o processo de globalização, as mudanças na vida da coletividade se fazem em velocidade espantosa, em um tempo acelerado reclamando um direito e uma jurisdição aptos a acompanhar essas transformações.

Não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra: civilização) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa (em matéria de trabalho, de relações entre classes sociais, entre raças, entre religiões, etc.) Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a “Justiça” – será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘violações de massa (CAPPELLETTI, 1977. p. 130).

A complexa sociedade moderna, com a produção de conflitos de massa, que, por consequência, gera violações de massa, faz com que os princípios que regulavam o direito tendo como enfoque o indivíduo, fatalmente não consigam mais responder aos anseios proporcionados pelos direitos coletivos, transcendentais da esfera privada, revelando-se inadequados para responderem, com acerto, aos conflitos levados à jurisdição.

Isto faz com que o desvelamento de novos direitos e sua multiplicidade importem em intensificação dos chamados à jurisdição e por consequência a convocação do julgador a desenvolver funções reservadas a outras instituições. Assim, defendendo-se uma jurisdição atenta à concretização dos valores constitucionais, ultrapassando a mera declaração de direitos. No entanto, essa multiplicação de chamados a função de legislar, aumenta o trabalho dos juízes, havendo o risco da ausência da devida fundamentação nas decisões proferidas visando simplesmente à celeridade, sem a preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, afastando-se a jurisdição da sinalização da Constituição Federal no sentido do processo como garantia e orientado por princípios.

A jurisdição, nos dias atuais, é chamada a apartar-se dos processos de matriz individualista, cabendo ao direito processual fornecer respostas adequadas para a conquista de uma efetiva tutela às situações apresentadas, exigindo um pensamento novo, um refletir coletivo para o sistema processual, que se pondera como possível alternativa para democratizar o trabalho na prestação da jurisdição. Parafraseando Lênio Streck (2007) para a solidificação dos direitos com o “acontecer” da Constituição, indispensável pensar um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

A ação coletiva pode ter por objeto a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando assim, a proliferação de demandas individuais e o desperdício de tempo, atividade, energia, e, o que é pior, a possibilidade de decisões divergentes para uma mesma situação fática. A demanda coletiva contribui para descobrir a máquina judiciária, obviando o ajuizamento de milhares de ações individuais, veiculadoras de interesses dispersos e fragmentados na sociedade (SHIMURA, 2006, p. 48).

É sabido que a coletivização dos litígios individuais gera inevitável desprestígio da função jurisdicional, transformando a atividade do julgador em mera função mecânica, reduzindo os magistrados à condição de meros expectadores burocráticos (ARAGÃO SANTOS, 2009, pp. 46-63). O desprestígio do Judiciário decorre também das infundáveis decisões diferentes para casos iguais decorrentes do solipsismo do magistrado, do decidir conforme a consciência, transformando os juízes em legisladores, sem observar a integridade e coerência nas decisões (STRECK, 2009, p.415).

O século XXI tem o desafio no sentido da unicidade de coincidir o tempo real com o tempo virtual, procurando o direito e a jurisdição acompanhar a velocidade das mudanças a fim de conseguir responder às demandas da contemporaneidade, razão pela qual o processo civil não poder permanecer em estagnação e conformismo.

Baptista da Silva (2006, p. 300), ressalta que o “pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil, concebido para a sociedade europeia do século XIX, sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI”, o que realmente se afigurou enraizado por longas décadas, inclusive com o direito sustentado por Castanheira Neves (2002, p. 11), como simples “regulador funcional de uma sociedade individualista” já são sentidos consideráveis avanços, percebendo-se a dogmática jurídica entrando em compasso com a realidade social vigente.

O diálogo entre os três poderes se faz necessário em virtude da ampliação da concepção dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à interpretação do texto constitucional através da aplicação da lei ao caso concreto através do processo figurando o Judiciário com maior legitimidade para promover o direito.

Darci Guimarães Ribeiro (2009, p. 91-103) refere que essa legitimação é procedimental salientando que

O Judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos designios da

legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado e não a lei. Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.

Sobremaneira, imprescindível se faz pensar no papel significativo reservado aos julgadores, que não podem servir apenas para autorizar decisões políticas de outros poderes. A sentença como o ato que decide o processo, deverá surgir sempre da avaliação do conteúdo do conjunto probatório juntado aos autos, considerados os fatos e fundamentos e enfrentando o julgador todas as teses enfocadas pelas partes litigantes, possibilitando que estas tomem conhecimento das razões que o fizeram optar por aquela direção sempre analisando as duas teses .

Assim, segundo Ovídio Baptista (2008, p. 152)

Há, portanto, duas exigências impostas ao julgador. A primeira determinando que ele se “persuada” racionalmente, formando o convencimento, através da análise crítica do conjunto da prova, bem como que justifique também a interpretação do direito aplicável. Mais, tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter “respostas” para suas alegações e provas.

A Constituição Federal indica o direito a um processo judicial devidamente fundamentado. Deve ser considerado o significado constitucional da obrigação de motivação que, nos termos preconizados por Michele Taruffo (1998, p. 38) se transforma da prática em regra jurídica, e de regra jurídica em princípio geral que contribui para a racionalização da administração da justiça, caracterizando-se como instrumento endoprocessual de garantia aos cidadãos decorrente da função essencial do Estado de Direito.

Taruffo (1998, p.39) também refere à fundamentação como controle democrático difuso, de modo a possibilitar que a população verifique o mérito e a legalidade da decisão. O direito a uma decisão judicial fundamentada também está previsto no Código de Processo Civil, como corolário do Estado Democrático de Direito. Assim, está o julgador obrigado a indicar os motivos que formaram o seu convencimento de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ou seja, de acordo com o direito material invocado pelas partes. Trata-se de conferir à fundamentação a qualidade ressaltada por Ferrajoli (1996, p. 632), de garantia de segundo grau ou garantia das garantias, em razão de que representa um instrumento de controle sobre a efetividade das demais garantias processuais.

Imprescindível que o julgador tenha sensibilidade para as diferenças e desigualdades sociais e culturais, mostrando que está inserido em um Estado Democrático de Direito com a

preocupação de justificar a própria decisão, sob pena de “sufocar” o direito material pelas técnicas processuais.

No entanto, por vezes, a linguagem do Direito apresenta determinados obstáculos que impedem ou dificultam a previsão de todos os acontecimentos possíveis ao mundo. Como o legislador não pode prever todas as situações do mundo fático, sendo-lhe impossível escolher termos precisos que garantam a inexistência de dúvidas, se utiliza de subsídios da generalidade e da abstração a fim de prescrever regras e comportamentos de aplicação que se adaptem à realidade. Segundo Kaufmann (2003, p.27) “a lei não pode e não deve ser formulada de maneira unívoca, porque ela é concebida para uma variedade infinita de casos”.

Lênio Streck (2011, p. 173), alerta para a discricionariedade do intérprete ao abordar o tema da abertura interpretativa, explicando como os positivistas resolvem os casos difíceis, através da interpretação das zonas de penumbra da norma¹². Para o autor (2006, p. 218), se por um lado o verdadeiro exercício do direito não consiste apenas em reproduzir o conteúdo da norma, mas sim, utilizar-se o profissional do Direito de um componente crítico-constutivo, para ver atingida a tarefa de Ciência humana, por outro lado, quando presente um conceito jurídico indeterminado, se corre o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade - excesso de liberdade na atribuição dos sentidos.

Com a Constituição dirigente de 1988, surgiu uma gama de novos direitos, e para dar conta desta complexidade o julgador passa a exercer funções de importante ator político. O magistrado, em inúmeras circunstâncias é chamado a resolver determinadas situações, deparando-se com omissões legislativas, e sua atuação não pode ser mecânica ou automática, nem lhe cabendo a passividade de um mero expectador, com temor de que qualquer iniciativa possa torná-lo parcial. Situações nas quais não basta a escolha de uma regra, sendo preciso interpretar e verificar se a decisão está em conformidade com os preceitos da Lei Maior, sempre considerando que a resposta correta deve provir de um minucioso exame constitucional, e que a função dos princípios se constitui em desnudar as carências das normas, tendo em conta que todo ato interpretativo é ato constitucional.

¹² “No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para o “caso concreto”. Até mesmo um positivista considerado moderado como Hart – este epíteto lhe foi dado por Dworkin -, ao tratar da textura aberta, procura resolver os casos difíceis (hard cases) através da interpretação das zonas de penumbra (textura aberta) da norma. Também ali não há lugar para os princípios (volta-se sempre para a contraposição “discursos de fundamentação - discursos de aplicação”). Abre-se, assim, a possibilidade da discricionariedade do intérprete. Afinal, se a tese da zona de penumbra (vagueza e ambiguidade da norma) é atrativa, também é verdade que ela não se resolverá na aplicação, mas, sim, no campo da conceitualização” (STRECK, 2011 p. 173).

Segundo Dworkin (1999, p. 66)

Primeiro, interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo, - de maneira particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos ou as intenções do autor ao falar, representar, escrever ou pintar como o fez. Em segundo lugar, a interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, o poema, a pintura ou o texto em questão – com exatidão, exatamente como ele é, e não como você sugere, visto através de uma lente cor de rosa ou em sua melhor luz. Isso significa recuperar as verdadeiras intenções históricas de seus autores, e não impingir os valores do intérprete àquilo que foi criado pelos autores”; “uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.

A arbitrariedade ocorre quando o intérprete vai além do texto, atribuindo-lhe sentido de acordo com seus pré-juízos falsos. Considerando que interpretar a lei é atribuir-lhe sentido a fim de ser entendida a sua aplicação a um caso concreto, sua inadequada compreensão implicará em consequências para quem busca a tutela jurisdicional e espera a resposta correta para sua postulação. Sendo o juiz o principal destinatário da normatividade fundante dirigente advinda da Constituição, não pode utilizar-se de arbitrariedade para concretizar as mensagens normativas do constituinte, sob pena de não implementar a Lei Maior, tornando-a mera proclamação retórica e sem sentido (NALINI, 2000, p.33).

Na solução dos casos que demandam a tutela jurisdicional do Estado a resposta que encaminhará a solução do conflito, a partir dos elementos obtidos no caso concreto, não pode depender da vontade pessoal ou da subjetividade do julgador. O julgador não pode criar um “novo” direito e tampouco pode recorrer a soluções discricionárias ou solipsistas a partir de critérios subjetivistas, baseados na escolha pessoal e na consciência daquele que decidirá. É necessário superar as teses positivistas, que se sustentam a partir do paradigma discricionariedade judicial, contexto em que a opção por uma resposta judicial (constitucionalmente) correta ganha relevo e importância, principalmente, por que esta resposta correta tem o condão de afastar a discricionariedade e a arbitrariedade no conteúdo das decisões judiciais.

Decidir não pode ser sinônimo de escolher, por que a escolha é sempre parcial (STRECK, 2010, p. 97). Em sentido oposto, a “resposta constitucionalmente correta” ou “a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2009, p. 365), deve ser consistentemente justificada, contendo a reconstrução do direito (coerência e integridade), confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que legitimará a decisão no

plano do que se entende por “responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2009, p. 365-366).

O positivismo jurídico frente aos “casos difíceis” concede ao juiz um poder que não lhe é legítimo: a discricionariedade judicial (poder para decidir o caso de uma maneira ou de outra, a partir da sua subjetividade). Dworkin (2010, p. 127), ao tratar sobre o poder discricionário do juiz, refere que “sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção”. Na realidade, o juiz, legisla novos casos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.

Dworkin (2010, p.128), ainda refere que a sua teoria não pressupõe a existência de um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juízes irão discordar repetidamente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e homens de Estado divergem sobre os direitos políticos.

A teoria do direito de Dworkin, pode ser concebida como um mecanismo de se garantir decisões judiciais (respostas) constitucionalmente adequadas, através da racionalidade da decisão, com superação da discricionariedade judicial, isto é, a possibilidade de se chegar a uma única decisão judicial correta para cada caso (DWORKIN, 2010, p. 430).

Dworkin, atacando a discricionariedade judicial, edifica sua tese da resposta correta¹³, para o qual os casos difíceis possuem uma única resposta constitucionalmente adequada, enfocando a questão da discricionariedade do julgador a partir das fontes do direito. A discricionariedade judicial em um caso concreto se apresentaria quando o recurso às fontes sociais do direito fosse insuficiente, isto é, quando o direito positivo não fosse capaz de oferecer uma solução para o caso (apresentaria uma lacuna) ou então, quando a solução fornecida se mostrasse inadequada, quando em comparação a padrões de justiça socialmente admitidos (DANTAS, 2004, p. 124).

Essa matriz teórica para a solução dos casos difíceis está centrada na sua diferenciação entre princípios e regras, pois, segundo o autor, quando o juiz se depara com um caso difícil ele não deve possuir discricionariedade absoluta para decidir (para “escolher”), uma vez que está vinculado a princípios. Assim, em um caso difícil, é possível que não exista uma regra a ser aplicada, ocasião em que o juiz deve aplicar os princípios para garantir a completude do sistema.

¹³ Ao que Dworkin chama de resposta correta, neste trabalho, optou-se por chamar de resposta constitucionalmente adequada

Note-se que os princípios a serem utilizados pelo julgador podem ser também aqueles não positivados, ou seja, os princípios morais, os quais, através de um processo de argumentação jurídica, ingressarão no sistema do direito (DWORKIN, 2001, p. 195).

Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com os objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas um elevado número de possibilidades para a construção de respostas coerentes e adequadas à Constituição, o que confere uma “blindagem” contra a discricionariedade (STRECK, 2010, p. 100).

O modelo de princípios apresentado por Dworkin, para a solução dos *hard cases*, visa reduzir a incerteza e a insegurança mediante a justificação de critérios objetivos (reduzindo, também o espaço para a discricionariedade). Para tanto, a decisão judicial deve estar afinada com a sua concepção de direito como integridade (ideal político da integridade). Segundo este, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma “comunidade de princípios” (DWORKIN, 1999, p. 291).

É a aceitação do direito como integridade que, sem dúvida, removerá a discricionariedade judicial, isto porque, para Dworkin (1999, p. 293) o papel do juiz é entabular a interpretação coerente com as regras, princípios e precedentes existentes na prática jurídica de sua comunidade, jamais com os seus princípios de conduta pessoal. Disto se depreende que, quanto mais de uma resposta se apresentar compatível com esta tese, este mesmo julgador deve optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral e político, melhor reflita a estrutura das instituições e das decisões da comunidade, ainda, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente sendo que esta seria, então, a resposta correta (constitucionalmente adequada) para o caso concreto. Em outras palavras, quando os princípios estão em conflito, o juiz deve ponderar, levando em conta a força relativa de cada um deles, devendo-se aplicar aquele que for mais adequado ao caso concreto.

A superação dos paradigmas da discricionariedade e do solipsismo judicial, constitui-se em premissa básica para que se busque não a única e nem a melhor, mas “aquela” resposta que seja conformada e adequada à Constituição. E é daí que exsurge a necessidade de negação à discricionariedade judicial, seja por que o direito não é (e jamais foi) somente um conjunto de regras, seja por que o julgador não pode e não deve decidir conforme a sua consciência e subjetividade.

A importância destas reflexões reside no fato de que o Estado Democrático de Direito exige a superação do esquema “direito enquanto sistema de regras”, o que somente é possível mediante a introdução dos princípios na interpretação e na compreensão da constituição, uma vez que representa a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (análise do caso concreto), o que era até então negado pelo positivismo de Kelsen e de Hart (STRECK, 2009, p. 337).

É neste contexto que Dworkin faz suas críticas ao poder discricionário que Hart atribui aos juízes para resolver casos difíceis, a partir do qual estariam aptos a “criar” um novo direito, ao invés de aplicar o direito estabelecido e preexistente (OLIVEIRA, 2008, p. 176). Também é rejeitada a concepção de que o julgador teria poderes para, também nos casos difíceis, preencher ou corrigir lacunas legislativas através do exercício da discricionariedade. O positivismo não percebe que não é possível ver efetivamente o direito, mas apenas aquilo que se fala sobre o direito. O positivismo ao centrar-se em seu “modelo de regras”, deixa de aplicar na interpretação jurídica os argumentos de princípios e, assim, abre espaço para a discricionariedade judicial (OLIVEIRA, 2008, p. 176) .

A negação à discricionariedade judicial, sob a qual se sustenta o positivismo, implica na necessidade de se lançar mão dos princípios, na solução dos conflitos (caso concreto) e na identificação da resposta constitucionalmente adequada. Com efeito, os princípios têm o condão de ir além da carga de abstração da norma, superando justamente as práticas positivistas. Não restam dúvidas de que a negação à discricionariedade judicial é pano de fundo para o desenvolvimento de uma teoria jurídica que tenha como objetivo alcançar-se respostas corretas e adequadas à Constituição (STRECK, 2009, p. 339).

Nesta senda, a resposta correta é aquela que pode ser confirmada na própria Constituição, decorrendo daí seu cariz de direito fundamental, não somente para os “casos difíceis”, mas para todas as situações e conflitos trazidos ao Poder Judiciário. E, justamente, por que a decisão (resposta correta) dever ser adequada à Constituição, é que a mesma não pode – sob pena de violação ao “princípio democrático” – depender da consciência do julgador, no seu “livre convencimento”, da sua “intima convicção”, na “livre apreciação da prova”, nas “máximas da experiência” ou na busca da “verdade real” (STRECK, 2010, p. 97), para falar apenas de alguns destes artifícios, muitas vezes utilizados para “justificar” decisões solipsistas e arbitrárias, mas que, entretanto, escondem um caráter subjetivista e discricionário, típico do paradigma positivista.

A admissão da discricionariedade judicial ou de “decisionismos” reflete o próprio modelo positivista, que o Estado Democrático de Direito procura superar, “exatamente pela diferença ‘genética’ entre regras e princípios” (STRECK, 2009b, p. 166).

É inegável que a tradição representada pelo modelo liberal-burguês trabalhava o direito como um sistema de regras, separado da moral e da política. Os princípios que eram os “gerais de direito”, neste modelo, tinham a função positivista de fechar o direito e de dotar um juiz de um enorme poder discricionário (STRECK, 2011, p. 252).

No entanto, dentro do contexto das ações coletivas, cabe, no próximo capítulo deste trabalho, repensar o processo coletivo, a prática jurídico-decisória brasileira e, sobremaneira, o modo como se decide o conteúdo das decisões e, principalmente se estas podem realmente ser consideradas verdadeiras decisões jurídicas. Destarte, construir uma decisão jurídica, não pode ser reproduzir “conceitos” enunciativos de maneira descontextualizada, importa sim, averiguar em qual ambiente processual se chegará a resposta constitucionalmente adequada e de que forma essa decisão, constitucionalmente construída no seio de um processo coletivo jurisdicional democrático, será dotada de integridade e coerência.

CAPÍTULO 3 – PROCESSO COLETIVO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

Ao falar-se em constitucionalização do processo, tem-se a ideia de revistar seu papel no que tange a questões como acesso à justiça, eficiência (qualidade) da judicialização e, principalmente, democratização processual. Já no que tange à democratização do processo, está-se a trabalhar com uma perspectiva constitucional do sistema processual, de modo que sua reestruturação se dê a partir do modelo de processo constitucional, para além de uma visão dogmática e técnica, visando viabilizar o exercício dos direitos fundamentais.

Uma reestruturação que guarda relação com o acesso à justiça, o compartilhamento de poderes, a sumarização material e procedimental e a interpretação em processo. Democratizar o processo, não significa, unicamente, sobrelevar o contraditório, mas apostar num sistema complexo participativo das estruturas decisórias, o que significa reforçar o papel do Estado democrático de Direito a partir dos próprios direitos fundamentais, individuais, coletivos ou difusos, reforçando o papel do debate processual.

Como refere Dierle Nunes (2009, p. 39) “não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a um segundo plano”.

Daí falar num processo civil antimoderno¹⁴, que ultrapasse um modo de produção do conhecimento a partir de universalizações, de alcance a certezas absolutas diante de demonstrações lógicas (o que marcou a fase do liberalismo processual). Um processo também

¹⁴ Expressão utilizada por Jânia Lopes Sandranha para designar o atual estágio do Direito Processual Civil, ver SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Paradoxal Face Hipermoderna do Processo Constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. Estudios Constitucionales. Chile, n° 2, 2010-b, p. 675-707.

capaz de romper com a lógica moderna da supervalorização da proteção dos direitos de primeira geração, estes relacionados às liberdades individuais, à propriedade, à posse, etc. Não se trata de renunciar a proteção processual desses direitos, mas reconduzir o olhar para os direitos de índole coletiva e difusa, que merecem um tratamento diferenciado pelo processo civil no século XXI.

Pretende-se, neste capítulo, demonstrar que os “macro modelos” de estruturação do processualismo científico (liberalismo processual e socialização processual), centrados no dogma do protagonismo (das partes ou dos juízes) e da proteção individual não são suficientes para resolver os problemas de eficiência e de legitimidade dos sistemas normativos (extremamente complexos) da atualidade. Defende-se a interpretação e implementação do processo a partir de uma visão constitucional como processo de aprendizado social a partir de um policentrismo processual, de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave.

O processo não pode ser, nesse contexto, visualizado como um mal a ser resolvido, eis que constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões. A associação recorrente entre o processo (constitucionalmente analisado) e o próprio formalismo mostra um profundo desconhecimento dos rumos atuais da ciência processual, uma visão utilitarista e equivocada dos conflitos inerentes às relações jurídicas e sociais de nossa sociedade altamente complexa e plural, dita neste trabalho, sociedade em rede.

Não se pode mais realizar interpretações do sistema processual, sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar *eficiência* (geração de resultados úteis), há que se implantar a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. Inaugura-se uma concepção garantística do processo em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora, ou seja, um processo mais constitucional, menos formal e com menos decisões solipsitas.

Nos dias atuais, em meio a uma sociedade em rede, não é possível associar a defesa de um processo constitucional aliado à defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, impede a visão de uma das principais funções do processo judicial: garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos). Sem mencionar ainda que a falta de debate no processo, principalmente de primeiro grau, fomenta e torna necessário o uso de recursos, uma vez que a possibilidade de erro judicial ou que os argumentos das partes não sejam suficientemente analisados potencializam a utilização desses

meios de impugnação. Ao contrário, quando a decisão é proferida com debate (com respeito ao processo constitucional), o uso dos recursos é diminuído, isso porque o primeiro debate ocorrido no juízo de primeiro grau, devidamente realizado, garante participação e influência adequadas dos argumentos de todos os sujeitos processuais e impede a formação de decisões de surpresa (NUNES, 2009, p.224).

Há certo consenso, na doutrina, de que se deve trabalhar com uma instrumentalidade técnica, que não se confunde com instrumentalismos jurídicos, e com uma filtragem constitucional (GONÇALVES, 2012, p. 171/172). Nesses termos, qualquer interpretação do sistema em perspectiva formalística (a forma pela forma) que não busque um formalismo constitucionalmente adequado, estará dissociada do modelo constitucional e representará um retrocesso.

Importa ressaltar que um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, centrado numa Constituição compromissária e dirigente, é a concretização de direitos, o que não pode se dar sob a ótica de uma jurisdição repressiva ou do processo de conhecimento de rito ordinário, calcado sobre o mito da certeza jurídica e da universalização da obrigação, notadamente quando se pretende tutelar os direitos de uma sociedade em rede. Satisfazer esses direitos é, antes de tudo, jogá-los no interior de um processo jurisdicional efetivo, célere e democrático, através de uma jurisdição preventiva, além de repressiva.

A jurisdição no Estado Democrático de Direito, onde predomina a complexidade social, a emergência de novos direitos, a inflação legislativa e, principalmente, a disfunção da Constituição, não pode mais satisfazer as demandas sociais com o uso alargado da tutela repressiva, gerada à luz do espírito racionalista. Há que se investigar uma nova forma de atuação da jurisdição (preventiva), discutindo-se o papel do Poder Judiciário, sob pena de reduzir-se o direito processual civil a um produto da racionalidade procedimental. Nos dias atuais, o ato jurisdicional não pode mais ser visto à moda de Montesquieu, de modo a contemplar um ato de clarificação da “vontade da lei”, sendo o papel do juiz relegado à atuação limitada de contribuir na forma de “boca que pronuncia as palavras da lei”.

No processo jurisdicional exerce-se o poder do Estado. O exercício desse poder há de ser legítimo e essa legitimidade somente pode ser lograda através da participação, porquanto o processo deve refletir o Estado Democrático de Direito. Sob esse prisma, deve garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento, tendente a produzir o ato de poder, qual seja, a decisão judicial, assim é chegada a hora de se repensar o processo e a atuação jurisdicional para além do protagonismo judicial e do protagonismo processual técnico.

O processo coletivo jurisdicional democrático deve percorrer um caminho à definição dos direitos transindividuais, local onde a Constituição e o caso concreto serão o cerne da decisão, fato que tem como condição de possibilidade a construção de uma jurisdição processual ativa não-decisionista, atuando o juiz como um construtor do equilíbrio entre interesses supra-individuais, angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais numa plataforma que almeje superar a crise epistemológica pelo qual atravessa o direito e, conseqüentemente, o processo (ISAIA, 2012, p. 262/263). Esse é, sem dúvida, seu grande desafio na sociedade em rede, é o que se passa analisar.

3.1 O Papel do Direito e da Jurisdição nas ações coletivas: a dimensão constitucional democrática e a proteção de direitos da sociedade em rede

Estudar a ciência processual lastreada tão somente no aspecto teórico, no qual se delineiam os institutos processuais e as teorias que tratavam de sua trilogia estrutural (processo, jurisdição e ação), há muito se deixou de fazê-lo, uma vez que no paradigma do Estado Democrático de Direito não se permite explorar esses institutos em perspectiva técnica instrumental, nos moldes tradicionais, em que o processo serviria à aplicação do direito material, buscando uma utópica paz social.

Em que pese a importância da instrumentalidade técnica em processo¹⁵, essas perspectivas, apesar de sua importância, cedem espaço para uma análise da ciência processual que seja norteada pela aplicação dos institutos processuais de acordo com os princípios e regras constitucionais, garantido desse modo legitimidade e eficiência na aplicação do direito, principalmente tratando-se de direitos coletivos.

Desde o século XIX até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, o processo civil era estudado em uma perspectiva meramente conceitual, muitas vezes, indiferente ao contexto de sua aplicação e mais ligado ao estudo da técnica processual. Nesta quadra da história, assistiu-se à transição de um processo liberal¹⁶, escrito e dominado pelas partes para um

¹⁵ Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 170).

¹⁶ O chamado liberalismo processual – cuja estrutura tem base nas reformas decorrentes da Revolução Francesa⁹ – é congruente com uma estruturação estatal liberal, em cujos quadros o Estado limita-se à defesa da ordem e da segurança pública, remetendo os domínios econômicos e sociais para os mecanismos de liberdade individual e da liberdade de concorrência. Assim, como regra, as legislações e sistemas processuais dessa quadra histórica foram lastreados em princípios técnicos liberais, quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura (concepção mantida da fase pré-liberal, segundo a qual o juiz deve julgar com base nos escritos, evitando o contato direto com as partes, no intuito de manter sua imparcialidade) e, especialmente, o princípio dispositivo.

processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual (CAPPELLETTI, 2002, p. 39-40).

Como aponta Dierle José Coelho Nunes (2009-b, p. 351), posteriormente ao fomento do constitucionalismo no século XX, o processo deixou de ser visto apenas como um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste, uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público. Nesse sentido, “o processo passa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas”.

No entanto, a realidade atual delineada a partir da segunda metade do século XX, mostra uma predominância por resultados práticos, o que vilipendia uma percepção democrática de que o processo deve viabilizar a participação, na qual se imporia a aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais. Verifica-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudosocial (neoliberalismo processual) do processo, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual (NUNES, 2009, p. 163-167).

Cristiano Becker Isaia (2012, p. 262) leciona que “o processo civil do século XXI carece de um pensar a partir do novo modelo de organização social que se apresenta”. Disto deriva que o direito processual civil, e também a jurisdição, deve ter a capacidade de construir-se e reconstruir-se a partir do tempo do direito, voltando-se também para o futuro e para o coletivo.

Esse “novo” modelo de processo obtido por meio de uma “nova” leitura da Constituição torna-se possível a partir do reconhecimento do princípio do contraditório como a possibilidade das partes de influir na formação, de forma crítica e construtiva, do conteúdo das decisões judiciais, por meio de um debate prévio de todos os participantes. O mecanismo do contraditório passa, pois, a ser “instrumento democrático de assegurar a efetiva influência das partes sobre o resultado da prestação jurisdicional” (NUNES, 2009-b, p. 252).

Em vista do novo paradigma adotado, o processo passa “do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”, o qual deve se instalar em um ambiente de democracia participativa, onde o processo se caracteriza “como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo

povo”. O resultado, assim, é a potencialização do “valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais” (NUNES, 2009-b, p. 46).

Pensado sob o prisma democrático, o processo coletivo aufere nova dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, à luz da concepção democrática participativa, em que se enfatiza a racionalidade do diálogo. Tem-se na participação dos sujeitos processuais a forma legítima de influenciar nas decisões estatais, seja na produção probatória, na possibilidade de apresentar seus argumentos e de se opor aos argumentos do adversário.

Percebe-se, assim, uma nova formatação para as decisões judiciais, pois estas passam a ser fruto de debates em contraditório e de inclusão e oitiva do sujeito através da publicidade dos atos jurisdicionais. Como quer Dierle Nunes, tanto o papel das partes como o do magistrado é redefinido. Este passa a ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que asseguram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão. O juiz democrático não pode ser omissivo em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório (NUNES, 2009, p. 200 – 203).

No marco do Estado Democrático de Direito, a participação dos sujeitos processuais, com base nos direitos fundamentais irá permitir, uma análise diferenciada do devido processo legal e das denominadas garantias constitucionais do processo. Afasta-se a ideia concebida no Estado Liberal, de um processo procedimentalmente estruturado por garantias de defesa (individual), para premiá-lo sob o prisma dos direitos fundamentais (coletivo). O devido processo é visto sob duas dimensões - processual (direito de defesa) e material (direito a ações positivas), de modo particular como direito à organização e procedimento (NUNES, 2010, p. 21-22).

Como consequência da própria noção de democracia participativa, o direito de participação configura um direito de incidir sobre o desenvolvimento e sobre o êxito da controvérsia. Desta maneira, o princípio do contraditório, visto como direito fundamental e não como mera garantia, passa ser o cerne da participação. “O polo metodológico do direito processual é deslocado da jurisdição ao processo, que vai encarado como um procedimento

em contraditório¹⁷” (FAZZALARI, 1975, p. 24). Nesta perspectiva, para Darci Guimarães Ribeiro “surge o juiz como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário” (RIBEIRO, 2009, p.222).

A condução do processo coletivo pelo juiz vai se dar, portanto, de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões. O processo civil, assim, deixa de ser um ambiente dominado pelos particulares, numa concepção liberal e privatista do processo, ou um espaço no qual o Estado se sobrepõe aos indivíduos.

Portanto, no enfrentamento processual das tutelas coletivas, o processo civil deve se adequar para conceder efetividade à tutela dos interesses dos ofendidos, dentro de ambientes processuais democráticos, aos moldes do Estado Democrático de Direito, ajustando-se à realidade contemporânea. Surge aí um renovado formalismo constitucional através da garantia processual-constitucional, o que leva à manutenção das técnicas processuais, doravante embasadas em princípios, constitucionais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a motivação das decisões, entre outros. Nesse ambiente as garantias passam a auferir um duplo aspecto de atuação da jurisdição mantendo sua dimensão formal e incorporando uma nova dimensão material.

As garantias do contraditório e da fundamentação passam a exigir o respeito ao direito de influir e de não ser surpreendido nas decisões. Tal processualismo, revigorado pelas concepções constitucionalizantes, passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais e

¹⁷ Segundo Nicola Picardi, o processo da chamada “ordem jurídica medieval”, que se colocava além do poder político e de seus detentores (a jurisdição não era considerada uma função exclusiva do estado), encontrava o próprio fundamento na dialética e na ética, não na vontade daqueles que governavam a sociedade; o “processo, em outros termos, constituía um complexo de conhecimentos e de regras deontológicas e técnicas, transmitidas no tempo pelos antigos juristas e, posteriormente, reorganizadas, aperfeiçoadas, corrigidas e atualizadas pelas gerações sucessivas”. Já no direito comum clássico, o eixo do juízo seria constituído pela regra *audiatur et altera pars* (hoje, diríamos pelo princípio do contraditório) resolvido com um diálogo que garantia reciprocidade e igualdade fundamental entre as partes e em relação ao juiz, ou seja: a construção interna do procedimento era marcada pela isonomia (paridade de tratamento entre governantes e governados). No final do século XVII, com a emergência da concepção de jurisdição como expressão de soberania, a construção interna do processo passa a posicionar-se não mais sobre a ordem isonômica, mas sim sobre uma ordem assimétrica, já que está baseada na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática. Por outro lado, a verdade, não mais provável, mas sim absoluta, podia ser **alcançada pelo juiz mesmo sem o contraditório**. É o período em que o direito processual fora definido como direito formal (reduzido à mera técnica, com a desvalorização de sua marca originária de ofertar garantias), e em que ficaram muito menos claras as ideias sobre “as técnicas de raciocínio do juiz, sobre a coerência interna de suas argumentações, sobre a razoabilidade e sobre a averiguação intersubjetiva de suas decisões” (*grifo nosso*) (PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 14).

investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado Democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos coletivos fundamentais.

O processo (coletivo) deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais. Para tanto, tornar-se-ia necessário o aumento da importância do processo constitucional, em contraponto ao uso das formalidades exacerbadas e das decisões judiciais solitárias (solipsismo judicial) (NUNES e BAHIA, 2009, p. 224-250). O direito processual civil cumpre papel determinante, por ser direito fundamental associado à natureza democrática. Segundo Hermes Zaneti Júnior (2007, p.148), “o que se pretende afirmar é que a nova ótica constitucional e o novo direito processual seguem a lógica da participação em contraditório, da racionalidade prática procedimental”.

O processo não pode ser “visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo”¹⁸. A democratização do processo “pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual” (DIERLE, 2009, p. 194/195). Em outras palavras,

(...) nem a forma nem o conteúdo bastam sozinhos em face da falibilidade do conhecimento humano, uma vez que, na prática justificativa, garante-se, no máximo, que a troca de argumentos abranja todas as informações e razões relevantes atualmente disponíveis, devido à inexistência de fontes de evidência e argumentos definitivos em questões práticas que possam ser determinados antes do procedimento argumentativo. Por isso, o procedimento deve garantir um espaço público com ampla participação dos próprios interessados em condição paritária e sem delegação de responsabilidades a quaisquer escolhidos (NUNES, 2009, p.138).

Ainda para Dierle Nunes (2009, p. 139), amplia-se, assim, “a importância do processo, de sua estrutura normativa e, especialmente, dos princípios e regras dele instituídos, na medida em que deve ser assegurado um espaço-tempo racionalmente construído para a participação de todos os interessados na tomada de decisões”.

Para Fazzalari (2006. p. 118-120),

¹⁸ Lenio Streck esclarece que se trata de uma “aposta solipsista”, lastreada no “paradigma representacional”, que atravessa dois séculos, e que poderia ser facilmente percebida em autores como Chiovenda (para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei), Carnelutti (que sustenta que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”), Couture (que chegou a resumir o problema da justiça a um problema de “escolha” do juiz) e Liebman (para quem o juiz é um “intérprete qualificado da lei”, livre de vínculos, pois, quando no exercício da jurisdição). STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica, Constituição e processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 9-10

(...) o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades; e o contraditório consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.

O autor afastou a ideia de processo como relação jurídica para inaugurar a proposta do processo como procedimento em contraditório. O processo, portanto, seria uma espécie de procedimento (sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final) que se distingue em razão do tratamento dispensado aos interessados no resultado final (sujeitos processuais), que devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade, ou seja, em contraditório.

Neste aspecto, a identificação do processo se dá a partir da fundamental participação dos destinatários da decisão final em um contraditório efetivamente paritário e simétrico. A compreensão do processo coletivo como procedimento em contraditório representa um *plus* em relação à velha e impotente ideia de instrumentalidade do processo, sendo que a proposta de Fazzalari produz uma aproximação entre a Teoria Geral do Processo e a Constituição. A participação das partes em simétrica paridade de armas, a qual produz um ato final democrático na medida em que todos contribuíram efetivamente no processo conduz a uma decisão substancialmente democrática (ROSA e STAFFEN, 2010, p. 101-111).

Trata-se de uma inversão fundamental do conceito de processo, que passa a ser melhor entendido como procedimento em contraditório, abandonando as vestes formais da relação jurídica processual que lhe caracterizavam e distinguiam, servindo a qualquer facção ideológica, e aderindo ao compromisso democrático dos direitos fundamentais de participação no procedimento (ROSA, e STAFFEN, 2010, p. 62).

Nas concepções derivadas dos paradigmas anteriores (Estado Liberal e Estado Social) as condições e os resultados do processo são prefixados independentemente, inviabilizando que a decisão seja fruto de um fluxo discursivo ininterrupto ou, melhor dizendo, que a decisão possa ser construída de acordo com as especificidades do caso concreto e que novos argumentos possam ser levados a sério (NUNES, 2009, p. 176).

(...) o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas

concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado (Dworkin, 2003, p. 164).

No direito como integridade, as pessoas têm todos os direitos que possam derivar dos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica com um todo. Disto, resulta que a integridade não requer uma coerência de princípio ao longo de toda a história. Mas não são apenas esses princípios e decisões manifestados historicamente que determinam o direito como integridade, pois este analisa a prática no presente e também em sua perspectiva futura. Assim, a história oferece apenas partes dos elementos necessários à interpretação. Neste sentido, Dworkin apresenta a imagem de um romance em cadeia para exemplificar a maneira como o direito deve ser interpretado. Os juízes são igualmente autores e críticos. Ao interpretarem uma tradição, introduzem um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros. O intérprete, assim como o romancista, deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor. Trata-se de uma continuidade e não de um novo começo, e, por isso, sua liberdade criativa fica bastante limitada.

Assim ficam ultrapassados os modelos de processo liberal (protagonismo das partes), social (protagonismo judicial) ou neoliberal (ou pseudossocial, com o aumento dos poderes do juiz em busca da celeridade). A ideia é pensar num local de produção processual que atenda, num mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito, com foco nos direitos de uma sociedade em rede¹⁹, direitos estes que não se restringem aos direitos de internet e sim, direitos que permitem abarcar as novas situações jurídicas necessitadas de tutela, com respeito às garantias processuais do devido processo legal e substancial uma tutela coletiva ampla caracterizada pela atipicidade dos meios de tutela e não-taxatividade das situações jurídicas tuteladas. Tal é a tese de Dierle Nunes (2009, p.359)

Percebe-se no processo uma estrutura normativa de implementação de uma participação cidadã que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos num espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma ordem isonômica, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte.

¹⁹ “Essa sociedade é designada por Castells como sociedade em rede, caracterizada por uma mudança na sua forma de organização social, possibilitada pelo surgimento das tecnologias de informação num período de coincidência temporal com uma necessidade de mudança econômica (a globalização das trocas e movimentos financeiros) e social (a procura de afirmação das liberdades e valores de escolha individual e iniciada com os movimentos estudantis de Maio de 68).” CARDOSO, Gustavo. “A Mídia na Sociedade em rede”. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2007, p.28.

O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial do seu desenvolvimento.

Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática do Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo.

Não há jurisdição sem que um processo efetivo assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las, numa visão constitucional e democrática. Não existe entre os sujeitos processuais submissão (como no esquema da relação jurídica bülowiana²⁰), mas sim interdependência, local onde a procedimentalidade é a balizadora das decisões. O processo (coletivo) é percebido como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões (LEAL, 2008, p. 45/48).

Nesse viés o juiz democrático não pode ser omissivo em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, a partir de um sistema de regras e princípios, motivo pelo qual pensa-se ser possível harmonizar parte importante do procedimentalismo, realizado pela Escola Mineira de Processo, com a postura substancialista²¹ de Ronald Dworkin, uma vez que ambas as teorias concebem a decisão judicial como um problema democrático, a ser resolvido, de alguma forma, mediante uma leitura forte dos princípios constitucionais.

A “leitura moral” do texto constitucional, como sugere Dworkin é a de que todos os operadores do Direito interpretem os dispositivos constitucionais considerando que eles fazem referência a “princípios morais de decência e justiça”, isso como forma de inserir a “moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”. Na medida em que os

²⁰ A opção pela relação jurídica como marco de compreensão daquilo que se denomina “processo”, para Bülow, tem pelo menos dois desdobramentos teóricos embaraçosos: o primeiro consiste no fato de que, embora Bülow tenha pretendido demonstrar que o “processo” não se confunde com o direito (material) debatido entre as partes, adotou o modelo da relação jurídica a partir de um enfoque privatístico do direito, é dizer, manteve intocada a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento do direito obrigacional; o segundo, consiste no fato de que a teoria do processo como relação jurídica contém um conceito de jurisdição como atividade do juiz (o que, aliás, justifica a vinculação – obrigacional – das partes ao magistrado). (LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008, p. 37/44)

²¹ Substancialista no sentido de que se trabalha com a perspectiva de que a implementação dos direitos substantivos, fundamentais, afigura-se como condição de possibilidade e validade da própria Constituição, “naquilo que ela representa de elo contencioso que une política e direito”. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 14.

juristas sigam uma estratégia coerente para interpretar a Constituição, já estarão fazendo uso da leitura moral a respeito dos valores que julgam estarem inseridos no texto constitucional (DWORKIN, 2006. p. 2/3).

A leitura dos dispositivos constitucionais como “princípios morais”, tem uma repercussão importante na construção da decisão judicial constitucionalizada (integridade/coerência), pois funcionam como uma espécie de “limites aos poderes do Estado”, e, sem dúvida, parece correto afirmar que, a partir da teoria desenvolvida por Dworkin as cláusulas constitucionais que pontuam o processo jurisdicional coletivo, como a do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), devem ser interpretadas de modo a conformar no processo uma forma de controle da atividade judicial (e não um instrumento da atividade estatal), uma vez que Dworkin sempre pensou em princípios como argumentos morais em favor de direitos, e, portanto, contrário à chamada discricionariedade judicial (DWORKIN, 2003, *passim*).

A construção da decisão judicial é uma questão de democracia, assim, não haverá processo (coletivo) jurisdicional democrático sem que se assegure a participação dos interessados na obtenção do provimento. A participação, para Dworkin, tem um perfil não apenas formal, mas material, defluente da cláusula da igualdade; assim, os direitos de “participar no processo político são igualmente valiosos para duas pessoas apenas se esses direitos tornam provável que cada um receba igual respeito, e os interesses de cada um receberão igual atenção não apenas na escolha de funcionários políticos, mas nas decisões que esses funcionários tomam” (DWORKIN, 2005. p. 91).

Dentro de uma concepção substancialista é correto afirmar que tanto a Escola Mineira de Processo, quanto Dworkin, chegam à conclusão de que o processo não é instrumento da atividade judicial, mas uma forma de controlá-la; e de que uma leitura forte dos princípios constitucionais deve balizar a dinâmica do processo, funcionando tanto como limite aos poderes do Estado, como na asseguarção de participação efetiva aos interessados no resultado do processo.

Disto resulta que uma postura interpretativa do direito processual de acordo com Ronald Dworkin não significa óbice a que se trabalhe com as bases do “processualismo constitucional democrático” de Dierle Nunes, caracterizado: a) pela comparticipação processual (com o decorrente policentrismo e interdependência processual entre os sujeitos processuais); b) pelo resgate de uma leitura forte dos princípios processuais constitucionais; e c) pelo resgate do papel técnico e institucional do processo. Assevera Francisco José Borges Motta (2012, p.179)

(...) concentremos a nossas energias no seguinte aspecto, que é especialmente caro para a nossa tese das *boas respostas*: o contraditório deve servir para assegurar a participação efetiva de todos os interessados no processo de formação do provimento jurisdicional. (...) Ainda mais especificamente, o contraditório deve, portanto, permitir que os contraditores problematizem a causa através de *argumentos de princípio*, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, *uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do direito*.(grifo do autor)

Resta evidenciado que não deve haver jurisdição sem que um procedimento assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, ou seja, processo democrático não é um instrumento formal que viabiliza a aplicação do direito com rapidez máxima, mas, sim, uma estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional (NUNES, 2009, p.250). Motta (2012, p. 179) ainda acrescenta “A cláusula do contraditório deve, portanto, pontuar todo o processo (coletivo) como garantia do policentrismo que é próprio do marco constitucional democrático.” Assim, a resposta constitucionalmente adequada não deve ficar depositada nas mãos de um juiz protagonista, tampouco, deve depender exclusivamente da atuação das partes.

Destarte, se compreendermos o processo coletivo jurisdicional democrático como instituto fomentador do jogo democrático que deva balizar e garantir a tomada dos provimentos jurisdicionais, o resultado do processo não deixará de ser “interpretativo”, e não será legítimo caso seu “conteúdo” não se afine com a materialidade da Constituição (principiologia constitucional). Dito com outras palavras, o procedimento, por si só, não legitimará a resposta obtida com o processo. É preciso, também, que o provimento jurisdicional tenha sido gerado por argumentos de princípio (Dworkin), e ainda dentro de um ambiente processual democrático, que se passa a analisar.

3.2 Desafios do processualismo jurisdicional coletivo democrático

A tarefa investigatória do presente trabalho de pesquisa busca encontrar uma solução procedimental, com base no ordenamento já existente, capaz de tutelar as ações coletivas²², de modo a tornar o processo civil coletivo uma alternativa efetiva aos interessados. Nessa

²² Neste trabalho Ação Civil Pública e as Ações Coletivas do Código de Defesa do Consumidor

perspectiva, reside a marca principal deste trabalho, cujo desafio em termos de direitos coletivos é de constitucionalizar o processo, fundando uma jurisdição constitucional(izada) onde os protagonistas sejam a Constituição e o caso concreto. Jurisdição esta que, deve levar em conta a materialidade constitucional, e que, refunde o direito no passo do novo paradigma, instituindo um modo de ser processual democrático e constitucional apto a substancializar o texto constitucional para, desta forma, garantir e concretizar os direitos humano-fundamentais-sociais.

A construção de um processo civil coletivo jurisdicional democrático passa pela superação do peso cultural do paradigma racionalista e individualista, sem incorrer para as teses positivistas. Faz-se imprescindível questionar a atual estrutura do sistema processual civil.

O fato é que para consolidação de um processo (coletivo) jurisdicional democrático se mostra necessário também a construção de um novo modelo de decisão jurídica, alinhada com o novo paradigma. Decisão que, em seu bojo, deva permitir a consolidação do Estado Democrático de Direito concretizando e garantindo direitos preconizados na Carta Política. Nesses novos tempos, o conteúdo das decisões não pode se limitar a encerrar conflitos, deve sim iniciar a construção de um novo *locus* social, primando pela inserção dos princípios constitucionais como garantia de integridade e coerência das decisões.

Ainda mais especificamente, como pondera Francisco Motta (2012, p. 179)

O contraditório deve, portanto, permitir que os contraditores problematizem a causa através de argumentos de princípio, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do direito.

Como já referido, busca-se, um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis a partir do caso concreto. Fala-se num processo civil coletivo democrático que passa a ser compreendido como procedimento em contraditório, através da participação de todos os sujeitos envolvidos, abandonando as vestes formais da relação jurídica processual e, tendo em vista que a Constituição zela por um pluralismo, não solipsista, tudo no trato dos direitos decorrentes de uma sociedade em rede.

O desafio do processo coletivo jurisdicional democrático é o de possibilitar a coexistência do procedimento ordinário, com ambientes de sumarização, com o objetivo de encontrar uma resposta constitucionalmente adequada aos litígios coletivos no seio de uma

sociedade em rede, entendendo-se que esses direitos são incompatíveis com a obtenção de verdades absolutas desejadas pelo processo de cunho racional-individualista.

Por isso o direito processual civil precisa libertar-se das amarras do procedimento ordinário, sobremaneira do valor “segurança”, pois só desta forma poderá atender os anseios do Estado Democrático de Direito. Não é mais possível tratar novos direitos coletivos da mesma forma como se tratam direitos individuais, especialmente no que diz respeito a questão de duração razoável do processo. Isto será possível através do respeito ao caso concreto submetido à jurisdição.

Como leciona Cristiano Becker Isaia (2012, p. 289) “a segurança processual no século XXI é algo vinculado à concepção de uma verdade possível, o que tem a ver com a posição ocupada pelo intérprete no contexto processual e de sua pré compreensão da Constituição”. Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 147/148) aponta como norte para superação deste “estado das coisas” uma certa discricionariedade aos juízes, de modo a permitir-lhes que se assumam como agentes políticos, resgatem o compromisso do Direito com os “valores do justo”, assumindo a condição de efetuar uma escolha – uma autêntica decisão, entre as propostas razoáveis de interpretação para solucionarem os casos que chegam as suas jurisdições.

Já Lênio Streck (2010, p. 102/107) lembra que as Constituições nascidas no pós-guerra trazem consigo uma característica de serem compromissárias e dirigentes, além de invasoras do espaço público – administrativo. Isto faz com que se entenda que essa invasão é também estendida ao judiciário, que não pode, através de ativismos, possibilitar ao Estado – Juiz que aja de maneira arbitrária e solipsista sob o pretexto de “realização da Constituição”.

Por isso é que um processo coletivo jurisdicional coletivo democrático não se constrói por esse caminho. Novos direitos exigem um novo agir em processo, qual seja, um Direito Processual democrático-constitucional(izado); um processo que tenha por norte a efetivação do texto constitucional para determinado caso concreto, que possibilite a participação cidadã no acontecer da democracia, dando voz aos sujeitos jurídico-sociais e implementando os direitos garantidos constitucionalmente (NUNES, 2009-b, 349/362).

Apesar de no século XX ter havido uma explosão de produção legislativa, em virtude da emergência de novos direitos e da abertura democrática, como salienta Mauro Cappelletti, (2008, p. 7-8) o “gigantismo do legislador” não conseguiu, com seus códigos e leis, construir um processo civil para o século XXI. O processo civil herdado do racionalismo não deixa que a estrutura do direito processual se compatibilize com as exigências de um novo contexto histórico, e as decisões judiciais deixam de concretizar direitos, limitando-se tão somente a dizer os direitos (ESPINDOLA, 2008, p. 239).

O peso do paradigma racionalista e dos ideais liberais e iluministas presente na formação da ciência processual bem como do Estado liberal marcaram a estrutura do direito processual civil. A defesa da Jurisdição e do Estado Democrático de Direito, admitindo ser o direito uma resposta culturalmente humana a problemas também humanos, merece ser repensada à luz da leveza, ritmo e exatidão da sumarização material do processo, bem como pela visibilidade, multiplicidade e consistência da garantia da fundamentação das decisões judiciais, sob uma perspectiva substancialista (e não procedimentalista) (ESPINDOLA, 2008, p. 242).

Para a autora (2008, p. 250), “a busca da leveza surge como possibilidade de resistência à ordinarização do processo e à dogmatização do direito. Esta busca recoloca o direito nas ciências da compreensão e permite que o direito processual possa ser visto como instrumento democrático, não apenas para a resolução de conflitos” e ainda acrescenta, “mas não basta leveza, é preciso ritmo, rapidez, mas não aceleração”. Percebe-se, deste modo, que rapidez/ritmo não coaduna com uma aceleração irreflexiva, mas sim à compreensão de que a prestação jurisdicional, em tempo hábil, faz parte também do sentido de acesso à justiça.

Para Jânia Lopes Saldanha (2011, p. 257) “a atribuição de um novo sentido ou a necessidade de se reescrever o processo, sob a ótica da sumarização, talvez seja capaz de “regenerar” esses tempos de espera”. Uma vez que o apego exacerbado à plenitude de defesa e a valorização do contraditório pleno (preterindo-se as outras formas de garantia do contraditório: eventual e diferido²³) não têm colaborado satisfatoriamente.

Ocorre que o sistema processual, através do aperfeiçoamento de uma mentalidade comprometida com a ideologia da ordinariedade²⁴, possui certa repugnância às formas sumárias de tutela processual (BAPTISTA DA SILVA, 2001, p. 8). No entanto, com relação a tutela preventiva, não existem obstáculos legislativos, ao contrário, a tutela de urgência está inscrita, no sistema, como uma possibilidade, uma suposta “impossibilidade” está nos

²³ No contraditório diferido, admite-se que sejam praticados atos executivos antes da formação do título. No contraditório eventual, elimina-se o contraditório do interior da demanda, transferindo-o para uma ação incidental ou para uma ação autônoma desvinculada.

²⁴ O apego à ordinarização e o repúdio à sumarização das demandas é fruto da rigidez e do peso na doutrina da separação de poderes e da concepção de uma magistratura imparcial e neutra, uma rigidez que oculta a função jurisdicional e a criatividade do juiz bem como as pretensões e as ações de direito material, quebrando o elo entre cognição e execução, em nome das certezas e verdades absolutas. Seguindo a doutrina da separação dos poderes, o direito é inteiramente produzido pelo poder legislativo, cabendo à jurisdição apenas revelá-lo (declará-lo). Deste modo, “partindo da premissa de que o juiz seria aquele ser inanimado imaginado por Montesquieu, incumbido de revelar a ‘vontade da lei’, chegaremos à conclusão de que o magistrado não poderá prestar jurisdição valendo-se do juízo de verossimilhança”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 265).

operadores do sistema, na mentalidade dos juristas modernos, a quem se proíbe decidir com base em simples verossimilhança. Sobre o tema, explica Cristiano Becker Isaia (2012, p. 351):

O próprio vínculo entre racionalismo e ordinariedade pressupõe que as decisões que não sejam acobertadas pelo manto da sentença final, aquela oriunda do silogismo entre premissa maior e menor, sejam decisões puramente processuais. Não podem alcançar o direito material. Trata-se de um raciocínio compreensível na medida em que a jurisdição processual moderna foi construída pela ficcionalização de que ao juiz incumbiria o encontro, em processo civil, da verdade (ou vontade) da lei, o que logicamente pressupunha ocorrer no instante da declaração do direito após ampla produção probatória da causa.

A superação do racionalismo no âmbito do direito processual civil, permite uma releitura da jurisdição para além da extrema valorização da tutela repressiva, da cognição plenária e da ordinarização do processo. Para Angela Espindola (2009, p. 134):

[...] é, sobretudo o conteúdo não-patrimonial dos novos direitos que determina, não raro, a irreparabilidade da lesão, razão pela qual se faz essencial privilegiar formas preventivas de tutela que permitam evitar a concreção do evento lesivo, porém, não sobre as bases da ordinarização do procedimento e da cognição exauriente. É preciso superar a estrutura do direito processual para, só então, atingir uma função do processo compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se que a função preventiva da atividade jurisdicional visa a prevenir o ilícito, apresentando-se como tutela anterior à sua prática e, portanto, não voltada para o passado, opondo-se as tutelas repressivas. Mas, para que isso se efetive, é necessário que se rompa com o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que trata os textos jurídico-normativos e os fatos sociais como simples objetos que merecem tratamento jurisdicional e processual e, com o paradigma liberal-individualista-normativista incapaz de lidar com a realidade complexa do mundo contemporâneo (SALDANHA, 2011, p. 326).

O processo civil brasileiro apenas prevê o julgamento do mérito da causa na sentença, não se vislumbrando a possibilidade de liminares de mérito. Isto, em termos de ações coletivas na sociedade em rede, certamente entrava a prestação jurisdicional, impedindo a satisfação desses direitos, que diferem dos direitos de primeira geração. Tal fato se dá porque a doutrina processual, de cunho racionalista, considera que quaisquer decisões de mérito anteriores à sentença atentam contra o ideário processual da busca da verdade da lei. Ovídio Baptista (2007, p. 12) ressalta que o conceito racionalista de sentença, tem por escopo “declarar” o direito e pôr fim à lide. Desta maneira, o ordenamento pátrio não admite a existência de decisões de mérito antes do provimento final e após vasta instrução probatória. Isso inclusive se aplica ao procedimento cautelar, de índole preparatória, jamais admitindo um provimento cautelar satisfativo.

Para Jânia Lopes Saldanha (2011, p 275) “a tutela cautelar é uma tutela de segurança que inaugura um tipo de prestação jurisdicional que, se não de todo, em grande parte é voltada a ideia de preventividade”. A noção de definitivo sempre foi associada à satisfação que o julgamento de mérito provoca. Por isso que os casos de tutela cautelar autônoma e definitiva ainda são escassos.

A conservação das relações jurídicas e dos direitos é um valor mais importante do que a compensação financeira que uma indenização, tardia, pode ofertar. Na medida em que a titularidade dos direitos não se reduz aos direitos de crédito, mas a uma gama mais ampla e variada, especialmente após os movimentos constitucionalistas que tiveram força ao longo do século passado, de repressiva a jurisdição, em parte, transformou-se em preventiva, voltada à proteção do presente e do futuro (SALDANHA, 2011, p.278).

Para este estudo, a tutela sumária guarda relação direta com a questão de se dar abrigo à verossimilhança e à capacidade de o julgador encontrar a resposta adequada no sistema processual, mantendo a coerência e a integridade do direito que, seguramente, não deverão resultar de sua representação subjetiva. Toda vez que o julgador prefere o processo ordinário à proteção sumária, acaba negando a possibilidade de um definitivo que poderia ser melhor. Trata-se de fazer uma opção entre evitar o risco do dano ou sofrer o dano porque manteve o risco. A libertação do intérprete da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que existia alguma dúvida, inverte esse sentido (de difícil aceite da sumariedade), ante a urgência que nasce junta e ocasionalmente à diversidade dos fatos (SALDANHA, 2011, p.278).

O que o moderno conceito de jurisdição ainda proíbe, e com reflexos da *actio romana*, que primava pela “segurança” e “certeza” na prestação jurisdicional de mérito (esta somente na sentença), impedindo o julgador de dispor de procedimentos de cognição sumária, é a convivência entre as medidas antecipatórias e a decisão de mérito (ISAIA, 2012, p. 264-265). Isso num processo jurisdicional coletivo, uma vez mantida a índole de um procedimento em contraditório, é fundamental.

Para que tal ocorra, desatrelando a prestação jurisdicional dos moldes racional-individualistas, em homenagem à efetividade do processo, sem deixar de lado as garantias do contraditório e da ampla defesa, faz-se necessário redefinir o significado da expressão “liminar” nesses processos, o que em outro contexto já fez Cristiano Becker Isaia (2012, p. 35):

No interior desta proposta de sumarização de ações e defesas em processo civil é possível trabalhar com o contraditório e a ampla defesa de forma a não criar óbices à efetividade do processo e à própria implementação dos direitos sociais. Isso significa que os cortes de sumarização procedimental e material não violam o devido processo legal. O importante é dar-se conta de que é possível, com a sentença

liminar de mérito, inverter o ônus do tempo do processo sem violar o contraditório e a ampla defesa, não vilipendiando o devido processo legal.

Sumarizar, ao contrário do que se pode pensar, não viola a Constituição, mas atende ao que ela “constitui”, que é a entrega de uma prestação jurisdicional que erradique desigualdades, possibilite amplo acesso à justiça e dê resultados. (SALDANHA, 2011, p.339)

A sumarização de determinada demanda pressupõe que o juiz esteja autorizado a fundamentar o julgamento, em certa medida, num juízo de verossimilhança, numa verdade possível naquele momento processual, tendo em conta que a supressão de certas provas, como ocorre com o mandado de segurança, ou a eliminação de certas áreas do conflito, como nas possessórias – de modo que a lide não se apresente com as dimensões que poderia ter, não fora essas limitações – fará com que o julgador não disponha de todos os elementos, de fato e de direito para formar o convencimento com a ‘plenitude’ que seria desejável, caso as partes pudessem utilizar, na sustentação de suas alegações, todos os fatos e todas as alegações possíveis de direito, que os amparassem (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 265).

No contexto da tradição romano-canônica, a relevância da discussão sobre tutela preventiva reside no fato que se pretende superar a racionalidade jurídica do normativo, das concepções puramente procedimentais do direito e aos ideais liberais-iluministas. A superação destes, é condição de possibilidade para que se possa pensar as tutelas preventivas e, estas, “a” condição de possibilidade para a concretização dos direitos e para a recuperação do sentido da jurisdição, para além da função repressiva e reparatória.

Importa salientar que as soluções para essa questão não residem num simples ajuste da legislação como, por exemplo, um novo código de processo civil. Nesse passo o que importa é desvelar o sentido da jurisdição como condição de possibilidade para concretização de novos direitos através de tutelas de urgência e assim poder se falar em promoção e proteção de direitos coletivos fundamentais.

Em 16 de março de 2015 foi sancionado o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que entrará em vigor dentro de um ano, trazendo em seus primeiros artigos a proposta de celeridade: “*Artigo 4º - As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”; “*Art. 6º- Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*” (BRASIL, 2015). A par disso, as Ações Coletivas, objeto do presente estudo, continuarão disciplinadas na Lei da Ação Civil Pública²⁵ e do Código de Defesa do

²⁵ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Consumidor²⁶, tendo no novo Código de Processo Civil o instrumento complementar do procedimento²⁷.

A proposta que se apresenta, no presente trabalho, aliando os três ordenamentos, é a do “*Renascimento da Sentença Liminar de Procedência*”, no contexto de um processo jurisdicional coletivo democrático. Adverte-se que esta proposta não pretende pôr fim ao procedimento ordinário e não se presta, indiscriminadamente, a resolver todas as demandas coletivas como se verá adiante. Apenas tem por escopo adequá-lo à tutela dos novos direitos, oriundos de uma sociedade em rede, redefinindo-se o sentido da expressão “liminar”, democratizando-se a jurisdição com a sumarização das demandas, como meio de efetivação dos direitos fundamentais, e preservando-se o contraditório.

O *Renascimento da Sentença Liminar de Procedência*²⁸ guarda relação com a tese de Cristiano Becker Isaia (2012, p. 325), para o qual

A *sentença liminar de mérito*, como o próprio nome faz referência, na tentativa de reler, no século XXI, o procedimento das *interdictas*, suprimidas pela generalização da *actio*, pressupõe que a decisão de aparência tomada nesse *locus sumário* seja uma decisão sobre o mérito da causa, o que tem a muito a ver com a revalorização da jurisdição de primeiro grau. Isso porque esta é quem exerceu a imediatidade com os elementos da causa, condição de possibilidade para o trato dos direitos sociais-fundamentais. (grifos do autor)

²⁶ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

²⁷ O rito padrão é o do procedimento ordinário do CPC, que admite provimentos urgentes de caráter preventivo ou satisfativo (art. 273 do CPC), sem prejuízo da eventual propositura de cautelares preparatórias à ação coletiva principal, pois a adoção de um padrão não exclui as demais espécies de processo. A fase inicial da ação coletiva denota uma complexidade maior para os demandantes, o Judiciário e os demandados. Antes de ingressar com a ação coletiva, o legitimado deve verificar a preexistência de ação (litispendência, conexão ou continência) no âmbito local, regional ou nacional, ou de inquérito civil em andamento, ou ajuste de conduta previamente formalizado com órgão do Ministério Público; a petição inicial deve ser instruída com a anexação dos comprovantes dessas consultas. Para o demandado em ação coletiva, a verificação da competência é meio de defesa, tendo, portanto, igual interesse na realização das mesmas consultas, com anexação dos comprovantes eventualmente obtidos, fundamentando a correspondente exceção. É assegurada a cognição exauriente, com contraditório, ampla defesa e recorribilidade, observadas as particularidades da natureza do interesse posto em causa. A sentença coletiva está sujeita à apelação desprovida de efeito suspensivo, que pode excepcionalmente ser agregado aos efeitos de interposição, se houver demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Há possibilidade de ajustamento de conduta no curso da ação coletiva, que deverá contar com a homologação judicial. A sentença homologatória põe termo ao processo com resolução de mérito e, portanto, pode ser objeto de apelação. (ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. Sobre o procedimento das Ações Coletivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, 01 abr. 2013. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/1212-sobre-o-procedimento-das-acoes-coletivas> - Acesso em: 24- Janeiro-2015).

²⁸ “Renascimento”, pois remonta o procedimento dos interditos que foi gradativamente abolido do sistema processual romano. A tutela *interdital*, na Roma Antiga, consistia em ordem emitida pelo “*praetor*” romano, impondo certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítida feição mandamental; ou promovendo atos executórios, como ocorria na “*missio in possessionem*”. A técnica do processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos emergenciais, originou-se, assim, a partir dos interditos do antigo direito romano. (MIRANDA FILHO, 2003, p. 210)

Veja-se que o art. 300 do Novo Código de Processo Civil preceitua:

“A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; § 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la; § 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia; § 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”(BRASIL, 2015)

A natureza da decisão liminar, aqui, encontra requisitos nos “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Por isso, a proposta de uma *Sentença Liminar de Procedência* não seria cabível em toda e qualquer ação coletiva, mas sim naquelas que apresentassem uma prova pré-constituída (prova mínima de procedência), o que ocorre, por exemplo, nas Ações Ambientais²⁹, que normalmente são precedidas de um inquérito civil público e da análise do impacto ambiental e/ou Ações Coletivas do Código de Defesa do Consumidor onde exista um laudo técnico acerca do risco do produto³⁰, ou seja, o que vai determinar sua implementação é o caso concreto.

²⁹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS DE TELHAS DE AMIANTO. MATERIAL POTENCIALMENTE PERIGOSO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, protegido pela Constituição Federal, cujo art. 225 o considera bem de uso comum do povo, impondo-se ao Poder Público o dever de defendê-lo. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, nos termos do art. 14 da Lei n. 6.938/81, bastando para a apuração do ilícito, a prova do fato e o nexo de causalidade entre este e o autor. É da responsabilidade do Município a destinação final dos escombros e resíduos perigosos à saúde da população, assim descritos na Resolução n. 307/2002 do CONAMA. Prova que revela o descuido com a área onde foram provisoriamente depositados os materiais perigosos (restos de telhas de amianto), devendo haver solução definitiva para a destinação final. Apelação desprovida. Sentença mantida em reexame necessário. (APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO Nº 70053506093, Vigésima primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)

³⁰ APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. Conjunto probatório dos autos que evidencia suficientemente que o combustível comercializado pela ré se encontra fora das especificações legais. Hipótese em que o parecer técnico trazido aos autos pelo autor goza de confiabilidade, tendo sido realizado a partir de amostra colhida na presença da ré, e elaborado por engenheiro químico da FEPAN, com utilização de equipamento certificado pela Agência Nacional de Petróleo. Requerida que não logrou evidenciar a inidoneidade do referido laudo, tampouco realizar contraprova capaz de evidenciar que não houve adulteração do combustível, ônus que lhe incumbia, ex vi do art. 333, II, do CPC. Tendo ocorrido deterioração da amostra colhida para realização de contraprova, por culpa da ré, nomeada depositária do produto, e posterior impossibilidade de realização de perícia judicial, em virtude do decurso do tempo, é possível que o juiz decida a lide com base em pareceres técnicos ou documentos elucidativos produzidos pelas partes, nos termos do art. 427 do CPC. Havendo demonstração bastante da

E mais: a presente proposta em sede de dissertação de mestrado, apesar de inovadora não tem o caráter de tese, tem a condição de sugestão de uma medida possível como condição de possibilidade para a efetivação de direitos fundamentais coletivos com base na Constituição e no caso concreto. Como leciona Cristiano Becker Isaia (2012, p. 323)

Os direitos sociais-fundamentais, a partir dessa proposta, não mais permanecerão reféns do procedimento ordinário-plenário e de seus consectários. São estes direitos que estão a exigir uma jurisdição desformalizada e efetiva, cujo funcionamento se dará numa versão pós-moderna dos interditos romanos, então permeada pelo exercício do contraditório e da abertura (democratização) processual.

O parágrafo 2º do artigo 300 do Novo Código de processo civil prevê a possibilidade da concessão da tutela de urgência se dar em sede liminar ou após justificação prévia. A *Sentença Liminar de Procedência* se construirá na a justificação prévia (audiência preliminar), onde o juiz formará seu convencimento levando em conta as especificidades do caso concreto, a partir de uma prova pré-constituída, valendo-se da participação das partes (policentrismo), o que Darci Ribeiro (2014, s/p) denomina de “fase do contraditório constitucional”, identificada pelo direito de influenciar.

A figura do juiz montesquiano (o juiz boca da lei) e a ideia do sentido “unívoco” da lei desaparecem, dando lugar ao juiz comprometido com o protagonismo da Constituição, que exige uma resposta constitucionalmente adequada ao caso fático, tudo isso garantindo a primazia do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de verdadeira sentença de mérito com caráter mandamental/executivo, uma vez que satisfaz o direito, e não decisão interlocutória. Para Ovídio Baptista (2012, p. 3), “se fosse praticamente possível a construção de um sistema processual que se submetesse ao princípio da oralidade absoluta e radical – com seu consectário lógico da concentração numa única audiência do inteiro tratamento da causa – as decisões interlocutórias acabariam desaparecendo”.

Fazendo uma analogia com a tese da sentença liminar de mérito de Cristiano Becker Isaia (2012, p.325), na *Sentença Liminar de Procedência*, a qual propomos

(...) o contraditório é trabalhado de forma diferenciada, já que tanto a defesa quanto o debate em relação aos pontos centrais da causa, bem como o julgamento da demanda, devem dar-se na audiência liminar, que é única nesse local de proteção constitucional. Nela, portanto, se concentram: a) o exercício do contraditório entre

adulteração, a procedência da ação coletiva de consumo era medida que se impunha. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível nº N° 70049470412, Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)

as partes; b) o debate sobre as teses da ação e da defesa; c) o debate sobre a prova *prima facie*, tanto a apresentada documentalmente quanto a produzida oralmente na audiência; (...)a construção de uma decisão sob os pilares da aparência; f) a construção de uma decisão participada. (democratizada), com a efetiva contribuição de todos os envolvidos.

A questão central da *Sentença Liminar de Procedência*, nos processos envolvendo diretos de uma sociedade em rede, estaria fundada numa oralidade construída dentro de um ambiente democratizado, através da participação de todos os interessados e com base em “uma produção probatória *prima facie* –, renunciando verdades eternas e certezas ficcionais –, apta a demonstrar, por verossimilhança, o direito material levado à jurisdição-processual pela via da aparência.” (ISAIA, 2012, p. 326). Veja-se que, segundo Darci Ribeiro (1998, p. 60), “para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de “verdade”, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo, aproximar-se dela”. Desta maneira, é imperioso descartar o juízo da certeza e do pensamento calculante (lógico-subjuntivo), que está imbricado na formação da função de julgar³¹.

A busca da “verdade possível” dentro da *Sentença Liminar de Procedência*, em se tratando de direitos coletivos, se dará em contraditório em audiência, e conforme ensina Darci Guimarães Ribeiro (2014, s/p), “o contraditório é condição de validade das provas, porque toda e qualquer atividade instrutória há de ser produzida em contraditório”. Ainda completa o autor

Considero oportuno destacar agora, a aplicação deste princípio quando a prova for documental ou testemunhal, pois as provas documentais são essencialmente pré-constituídas (*Evidence existing before the trial, Vorbereiteter Beweis*). O que equivale dizer que um documento, uma prova documental é criada, constituída fora dos autos, razão pela qual o contraditório somente se estabelece em virtude da obrigatória comunicação à parte contrária para, querendo, impugná-la mediante os mecanismos legais, vale dizer, o contraditório não se estabelece no plano da existência, no plano da criação da prova, mas sim no plano da validade desta em juízo. Jamais uma prova documental será construída dentro do processo com base no contraditório, isto ocorre, por óbvio, com as provas casuais, vale dizer, aquelas que são feitas no curso do processo, como ocorre, v. g, com a prova testemunhal, e muitas vezes com a pericial, etc. Nestas o contraditório se dá exclusivamente no plano da existência, no plano da criação da prova que é feito em juízo. (RIBEIRO, 2014, s/p)

³¹ Como já mencionado no decorrer deste trabalho é certo que a concepção iluminística da lei teve influência na formação do direito processual civil, sobremaneira na questão da prova. A influência da filosofia do século XVII fez crer que a prova era fruto do resultado de uma investigação científica, e como tal, não estava sujeito a questionamentos, pois o direito processual parte da existência do fato em sua pura materialidade, não do sentido que o fato possa adquirir em cada “partícula da história humana”. O direito processual, ainda fortemente vinculado ao paradigma do objeto e à separação sujeito/objeto, mantém-se fiel à estrutura normativa herdada do racionalismo iluminista (BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.142).

Aqui reside o vetor democrático imprimido na *Sentença Liminar de Procedência*, fulcrada num contraditório em audiência, diante da participação de todos os envolvidos no conflito coletivo, na busca de uma decisão construída que se afine com a materialidade da Constituição e do caso concreto, rompendo definitivamente com a ordinariedade processual e gerando um provimento jurisdicional a partir de argumentos de princípio (Dworkin).

Neste ínterim, a decisão construída nesse *locus* processual reúne todos os requisitos para ser considerada uma resposta constitucionalmente adequada, isso porque, importa na construção de um provimento de mérito (liminar) em que todas as teses de ação e de defesa sejam confrontadas pelo juiz imbuído do dever de fundamentação. Perceba-se que a fundamentação, mesmo em ambiente sumarizado, afasta os decisionismos e prima pela concretização da Constituição. A *Sentença Liminar de Procedência*, neste ambiente, rompe com a ótica tradicional do processo civil, calcada na ordinarização do procedimento.

A *Sentença Liminar de Procedência*, como forma de tutela genuinamente preventiva (e atípica), seguindo a linha de Ovídio Baptista da Silva e Cristiano Becker Isaia, denota que as demandas sumárias são vitais para a construção e consolidação do Estado Democrático de Direito e para a concretização dos direitos coletivos. No entanto, resta deixar claro que ela é uma construção teórica e que sua real aplicação pode, à primeira vista, ser tida como utópica, uma vez que exige uma mudança de tradição aos operadores jurídicos. Essa é a lição deixada por Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 282.), onde, não importa quão distante de realização esteja a aspiração a essa superação, tem-se o dever de agir, ultrapassar o perigo potencial da impossibilidade.

A *Sentença Liminar de Procedência* resgata a história do direito processual civil e permite construir um direito sensível às exigências dos novos direitos coletivos e da sociedade atual, no entanto há que se perceber que o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige.

O modelo objetificante do direito e da jurisdição de cariz eminentemente repressivo (e declaratório) e o núcleo de resistência oferecido pelo direito processual civil às tutelas preventivas guarda suas raízes naquele contexto histórico-ideológico já exposto (racionalismo, individualismo, filosofias liberais, direito romano tardio) e na compreensão que a modernidade fez da memória do direito, vivendo um eterno presente. Ocorre que a complexidade social, a emergência de novos direitos (especialmente a partir do período do segundo pós-guerra e da abertura democrática dos Estados), a (não) realização dos direitos e a intensificação do fenômeno da globalização, temperados pela crise paradigmática, provocam um verdadeiro abismo entre o pensamento jurídico (pretensamente) moderno e a realidade social. São os contornos da situação problemática do direito que emergem, cujas raízes estão na crise da razão moderna (na irracionalidade do racionalismo)(ESPINDOLA, 2008, p. 277/278).

Surge assim, no cenário nacional após a emergência da Constituição e do paradigma do Estado Democrático de Direito, a necessidade de encontrar um novo paradigma que não incorpore no seu discurso qualquer forma de dogmatismo e de autoridade, pois o processo civil coletivo, ainda sustenta-se sobre o paradigma de uma jurisdição meramente declarativa, que oculta as particularidades do caso concreto, onde o juízo é resultado de um procedimento de cognição exauriente na busca de verdades absolutas, onde a sentença final (de mérito) ainda propicia decisões solipsistas.

A tradição jurídica romano-canônica, a qual o direito processual civil brasileiro se vincula, eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de sumarização, como já visto, uma vez que, o paradigma racionalista, presente na formação da ciência jurídica moderna, somado ao princípio da separação dos poderes exige que o juiz descubra a única ‘vontade da lei’ para só então declará-la.

Não se pode negar que a sociedade moderna testemunha um período histórico marcado pela aceleração do tempo e pela emergência de direitos sociais coletivos, e tais direitos levam ao questionamento do discurso científico, a repensar seus paradigmas e a rediscutir seus postulados, assim é imprescindível questionar a estrutura do sistema processual civil na tradição romano-canônica, pois, como já mencionado, os séculos XIX e XX pautaram-se pela busca de uma racionalidade que fosse capaz de transformar o direito em uma ciência (ESPINDOLA, 2008, p. 275/276).

A importância de se admitir a *Sentença Liminar de Procedência*, no contexto da tradição romano-canônica, sobretudo no cenário nacional, destaca-se à medida que se pretende a transposição da racionalidade jurídica do normativismo, bem como as concepções puramente procedimentais do direito e aos ideais liberais-iluministas para se criar um ambiente sumarizado e, sobretudo democrático onde a questão coletiva levada a juízo será decidida com base no caso concreto e de acordo com a Constituição, respeitando o contraditório e o devido processo legal. Decisão esta, que deverá assegurar que as partes atuem decisivamente para a construção do provimento jurisdicional (resposta constitucionalmente adequada), garantindo acesso a uma ordem jurídica coerente, onde os contraditores problematizem a causa através de argumentos de princípio (DWORKIN), que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta reflita não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do Direito, ou seja, a concretização do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais em argumentos de princípio.

A *Sentença Liminar de Procedência* deve ser justificada e construída democraticamente, pois os “novos” direitos coletivos exigem um processo jurisdicional democrático capaz de atender a uma nova materialidade jurídica , não simplesmente racional-iluminista.

CONCLUSÕES

No século XX intensificaram-se a emergência dos novos direitos e a abertura democrática de grande parte do mundo, isto revolucionou a sociedade contemporânea, logo direito também foi influenciado. Diante de uma realidade processual atrelada a teorias dos séculos XVIII e XIX, observa-se que o processo civil ordinário, que tem por característica a morosidade, encontra-se, no século XXI, totalmente desadaptado às novas realidades sociais.

O peso da herança racionalista não permite que a estrutura do direito processual se compatibilize com as exigências de um novo contexto histórico, e as decisões judiciais deixam de concretizar direitos, limitando-se tão somente a dizer os direitos. Os institutos clássicos do processo há muito se mostram impotentes para a tutela de direitos, especialmente os novos direitos coletivos típicos de uma sociedade complexa e em rede. A construção de um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito precisa superar o paradigma racionalista e os valores liberais individualistas que remanescem nesse contexto.

É essa reestruturação que clama a sociedade complexa, ou seja, romper com os paradigmas de pensamentos jurídicos rígidos e aqueles principalmente de cunho liberal ou individual, que não se adéquam à tutela que necessitam os interesses coletivos. O que se pretende é uma jurisdição constitucional(izada), é a resolução de uma controvérsia prática (caso concreto), sendo capaz de exprimir-se na convocação de posições divergentes sobre o mesmo caso ou questão prática, mediante uma ponderação argumentativa, racionalmente orientada, que conduz, por isso mesmo, a uma solução baseada no policentrismo processual (com importância e divisão de papel entre todos os envolvidos) e guiadas por questões de princípios (integridade e coerência).

No Constitucionalismo Contemporâneo, próprio do Estado Democrático de Direito, rompe-se tanto com o positivismo, quanto com o constitucionalismo liberal, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória. Percebe-se uma nova concepção de jurisdição, pois, no processo civil, começaram a surgir novas técnicas processuais de justiça social, como a simplificação da forma dos procedimentos, a jurisdição no Estado Democrático de Direito deve ser entendida como uma parceria de singularidades, ou seja, uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes.

Os direitos ou interesses coletivos são, sem dúvida, os direitos do século XXI. Assim como foi necessária uma nova mentalidade para construir o arsenal brasileiro das ações coletivas, a aplicação correta da lei também depende de uma nova postura. É preciso quebrar

resistências, incentivar a mudança de mentalidades. Ora, a releitura do texto constitucional é suficiente para concretização desse novo modelo de processo. A edição de novas normas gerais e abstratas, além de não simplificar a aplicação do Direito, aumenta a complexidade social.

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diante dos litígios coletivos, aqueles instrumentos processuais que eram suficientes e adequados para solucionar os conflitos individuais perdem sua funcionalidade, impondo transformações no direito processual civil. A implantação do processo justo não depende tanto de reformas legislativas sobre os textos dos códigos, mas sim de uma nova mentalidade para direcionar o comportamento dos operadores do processo rumo à valorização dos princípios constitucionais envolvidos na garantia do que hoje se tem por ‘processo justo’. Basta aplicar o processo existente sob o influxo enérgico dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo, que se concretiza quando ele se garante, mediante amplo contraditório, a efetiva e adequada atuação do direito material.

Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo.

Sinteticamente, nesse processo constitucionalizado e democrático, desenvolvido no âmbito de um sistema dialético, que garante uma “racionalidade procedimental” discursiva e argumentativamente construída em contraditório, prioriza-se de um lado, o direito das partes de participar da construção da decisão jurisdicional e, de outro lado, o dever do magistrado de fundamentar essas decisões, demonstrando racionalmente que as alegações das partes foram consideradas e, com isso, possibilitar o controle da sociedade e legitimar sua atuação.

Nessa perspectiva, faz-se necessária a busca de uma estruturação processual que permita o exercício de um controle compartilhado sobre o papel do magistrado e das partes, que não represente um retorno a ciclos históricos já suplantados (liberalismo processual). Deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva participativa, não mais embasado no protagonismo do juiz, mas, na sua atuação responsável, competente e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais.

Busca-se, no paradigma do Estado Democrático de Direito, um novo padrão decisório adequado a função jurisdicional e, principalmente, concernente com os interesses transindividuais, com os “novos” direitos de uma sociedade complexa. Tal decisão, nesta seara, deve adequar-se ao panorama político e social em consonância com um processo/jurisdição constitucionalizados, assentados nos princípios político-constitucionais e aptos a congregar em si a contedística referente a uma nova prática social. Desta forma, decidir em processo é ir além da resolução do conflito, caracteriza-se pela busca de uma resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto norteador pela Constituição.

Um processo civil coletivo que atente para o acontecer da Constituição, depende diretamente de uma atuação jurisdicional que respeite o direito material e ao caso concreto submetido a juízo. Nesse diapasão, deve reconduzir o olhar para os direitos de índole coletiva e difusa, que merecem um tratamento diferenciado pelo processo civil no século XXI. A jurisdição, nos dias atuais, é chamada a apartar-se dos processos de matriz individualista, cabendo ao direito processual fornecer respostas adequadas para a conquista de uma efetiva tutela às situações apresentadas, exigindo um pensamento novo, um refletir coletivo para o sistema processual, que se pondera como possível alternativa para democratizar o trabalho na prestação da jurisdição.

Nos dias atuais, em meio a uma sociedade em rede, não é possível associar a defesa de um processo constitucional aliado à defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, impede a visão de uma das principais funções do processo judicial: garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos). A jurisdição no Estado Democrático de Direito, onde predomina a complexidade social, a emergência de novos direitos, a inflação legislativa e, principalmente, a desfuncionalidade da Constituição, não pode mais satisfazer as demandas sociais com o uso alargado da tutela repressiva, gerada à luz do espírito racionalista. Há que se investigar uma nova forma de atuação da jurisdição (preventiva), discutindo-se o papel do Poder Judiciário, sob pena de reduzir-se o direito processual civil a um produto da racionalidade procedimental.

Pensado sob o prisma democrático, o processo coletivo aufere nova dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, à luz da concepção democrática participativa, em que se enfatiza a racionalidade do diálogo. Tem-se na participação dos sujeitos processuais a forma legítima de influenciar nas decisões estatais, seja na produção probatória, na possibilidade de apresentar seus argumentos e de se opor aos argumentos do adversário. Percebe-se, assim, uma nova formatação para as decisões judiciais

na ações coletivas, pois estas passam a ser fruto de debates em contraditório e de inclusão e oitiva do sujeito através da publicidade dos atos jurisdicionais.

Busca-se, um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis a partir do caso concreto. Fala-se num processo civil coletivo democrático que passa a ser compreendido como procedimento em contraditório, através da participação de todos os sujeitos envolvidos, abandonando as vestes formais da relação jurídica processual e, tendo em vista que a Constituição zela por um pluralismo, não solipsista, tudo no trato dos direitos decorrentes de uma sociedade em rede.

Tem-se, assim, que o desafio do processo coletivo jurisdicional democrático é o de possibilitar a coexistência do procedimento ordinário, com ambientes de sumarização, com o objetivo de encontrar uma resposta constitucionalmente adequada aos litígios coletivos no seio de uma sociedade em rede, entendendo-se que esses direitos são incompatíveis com a obtenção de verdades absolutas desejadas pelo processo de cunho racional-individualista.

O processo civil brasileiro apenas prevê o julgamento do mérito da causa na sentença, não se vislumbrando a possibilidade de liminares de mérito. Isto, em termos de ações coletivas na sociedade em rede, certamente entrava a prestação jurisdicional, impedindo a satisfação desses direitos, que diferem dos direitos de primeira geração.

A tutela sumária guarda relação direta com a questão de se dar abrigo à verossimilhança e à capacidade de o julgador encontrar a resposta adequada no sistema processual, mantendo a coerência e a integridade do direito que, seguramente, não deverão resultar de sua representação subjetiva. A proposta que se apresentada, no presente trabalho é a do “*Renascimento da Sentença Liminar de Procedência*”, no contexto de um processo jurisdicional coletivo democrático quebrando o paradigma racionalista, em prol da efetividade da prestação adequada a tutelar os novos direitos surgidos na realidade contemporânea de uma maneira ágil e eficiente.

A natureza da decisão liminar, aqui, encontra requisitos nos “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Por isso, a proposta de uma *Sentença Liminar de Procedência* não seria cabível em toda e qualquer ação coletiva, mas sim naquelas que apresentassem uma prova pré-constituída, construída na a justificação prévia (audiência preliminar), onde o juiz formará seu convencimento levando em conta as especificidades do caso concreto, valendo-se da participação das partes (poli-centrismo), a questão central da *Sentença Liminar de Procedência*, nos processos envolvendo direitos de uma sociedade em rede, estaria fundada

numa oralidade construída dentro de um ambiente democratizado, através da participação de todos os interessados e com base em uma produção probatória *prima facie* –, renunciando verdades eternas e certezas ficcionais.

A decisão construída nesse *locus* processual reúne todos os requisitos para ser considerada uma resposta constitucionalmente adequada, isso porque, importa na construção de um provimento de mérito (liminar) em que todas as teses de ação e de defesa sejam confrontadas pelo juiz imbuído do dever de fundamentação. Perceba-se que a fundamentação, mesmo em ambiente sumarizado, afasta os decisionismos e prima pela concretização da Constituição. A *Sentença Liminar de Procedência*, neste ambiente, rompe com a ótica tradicional do processo civil, calcada na ordinarização do procedimento. Decisão esta, que deverá assegurar que as partes atuem decisivamente para a construção do provimento jurisdicional (resposta constitucionalmente adequada), garantindo acesso a uma ordem jurídica coerente, onde os contraditores problematizem a causa através de argumentos de princípio (DWORKIN), que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta reflita não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do Direito, ou seja, a concretização do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais em argumentos de princípio.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ARAGÃO SANTOS, Evaristo. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. In: **Anuário de produção Intelectual. Wambier & Arruda Alvim Wambier**. Curitiba: 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- _____. Verdade e significado. In: **STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS**. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- _____. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Curso de Processo Civil**. Volume I, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- BAUMAN, Zygmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Afinal: quem é o Estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: _____; **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz. Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____; **SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira**. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: **OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). Constituição e**

Processo: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado** / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto (et. al.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010-b.

_____. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível. Cautelar Inominada e Ação Coletiva de Consumo. Adulteração de Combustível.** Décima Câmara Cível, Relator Des. Paulo Roberto Lessa Franz, disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70049470412&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr>, acessado em 01/08/2014

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989,

_____. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.** RePro 5;130, 1977.

_____. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

_____. **Processo, ideologias e sociedade.** v. I. Tradução e notas de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Safe, 2008

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**, vol. I. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O problema da discricionariedade.** Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico e da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **O Actual problema metodológico da Interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito.** Lisboa: Piaget, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil,** Campinas: Bookseller, 2008.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado.** Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2002.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo.** São Paulo: Madras, 2004.

DE SOUZA, Artur César. **A parcialidade positiva do juiz.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: porque é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito).** 2008. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

_____. A tutela preventiva na concretização do Estado Democrático de Direito: a necessidade de desviar o Olhar do paradigma para atender aos novos direitos. In: **Jurisdição e Processo** volume III. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 3, janeiro/junho 2011.

- _____ ; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. In **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011, Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 21/04/2013
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1975.
- _____. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 3.ed. Roma: Laterza, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência**. Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994.
- FIZ, Owen . **Um novo processo Civil : estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade** / Owen Fiss ; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós ; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004
- FIX ZAMUDIO, Hector. **Constitución y proceso civil en Latinoamérica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974.
- GARCEZ NETTO, Martinho. A função do juiz na direção do processo. In: **PRÁTICA de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Belo Horizonte: Del Rio, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos
Exposição de motivos. In: **LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). Tutela coletiva 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006.
- GRINOVER, Ada Pelegrini, CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de e WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Processo Civil Constitucionalizado e Resposta Correta: O Modelo Democrático-Sumarizado de Processo na Sociedade Em Rede**, In: **XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE** - São Paulo-SP, p 148-169 disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c467978aaac44a0e>, acesso 05 de janeiro de 2015.

KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**, Milão: Giuffrè, 2003

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **MORAIS, José Luiz Bolzan de. O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas**, Revista de Processo, v. 153, nov. 2007.

_____. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. **O caráter interdital da tutela antecipada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à Justiça**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Reedição, Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito**. Revista eletrônica de direito processual - UERJ, v. 4, jul./dez. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Edição Especial – 2008**.

_____. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: **MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009,b .

_____. Processo constitucional contemporâneo. In: **THEODORO JR., Humberto et all (coord). Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais.** Rio de Janeiro: GZ, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constituicion.** 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

ROSA, Alexandre da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar.** Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, v. 8, n. 8, p. 101-111, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/417957934>> Acesso em: 06 fevereiro de 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

_____. Questões Relevantes da Prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: **Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate (REAJDD)**, v. 8, 2014, disponível em: <http://www.reajdd.com.br/artigos/ed8-4.pdf>, acesso em 19/03/2015

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa**

de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Anuário 2008, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 - a.

_____. A influência do Neoliberalismo sobre a Jurisdição. A difícil sintonia entre a eficiência e efetividade. **In: Jurisdição e Processo** – vol. III, Coord. Jeferson Dytz Marin. Curitiba: Juruá, 2009 –b

_____. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. **In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS** – N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A Paradoxal Face Hipermoderna do Processo Constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro**. Estudios Constitucionales. Chile, nº 2, 2010-b, p. 675-707.

_____. **Substancialização e efetividade do direito processual civil- a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Ed. Método, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **A Hermenêutica Jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: O caso das Súmulas**. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXXII, Universidade de Coimbra, 2006.

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, jan.-jun 2009.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2009.

_____. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In:

- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009-b
- _____. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- _____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TARUFFO, Michelle. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988
- _____. **Cultura e processo.** Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31-32.
- VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.
- VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Janeiro: Forense, 1984.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** Tradução Karin Praefke Aires Coutinho ; 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.