



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA

**AMPLIAÇÃO DOS PODERES JUDICIAIS NAS AÇÕES COLETIVAS: EM BUSCA DA
CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA**

**SÃO CRISTÓVÃO/SE
FEVEREIRO/2016**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA

**AMPLIAÇÃO DOS PODERES JUDICIAIS NAS AÇÕES COLETIVAS: EM BUSCA DA
CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Flávia Moreira Guimarães Pessoa

SÃO CRISTÓVÃO/SE
FEVEREIRO/2016



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

**AMPLIAÇÃO DOS PODERES JUDICIAIS NAS AÇÕES COLETIVAS: EM BUSCA DA
CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora:

Prof.^a Dr.^a **Flávia Moreira Guimarães Pessoa**
Orientadora

Prof. Dr. **Carlos Augusto Alcântara Machado**
1º Examinador

Prof. Dr. **Henrique Ribeiro Cardoso**
2º Examinador

Prof. Dr. **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**
3º Examinador

SÃO CRISTÓVÃO/SE
FEVEREIRO/2016

Eu dedico esse escrito às mulheres de minha vida: à minha querida mãe Vera Lúcia, à minha amada esposa Carolina e à minha doce filha Helena, por quem supero minhas imperfeições para oferecer-lhes o meu melhor, sempre inspirado em suas qualidades. Amo-as incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Sinto-me instado a louvar quem, verdadeiramente, proveu-me de forças, entusiasmo e resiliência imprescindíveis a esta jornada, como de resto a toda minha existência: ao Deus Todo-Poderoso.

À professora doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa pela confiança depositada em minha pessoa, aceitando me conduzir pelos meandros da pesquisa acadêmica, cujo exemplo servirá de farol para toda minha vida.

A minha família, em especial à sua porção feminina, representadas pelas doces Carolina (esposa) e Helena (filha). Não me sinto casado, mas encantado por essa mulher fascinante. À minha pequena, que nas suas cobranças diárias por atenção e brincadeiras, jamais me deixou esquecer o prazer indescritível de ser pai.

À fortaleza humana a quem chamo de mãe, Vera Lúcia, que me ensinou a importância de buscar a Deus em todas as coisas.

Meus pensamentos e ações são imantados por essas mulheres, numa ligação espiritual que excede qualquer explicação.

Ao meu irmão Vallerie, que mesmo à distância, me confortava com suas palavras e orações.

Ao meu pai Ailton, tenaz defensor do trabalho e do esforço pessoal como filosofia de vida, cujo legado me é inestimável.

Aos professores, colegas e servidores da UFS que participaram desta minha trajetória árdua pela busca do saber.

Ao amigo Fernando Lopes pelo incentivo e apoio.

Aos amigos e pessoas que acompanharam essa trajetória, por devotarem uma confiança capaz de produzir em mim o entusiasmo tão valioso em toda conquista.

“E Jesus lhes disse: (..) porque em verdade vos digo que, se tiverdes fé como um grão de mostarda, direis a este monte: Passa daqui para acolá, e há de passar; e nada vos será impossível.” (Mateus 17:20)

RESUMO

A presente dissertação objetiva demonstrar como a dilatação dos poderes instrutórios do julgador, no âmbito do processo coletivo, é um mecanismo adequado a densificar o acesso à ordem jurídica, qualificando-a pelos atributos da equidade e efetividade. Para dar sustentação a essa proposta, recorre-se aos aportes teóricos do Pós-positivismo como um paradigma promissor a adequada fundamentação judicial, por meio da argumentação jurídica, ao tempo em que se revela um instrumento de controle e aperfeiçoamento das decisões judiciais. Por outro lado, a proposta situa a tutela coletiva na segunda onda renovatória do processo civil, descrevendo os obstáculos extrajurídicos do acesso à jurisdição e analisa o postulado constitucional em sua dimensão material, apontando o risco de sua sacralização e seu impacto negativo sobre a tutela dos bens coletivos. O processo coletivo é alçado à condição de um ramo autônomo do processo civil, compondo um microsistema dotado de princípios singulares. Ao ingressar em sua análise descreve-se sua relevância social e política, tendo subjacente uma sociedade permeada por relações massificadas. Como referencial teórico a ampliação dos poderes instrutórios debruçou-se sobre os sistemas dispositivo e inquisitivo. Dessa polarização emerge uma discussão sobre o papel do Poder Judiciário. Propõe-se uma nova perspectiva de atuação judicial, mais dinâmica e inserida no ambiente social que o circunda, numa posição alinhada à visão publicista do processo. Neste contexto trabalha-se com um novo modelo processual, cooperativo, numa análise convergente com a tutela coletiva, realçando seu fundamento democrático e sua contribuição para a entrega de uma tutela jurisdicional justa e adequada. São descritos os poderes em espécie, realçando os paradigmas nas lides consumeristas e ambientais. O direito à prova foi submetido a uma leitura constitucional para embasar a sua inversão e modulação inspiradas na natureza dos bens jurídicos em disputa. A teoria da distribuição dinâmica é apresentada como reforço a atuação judicial em prol da efetividade das ações coletivas. São enfrentados os limites a este assomo, tendo como balizas os princípios constitucionais do processo. Diante destas premissas, apontam-se as perspectivas de atrair a sociedade civil organizada para que faça uso das ações coletivas, a partir do fortalecimento das funções judiciais vocacionadas a debelar as barreiras de acesso a essa tutela diferenciada.

Palavras-chave: Processo coletivo. Poderes instrutórios do juiz. Acesso à ordem jurídica justa. Pós-positivismo. Modelos processuais. Direito à prova.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate how the expansion of instructive powers of the judge, under the collective process, is an appropriate mechanism to densify access to the legal system, calling it the attributes of equity and effectiveness. To give support to this proposal, it is through the theoretical contributions of post-positivism as a promising paradigm proper legal foundation, through the legal argument at the time that it reveals an instrument of control and improvement of judicial decisions. On the other hand, the proposal places the collective protection in the second renewals wave of civil procedure, describing the extra-legal obstacles to access to jurisdiction and analyzes the constitutional postulate in its material dimension, pointing out the risk of its sacredness and its negative impact on the protection of collective goods. The collective process is raised to the status of an autonomous branch of the civil process, composing a microsystem endowed with natural principles. When entering your analysis describes its social and political relevance, underlying having a society permeated by massed relations. As a theoretical reference the expansion of instructive powers leaned over the device and inquisitorial systems. This polarization emerges a discussion of the role of the judiciary. We propose a new perspective of judicial action, more dynamic and embedded in the social environment that surrounds it, a position aligned with the publicist view of the process. In this context it works with a new process model, cooperative, a convergent analysis with collective protection, enhancing its democratic foundation and its contribution to the delivery of a fair and appropriate remedy. The powers are described in kind, highlighting the paradigms in consumeristas and environmental labors. The right to trial was submitted to a constitutional reading to support their investment and modulation inspired by the nature of the legal interests at stake. The theory of dynamic distribution is presented as strengthening the judicial action in favor of the effectiveness of collective action. They are faced limits to this outburst, with the goals of the constitutional process principles. Given these assumptions, the outlook point-of attracting organized civil society to make use of collective actions, from the strengthening of judicial functions aimed to eradicate the barriers of access to the differentiated protection.

Keywords: Collective Process. Instructive powers of the judge. Access to fair legal system. Postpositivism . Procedural models. Right to the test.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO DA CIÊNCIA JURÍDICA: UMA TENTATIVA DE FORMULAR TRAÇOS MARCANTES DE UM MODELO AINDA FUGIDIO.....	19
1.1 Considerações sobre um novo paradigma em consolidação.....	19
1.2 A insuficiência de seus pressupostos diante da complexidade da nova ordem social.....	20
1.3. As diversidades terminológicas, conceitual e sistêmica deste paradigma.....	29
1.4. Principais características distintivas do Pós-positivismo. Brevíssimas considerações.....	33
1.4.1 Superação do antagonismo entre o Direito e a Moral.....	35
1.4.2 O emprego da teoria da argumentação jurídica e a retomada da razão prática.....	40
1.5 Os aportes do Pós-positivismo como referencial jurídico a sustentar os avanços da tutela coletiva.....	52
2 O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO.....	57
2.1 O postulado constitucional de acesso à ordem jurídica e sua dimensão material: A busca da efetividade.....	57
2.1.2 O direito fundamental a uma ordem jurídica adequada, efetiva e justa.....	58
2.2 O segundo movimento de acesso à justiça e seu delineamento constitucional e legal.....	63
2.3 As ações coletivas e sua recepção pelo Poder Judiciário.....	71
2.3.1 Sua análise sob o ângulo da acessibilidade material e os seus obstáculos extrajurídicos.....	71
2.3.2 As barreiras ao acesso coletivo entre os legitimados no ordenamento brasileiro. Breve análise comparativa entre o Ministério Público e a sociedade civil organizada.....	80
2.4 A sacralização do princípio do acesso à ordem jurídica. O risco de esgotamento do sistema judicial e a banalização da cultura da litigiosidade.....	86
3 O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E SUA AUTONOMIA FRENTE AO MODELO CLÁSSICO.....	94
3.1 A posição dos direitos e interesses coletivos no ordenamento brasileiro e sua fundamentalidade. Por uma nova <i>summa divisio</i>	94
3.2 O direito processual coletivo e seu <i>status</i> perante a ciência processual. A sua colocação como um microsistema.....	98
3.3 Princípios típicos da tutela coletiva sob o influxo do formalismo-valorativo.....	106
3.4 Dos postulados do interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo e do ativismo judicial.....	110
3.5 A funcionalidade dos direitos fundamentais coletivos. Típica tutela diferenciada.....	117
3.6 Fundamentos metajurídicos para sustentação do processo coletivo como novo ramo do processo civil. Significação social e política das ações coletivas.....	121

	10
3.6.1 Da significação social da tutela coletiva.....	122
3.6.2 Da significação política das ações coletivas.....	124
3.7 O processo coletivo e acesso à ordem jurídica justa. Uma sociedade marcada por conflitos massificados.....	130
4 OS MODELOS PROCESSUAIS E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA.....	134
4.1 A posição da magistratura na atual modernidade.....	135
4.2 Engajamento do Estado-Juiz na tutela coletiva enquanto direito fundamental. A composição justa dos conflitos	142
4.3 O caráter publicista do processo como manifestação da emergência dos valores constitucionais.....	147
4.4 As dimensões dos poderes instrutórios judiciais sob a égide dos princípios dispositivo e inquisitivo. Aspectos controvertidos.....	152
4.5 A perspectiva do modelo cooperativo para o processo coletivo e o novo Código de Processo Civil.....	161
5 AMPLIAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NAS AÇÕES COLETIVAS.....	171
5.1 Os paradigmas já consolidados no plano coletivo. As dinâmicas probatórias nas lides consumeristas e ambientais.....	172
5.1.1 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.....	175
5.1.2 A atividade probatória nas lides ambientais.....	182
5.2 Os poderes judiciais em espécie e sua aplicabilidade aos processos coletivos.....	187
5.3 O direito à prova sob a perspectiva constitucional e sua correlação com o encargo probatório.....	201
5.4 A teoria da carga dinâmica da prova e sua projeção na tutela coletiva.....	206
5.5 Os indeclináveis controles aos poderes judiciais.....	216
5.6. Reflexos da expansão do poder judicial nas lides coletivas. Um novo alento para a sociedade civil organizada.....	222
CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	227
REFERÊNCIAS.....	231

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

Oliveira, Alex Maia Esmeraldo de
O49a Ampliação dos poderes judiciais nas ações coletivas : em busca da
concretização do acesso à ordem jurídica justa / Alex Maia Esmeraldo de
Oliveira ; orientadora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. - São Cristóvão,
2016.
247 f. : il.

Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe,
2016.

1. Ação coletiva. 2. Direito processual. 3. Prova (Direito). I. Pessoa,
Flávia Moreira Guimarães, orient. II. Título.

CDU 347.922

INTRODUÇÃO

O nosso sistema processual, notadamente o seu eixo legislativo fundamental que é o Código de Processo Civil, ainda rege-se pelo prisma individualista, fulcrado em paradigmas do Estado Liberal.

Com o despontar dos direitos transindividuais, originados a partir das controvérsias decorrentes dos conflitos de massa – graves ofensas aos bens ambientais, danos seriais ao consumidor, malversação de recursos estatais, ofensas ao patrimônio público, dentre outros fenômenos, produtos das relações sociais modernas marcados pelo caráter difuso –, nossa ordem constitucional passou a reconhecê-los como direitos fundamentais de 3ª dimensão (ênfase na solidariedade), dotados de eficácia plena e aplicação imediata.

Tem-se observado que a consagração de tais valores não bastou à sua desejada implementação pelos poderes estatais, em particular na atividade jurisdicional, cujo acesso à ordem jurídica justa para a tutela dos mesmos ainda, inegavelmente, não avança na mesma proporção da relevância social destes interesses para a comunidade, residindo nesta incongruência o interesse na presente investigação.

Por serem portadores de escolhas valorativas de nosso Constituinte originário, detentores da potencialidade de conquistas e mudanças sociais, tão caras ao nosso Estado Democrático de Direito, cujos alicerces são a fraternidade, solidariedade e justiça social, irradiam sua eficácia a toda a sociedade, validando comportamentos, ações, atos administrativos e servindo de vetor metodológico, exegético e aplicativo aos operadores do direito.

Por conseguinte, a sua envergadura, *per si*, justifica a presente investigação, cujos achados teóricos e repercussões no tecido social são de suma importância sob o prisma dos objetivos perseguidos pela atual ordem constitucional (art. 3º, da CF).

Para alcançar a almejada efetividade, conferindo-lhes um grau de otimização, defende-se a existência dum repertório de instrumentos processuais adequados à natureza de tais valores transindividuais.

Daí falar-se modernamente em tutela jurisdicional diferenciada, a que se pode mencionar os amplos poderes probatórios do juiz nas ações coletivas, objeto central deste escrito.

Essa faceta da tutela dos direitos supraindividuais insere-se no movimento de acesso à ordem jurídica justa, marcado pela deformalização do processo, no escopo de minimizar a

litigiosidade contida, assinalando a busca pela tutela jurisdicional pautada pela construção de mecanismos de proteção adequados à feição do direito material, às particularidades dos sujeitos envolvidos no conflito e prontos a oferecer exatamente o que o direito subjetivo reclama em favor de seu titular.

Dentre estes, na seara das ações coletivas, podem ser mencionados a abertura sistêmica no aspecto da legitimação autônoma para processo, alargando sobremaneira o acesso à jurisdição, a eficácia da coisa julgada *secundum eventum litis*, medida cautelar de indisponibilidade nas ações de improbidade fundada na tutela de evidência, o *fluid recovery*, dentre outras técnicas reveladoras da adaptabilidade do processo às vicissitudes dos interesses em disputa.

A par de tais inovações consentâneas com a relevância dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, emerge a necessidade de uma atuação judicial menos formalista, a altura do processo coletivo e de sua repercussão social franqueando ao magistrado amplos poderes probatórios, de forma a mitigar o princípio dispositivo.

O *status* constitucional dos direitos coletivos já indica uma metodologia e uma virada axiológica na abordagem do direito à prova, como decorrência do princípio de acesso à jurisdição, adequado às especificidades de tais matérias: bens dotados da indisponibilidade, imprescritíveis, titulares dispersos, indivisibilidade do objeto, envolvendo valores essenciais à convivência social.

Deveras, estamos diante de bens jurídicos notabilizados pela fortíssima carga de litigiosidade e impacto social, os quais repercutem sobre as finanças públicas nas lides de improbidade administrativa, o acesso a serviços de relevância como saúde e educação, ao gozo de um meio ambiente equilibrado, o acesso a bens e serviços ofertados pelo mercado em condições de contratação minimamente dignas e protetivas à dignidade da pessoa humana, como sucede nas relações consumeristas, na esteira de tantos outros direitos coletivos emergentes.

Diante da magnitude do tema, cujos objetivos perseguidos nesta dissertação se propõem a contribuir com o aperfeiçoamento da tutela coletiva, removendo alguns empecilhos ao seu acesso qualificado e a desejável efetividade, sem descurar o ganho advindo do aprimoramento das ações coletivas como elemento de forte significação social e instrumento vocacionado ao exercício da democracia participativa.

De outro tanto, demonstrou-se que as características ímpares dos bens difusos não se compatibilizam com a aplicação do modelo individual patrimonialista do processo civil clássico, sintetizado na clássica fórmula 'Tício *versus* Mévio'.

Por sua vez, se insinua em nosso sistema processual um arquétipo novo a propor a superação do modelo adversarial, pautado na participação ativa de todos os sujeitos da relação processual, sob a égide de uma matriz ética que busca equilibrar o protagonismo judicial com maior atuação das partes, inaugurando o modelo cooperativo, convergente com os postulados informativos da jurisdição coletiva.

A conflituosidade imanente aos direitos coletivos *lato sensu* impõe uma tutela jurisdicional diferenciada, numa atuação judicial refratária a aplicação autômata da lei, regida pela vetusta técnica da subsunção carregada do discurso positivista da coerência, justiça, com regras fechadas, soluções predefinidas, universais e quase infalíveis.

Ao reverso, terá que se valer de moderna hermenêutica constitucional e do seu paradigma filosófico (Pós-positivismo) para dar resolutividade a dilemas decisoriais que confrontam o Poder Judiciário, por meio de um procedimento pautado na racionalidade discursiva e argumentativa, deliberando uma opção política.

Diante da emergência dos direitos metaindividuais, este estudo propõe que o Poder Judiciário deva buscar um gerenciamento da fase probatória mais incisivo, participativo, avançando sobre a busca incessante de elementos de convicção capazes de municiá-lo a se pronunciar sobre matérias – carregadas pela interdisciplinaridade – complexas e de altíssima repercussão social, econômica, ambiental e sobre o erário.

Perfilha-se, como tentativa de resposta às barreiras erguidas à jurisdição coletiva, um ativismo judicial a se espriar no campo processual, dotando o julgador de condições de exercer a cognição e delibrar matérias eminentemente de apelo social de forma mais abalizada, efetiva, apartando-se da censurável figura do magistrado indiferente, numa assepsia ideológica, confortavelmente sustentado pelo princípio dispositivo norteador da atividade probatória do processo civil individual.

Tendo em consideração este cenário, organizou-se o trabalho em cinco capítulos.

O inaugural ocupou-se de traçar o referencial filosófico a amparar esse agigantamento das funções judiciais, notadamente no âmbito da tutela coletiva. Fez-se um delineamento da transição entre os dois grandes conjuntos de ideias que dominaram nos últimos tempos os debates

na ciência jurídica e influenciaram os ordenamentos ocidentais, a saber, Positivismo e Pós-positivismo.

Num primeiro instante evidenciou-se o esgotamento do manancial teórico do Positivismo frente a fortes dissensos morais, políticos e sociais da atual sociedade de risco globalizada.

Como decorrência natural do seu declínio apontou-se o Pós-positivismo como um promissor paradigma, especialmente diante dos denominados *hard cases*, para dar uma resposta aos dilemas e conflitos da modernidade, através da argumentação jurídica, como instrumento de controle e aperfeiçoamento das decisões judiciais, com suas pretensões de correção normativa, validade e coerência, de modo que o dito ativismo não descambe para subjetivismos.

Numa segunda etapa demonstrou-se a intensa imbricação da tutela coletiva com os postulados constitucionais do processo, em particular sua inserção na denominada segunda onda renovatória de acesso à justiça.

Louvando-se no trabalho seminal de Mauro Cappelletti, corroborado por investigações de fôlego da doutrina pátria, foram examinadas as contribuições da tutela de massa no alcance de um desejável acesso à ordem jurídica justa, dadas as vantagens de uma resposta unitária a conflitos de forte repercussão social, prevenindo a fragmentação de ações individuais que assoberbam os órgãos jurisdicionais, sem descurar o incentivo a uma maior atuação da sociedade civil organizada no controle de atos estatais.

A abordagem, já agora subsidiada nas contribuições sociológicas de Boaventura de Souza Santos, investiga os obstáculos estranhos a seara jurídica, com ênfase em barreiras sociais e culturais, realçando suas repercussões sobre as entidades representativas do terceiro setor, apontando os fatores de inibição a esta categoria de legitimados, perfilhando a mudança de paradigma judicial como uma resposta auspiciosa a este cenário.

No fechamento deste capítulo foram lançados questionamentos doutrinários acerca da compreensão, quase sacrossanta, do mandamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição, alvitando-se uma releitura com o escopo de conferir um acesso permeado pelos predicados da equidade e efetividade, ainda uma quimera diante da nossa atual conjuntura que dá mostras da sua incapacidade, até mesmo de assegurar o mero ingresso na sua dimensão formal.

O terceiro capítulo se debruça sobre as notas características do processo coletivo a amparar sua posição como um ramo do processo civil, dotado de princípios próprios, cuja gênese desta autonomia operacional radica-se na própria Lei Fundamental.

Para tanto, fez-se uma análise da conformação constitucional dos bens e direitos transindividuais, com o apontamento das suas balizas para uma superação do antigo cisma entre direito público e privado, de modo a delinear uma nova configuração onde impera a ordem pública constitucional com a supremacia da Lei Maior a catalisar todo o ordenamento com suas opções políticas e respectiva tábua de valores.

São apresentados os fundamentos que lhe outorgam, perante a ciência processual, a condição de microssistema informado por regras peculiares, afeiçoadas aos contornos dos bens e valores massificados. Enfrentou-se, outrossim, aspectos que refutam essa simbiose entre os diversos diplomas legais, acentuando-se que, sob a ótica do referencial filosófico e teórico, a codificação processual civil deve ser reputada como uma fonte residual tanto para eventuais lacunas como vetor hermenêutico.

Diante destas premissas, fiel a uma linha dogmática que propõe o afastamento da visão clássica do processo civil individual, demonstrou-se a caracterização do alargamento dos poderes instrutórios como típica manifestação de uma tutela diferenciada.

De outro tanto, destacaram-se dois princípios – interesse no conhecimento do mérito e ativismo judicial – imbrincados com o perfil instrutório do magistrado em presença de ações coletivas, autorizadores desse assomo de poderes que encontra campo fértil nestas lides, veiculadoras, por excelência, de pretensões envolvendo políticas públicas.

Desenvolveu-se, também, a dimensão social e política da tutela coletiva, tendo como substrato o cenário de uma sociedade multifacetada, pluralista e fomentadora de relações sociais e econômicas de larga reprodução, por conseguinte, gestando ofensas e riscos massificados. Esse desenho social impõe a adaptação dos institutos e dogmas processuais a novos arranjos, fortalecendo o microssistema coletivo como idôneo a ofertar respostas condizentes com os novos desafios decisoriais.

Partindo-se da dicotomia entre os dois grandes blocos que estruturam o processo civil – adversarial ou dispositivo em contraposição ao inquisitivo – o capítulo quarto descreve as projeções de ambos sobre as funções judiciais, alinhando-se a uma vertente mais publicista diante da opulência dos bens e direitos implicados nas ações coletivas.

Em seu âmago, se aninham duas tendências ideológicas acerca do perfil atribuído ao órgão judicial, filiando-se esse trabalho a uma proposta a esposar um engajamento social diante do forte impacto comunitário e político, tendo o Poder Judiciário a missão de primeiro garante dos direitos fundamentais abarcando, por evidente, aqueles de dimensão difusa e coletiva.

Aqui sobreleva a tensão axiológica e metodológica entre a visão privatista, consectária de um Estado Liberal, com os clássicos paradigmas da autonomia privada e da isonomia formal, transplantados para a relação jurídica processual modelaram a figura do juiz neutro, que permanece inerte no campo probatório em cega obediência ao princípio dispositivo, tendo no outro polo uma visão mais engajada da atuação judicial na tutela coletiva.

Este distanciamento, nas lides coletivas, é sintomático de uma indiferença às assimetrias reais entre as partes que litigam, relegadas a uma luta processual onde a hegemonia técnica, opulência financeira e social acabam por chancelar, com o selo do Estado por meio da jurisdição, a desigualdade real entre os litigantes (FLÁVIA, 2011, p. 106).

Ficou demonstrado que ambos os modelos convivem, ainda que de forma conturbada, em diversos sistemas processuais, oscilando a influência conforme a etapa do procedimento, descortinando qualquer pretensão maniqueísta que faça ode a um modelo puro.

Da confluência destes dois paradigmas exsurge uma terceira via, denominada de processo cooperativo, já tendo merecido a atenção e chancela das principais propostas de codificação e de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL nº 5.139/2009), tendo sido consagrado pelo Novo Código de Processo Civil.

Neste passo, o novo arquétipo é compatível com a iniciativa oficial probatória, bem como com os demais poderes instrutórios do magistrado, já agora em posição paritária com as partes e com seus representantes, numa proposição consentânea com o regime democrático.

No derradeiro capítulo são apresentados os poderes instrutórios do juiz nas ações coletivas, realçando as dinâmicas já consagradas nas lides consumeristas e diante de bens ambientais. Foram dissecados em espécie, ao tempo em que esse estudo contemplou os parâmetros do direito positivo e as inovações hauridas da jurisprudência.

Também foram destacados os aportes teóricos que redundaram em anteprojetos voltados ao aperfeiçoamento das ações coletivas por meio de um programa normativo centralizador.

Como ponto central deste estudo é analisado o direito à prova como aspecto culminante da instrução e decisivo, dentro do arco procedimental, para a promoção e efetividade dos direitos

coletivos. Partindo de sua leitura constitucional, distinguiram-se as hipóteses de inversão e modulação moldadas pela natureza do direito material controvertido.

Dentro desta linha de entendimento, aborda-se a teoria da carga dinâmica da prova como um instrumento a propiciar a máxima efetividade da tutela dos bens metaindividuais, conferindo ao juiz a possibilidade de dispor do *onus probandi* como mecanismo a alcançar uma prestação jurisdicional justa e efetiva, na esteira do referencial inaugurado pelo modelo cooperativo, rompendo com a teoria estática aferrada a um sistema processual de feição individual.

A teoria prestigia um tratamento mais paritário dentro da relação processual, abstraindo a posição das partes na lide, se atendo aos aspectos que conduzam o encargo probatório a quem esteja em melhores condições dele se desincumbir.

Por sua vez, como contraponto à defesa de uma postura mais comprometida da figura judicial enfrenta-se a indeclinável fixação de limites a esses poderes, ínsito a um regime republicano onde cada ator público deve vassalagem à Constituição.

Ultimando o capítulo são descritas as vantagens da proposta ora defendida em favor dos chamados corpos intermediários – sociedade civil organizada -, especialmente como fator a tornar mais atrativa a via judicial por meio da jurisdição coletiva, porquanto na experiência brasileira os legitimados sociais não ostentam o mesmo protagonismo de outros entes autorizados a atuar na defesa dos bens coletivos.

A linha de trabalho está alicerçada no método hipotético-dedutivo, posto que há o desenvolvimento de uma investigação no âmbito das ciências sociais, vez que os objetos sobre os quais recaem a pesquisa dizem respeito a sistemas teóricos.

Como todo trabalho que se propõe a um mergulho em correntes do pensamento jurídico díspares entre si, de modo algum se arvora a condição de panaceia dos questionamentos lançados, muito embora se volte a apresentar uma contribuição para melhor compreender e tratar a questão, lançando novos olhares sobre o fenômeno jurídico.

Explorou-se o problema apresentado tanto no enfoque teórico quanto prático, resgatando sempre as correntes e vozes divergentes, devidamente enfrentadas ao longo do texto.

Os instrumentos de investigação consistirão, basicamente, na análise de conteúdo, vale dizer, voltada para estudar as posições sobre o tema nos autores apontados na bibliografia, que incluirá doutrina pátria e estrangeira, cuja pesquisa estará centrada em obras de referência, bem como pesquisa documental sobre precedentes judiciais.

1 O PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO DA CIÊNCIA JURÍDICA. UMA TENTATIVA DE FORMULAR TRAÇOS MARCANTES DE UM MODELO AINDA FUGIDIO.

1.1 Considerações sobre um novo paradigma em consolidação

Na quadra atual do constitucionalismo desponta um conjunto, ainda disperso, de concepções teóricas reunidas sob o signo linguístico que se convencionou denominar de Pós-positivismo.

Cabe-nos o esforço de tentar delimitar o que pode ser entendido como tal, a partir do apontamento de atributos capazes de distingui-lo de outros paradigmas¹, mas de logo realçando o quão difícil é esta tarefa dada à pluralidade de posicionamentos (SARMENTO, 2011, pp. 75, 81 e 92) e às características atribuídas por diversos estudiosos do direito pátrio e alienígena.

Diante da pretensão de circunscrever este modelo, passaremos necessariamente pelo seu enquadramento sistêmico e conceituação.

Num segundo momento será empreendido um esforço de rastrear, com base no referencial teórico adotado neste trabalho, quais características fundamentais capazes de torná-lo inconfundível com outros paradigmas, especialmente o Positivismo que o antecedeu.

A temática foi motivada pela paradoxal circunstância de existir uma laboriosa produção literária aqui e alhures versando sobre o neoconstitucionalismo, que embora mantenha um vínculo visceral com o Pós-positivismo, mas em contrapartida esse é tratado *en passant*, ou quando muito é abordado sem maiores aprofundamentos, servindo apenas como um pano de fundo para aquele.

De modo algum esta reflexão escrita se arvora à condição de lançar bases definitivas para a identificação do que se possa compreender como Pós-positivismo e qual seu enquadramento na seara jurídica, muito menos afirmar, peremptoriamente, os seus aspectos ímpares em presença dos quais se poderia reconhecê-lo sem maiores indagações.

¹ O termo paradigma pode ser tomado no sentido empregado por Thomas Kuhn (1998, pp. 13) como contendo realizações acadêmicas ou científicas as quais fornecem problemas e soluções para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Adverte o autor para a possibilidade de coexistência de paradigmas. Neste cenário, nos parece relevante sob a ótica do tema em apreço, destacar as suas ponderações de que nesta convivência simultânea, embora um deles seja mais bem sucedido na resolução de alguns desafios, não implica onipotência para todos eles muito menos seja totalmente eficaz para um único problema ou fato com o qual é confrontado (*ibidem*, pp. 14, 15, 38 e 44).

Tal escopo seria utópico diante de uma observação apropriada a uma introdução, qual seja, trata-se de um conjunto de ideias e reflexões em construção (CRUZ; DUARTE, 2013, pp. 129/130, 178/179), e muito embora tenha se desenhado a partir da segunda metade do século XX, é um fenômeno novo, portanto, em processo de sedimentação, mas que dá mostras inequívocas (BARROSO, 2012, pp. 288/289) de ser o paradigma preponderante na ciência jurídica de nossos tempos e, por conseguinte, influencia decisivamente a produção, interpretação e aplicação do direito.

Por derradeiro, impõe-se um esclarecimento quanto à estruturação e enfrentamento do tema. Em se tratando de discorrer sobre este novel conjunto teórico, inegavelmente ter-se-á que falar sobre o seu antagonista, qual seja, Positivismo, o que será feito de passagem, apenas para realçar os aspectos divergentes entre ambos a interessar ao objeto desta dissertação.

Também seria censurável falar do tema e ignorar sua conexão com o neoconstitucionalismo, porém o faremos para diferenciá-lo do seu marco filosófico à medida que importar ao tema elegido.

1.2. A insuficiência dos pressupostos do Positivismo diante da complexidade da nova ordem social

Antes de adentrarmos no modelo pós-positivista que se apresenta como uma promissora resposta aos dilemas da atual quadra, parece incontornável abordar o arquétipo que o antecedeu, suas principais vertentes e características fundamentais, ainda que sem pretensões de aprofundamento.

Assim, procuramos relacioná-los de modo a evidenciar onde seus pressupostos se mostram incapazes de continuar a dar sustentação a ciência jurídica ante os desafios apresentados na modernidade.

Como ponto de partida é imperioso registrar a importância do Positivismo para a emancipação do Direito perante outras ciências sociais, o qual antes do século XIX era um mero apêndice.

Dita guinada deveu-se ao apego fundamentalista aos dogmas adotados então para se reconhecer um campo do saber como ciência: neutralidade, universalidade e objetividade, apesar

destes vetores já não gozarem do *status* de paradigmas do conhecimento na atualidade (CRUZ, DUARTE, 2013, pp. 35-38).

A sua superação, aqui apontada, de modo algum importa em seu ostracismo para a dogmática, passando a ter um mero valor histórico, pois sob sua égide foram erguidos alguns pilares e desenvolvido um instrumental teórico ainda caro ao Direito como o respeito à lei formal como parâmetro de segurança jurídica, a separação dos poderes, a busca por uma objetividade e imparcialidade tanto no método quanto na interpretação (PIRES, 2011, p. 36).

Destarte, seria mais adequado sustentar que o Pós-positivismo não surgiu de suas cinzas ou escombros, mas de degraus levantados pelo Positivismo em direção a novos patamares que este já não pode alcançar satisfatoriamente.

O Positivismo jurídico é uma das manifestações do Positivismo filosófico que se propõe, ao modo das ciências duras, abordar o direito como um fato, portanto se valendo de uma metodologia descritiva, exurgindo naturalmente o estudo de seu objeto: a norma.

Há um inequívoco repúdio a valorações – juízos – acerca do conteúdo das regras jurídicas, cuja validade decorreria do seu modo de criação, daí a ênfase no formalismo dando origem a uma corrente denominada de Positivismo metodológico ou clássico figurando como expoente maior Hans Kelsen, cuja obra mestra foi a Teoria Pura do Direito que lançou as bases desta nova era da ciência jurídica (MÖELLER, 2011, pp. 79-80).

Aqui já se pode apontar a sua primeira debilidade. A sociedade global permeada de inúmeros conflitos e interesses contrapostos (CARDOSO, 2010, pp. 66, 74-75), sedenta de aspirações emancipatórias, hauridas da consagração dos direitos fundamentais – ao menos no mundo ocidental – demanda a defesa de valores, de expectativas e providências imantadas por vetores de justiça, éticos e inclusão social.

Ora, estes aspectos são tangenciados quando se aplica o modelito positivista, dado que ao intérprete é vedada a busca da correção normativa – exame de legitimidade e justiça – bastando-lhe a análise da conformidade no aspecto formal.

Outra característica refere-se às fontes. Há nela uma nítida primazia dada à produção estatal, não se admitindo uma atividade criativa do exegeta, numa fetichização da lei a tal ponto que se esboça uma teoria da obediência absoluta condensada por Bobbio no aforisma *Gesetz ist Gesetz* (ALMEIDA, 2008, p. 203).

Essa linha positivista foi cunhada de ideológica e atribui-se a esta subserviência acrítica aos ditames da lei o alicerce legitimador de regimes totalitários, vez que no instante em que a validade da norma emerge de sua positivação, é subtraída qualquer discussão acerca da sua equidade, a norma transforma-se em instrumento ideológico – ainda que camuflado – a cancelar qualquer ordem estabelecida (BARROSO, 2013, p. 120).

Ainda é possível extrair outro atributo decorrente desta hegemonia legalista que vem a ser as concepções de completude e coerência do ordenamento (BOBBIO, 1995, p. 237). De fato, se a atividade judicial não pode inovar fazendo surgir um direito apartado da atividade legislativa, então é necessário aceitar estes dogmas, confiando no princípio universal do legislador racional.

Tais premissas são insustentáveis diante do constitucionalismo moderno, e mesmo antes de sua consolidação, pois que a dinâmica e complexidade das relações sociais, sempre mutáveis e céleres em suas manifestações jamais poderão ser alcançadas pela antevisão do legislador.

Diante da abertura semântica e da porosidade de institutos e valores alçados à condição de direitos fundamentais, *ad instar* da dignidade da pessoa humana, a introdução de técnicas legislativas por meio de conceitos jurídicos indeterminados – probidade, boa-fé – fica exponencialmente aumentada a discricionariedade judicial no momento de densificar um postulado constitucional ou mesmo um princípio geral do direito, e assim sucedendo desmorona estes pilares do Positivismo.

É certo que houve uma variação deste Positivismo na linha de Hart admitindo uma conformidade com princípios morais e valores substantivos. O autor ao invés de se valer da norma fundamental usa outra categoria de validade que é a regra de reconhecimento. Neste ato já é possível distinguir um Positivismo conceitual ou analítico, abrindo espaço para novas fontes de produção do direito (MÖELLER, 2011, pp. 84 e 89).

Outra singularidade deste corpo teórico diz respeito ao método da ciência jurídica, particularmente no que diz respeito a interpretação. Sustenta-se uma interpretação mecanicista que atua em nome da preservação do cânone de qualquer ciência que é a neutralidade. Essa concepção teve seu auge na Escola da Exegese, se notabilizando pela famosa frase de Montesquieu: “O juiz deveria ser meramente a boca da lei”.

A fragilidade deste entendimento esbarra na própria imprecisão da linguagem humana, o que por sua vez torna a metalinguagem jurídica inexoravelmente vaga, com uma textura aberta.

A técnica subsuntiva assenta-se na identificação do Direito com a norma, num automatismo por parte do seu aplicador. No campo processual surge o silogismo judicial com a menção à premissa maior (hipótese normativa), à premissa menor que são os fatos que se enquadram no enunciado linguístico e a síntese destas etapas que vem a ser uma aplicação avalorativa.

Neste passo fica patente a separação entre sujeito (intérprete) e objeto (norma) no processo cognoscitivo, num equívoco epistêmico diante da suposição de neutralidade, abstraindo o fato de que o sujeito do conhecimento jamais poderá ficar apartado deste processo, numa postura solipsista (STRECK, 2014a, pp. 328-329), pois também integra o processo hermenêutico carreando sua pré-compreensão – valores, ideologias, a tradição – ao ato interpretativo, formando um processo circular, intersubjetivo. (CRUZ; DUARTE, 2013, pp. 43 e 176).

Há uma armadilha moldada pela busca de uma objetividade – filosofia da consciência – que camufla escolhas políticas e ideológicas desnudada por uma mudança paradigmática que se convencionou chamar de virada kantiana, por meio da linguagem a qual passa ser o *medium*, condição de possibilidade e validade do conhecimento através da fusão de horizontes lingüísticos onde o intérprete também é um dos autores do resultado deste processo de compreensão.

No campo da Filosofia da Linguagem dá-se então a virada linguística-pragmática, na qual fica demonstrada que a racionalidade, notadamente no campo da justificação – universo jurídico – não está no método, com suas falsas pretensões de objetividade, neutralidade, mas sim na tarefa argumentativa e nos valores implicados neste ato, cujo tema será tratado amiúde no tópico 1.4.2 deste capítulo.

No campo do Direito esse novo paradigma da Filosofia da Linguagem oportunizou a edificação de teorias da justiça (Dworkin) e da argumentação (Habermas, Alexy) que resgata a hermenêutica como instrumental para alcançar resultados dotados de correção normativa: legitimidade e mais justiça.

A lógica dedutiva – silogismo – positivista é incapaz de resolver os dilemas decisórios envolvendo dissensos no campo político, ético e social, onde se parte do geral ao particular para dar uma solução ao conflito. Urge a legitimação da resposta judicial por meio da argumentação, da busca de uma justificação discursiva, por meio de acordos linguísticos, aplicados a um caso concreto onde há a inversão do primado da teoria, que dá lugar a preocupação com o agir movido por fins e valores, daí o epíteto de virada pragmática (ALMEIDA, 2008, pp. 195 e 197).

O tratamento do sistema jurídico como uma ordem hermética, autossuficiente, entra em rota de colisão com a tendência atual de abertura cognitiva do Direito a outros campos do saber, notadamente às ciências sociais, sorvendo os aportes advindos principalmente da filosofia e sociologia.

Aliado a esta constatação há o fenômeno da interdisciplinaridade que impele a aproximação com outras áreas antes imunes a uma normatização como meio ambiente, saúde, educação, assistência social, com a proliferação de microssistemas², rompendo a hegemonia dos códigos.

O direito como um produto cultural se vê confrontado na modernidade com uma comunidade global notabilizada pela profunda rapidez das trocas, informações, intensas alterações de padrões sociais e morais, de modo que a tradição formada por um conjunto relativamente estável, coerente, fechado e imóvel de outrora cede espaço a tempos líquidos (BAUMAN, 2001, pp. 8-10), com alta volatilidade.

Enfim, o caldo cultural tornou-se móvel, aberto, daí a necessidade de se caminhar para uma epistemologia da complexidade (CAMBI, 2010, pp. 56-58).

Neste turbilhão aflora no campo jurídico, após a Segunda Guerra, a centralidade da Constituição com sua onipresença, imantando todo o ordenamento, como epicentro axiológico dando forma a uma estrutura não mais piramidal sustentada pelos códigos (BARROSO, 2013, p. 216).

O Direito precisa se posicionar diante desta realidade e dos problemas daí advindos. Para tanto, necessita de um novo arsenal teórico que se mostre promissor a oferecer soluções, já agora sob um paradigma normativo aberto, se desgarrando cada vez mais dos ideais de certeza, infalibilidade e hermetismo próprios do Positivismo.

Em arremate a esse ponto, invocamos a precisa leitura feita por Cruz e Duarte (2013, pp. 122-123) ao asseverar que a postura atual não representa um abandono dos avanços do Positivismo – apontados linhas atrás – e sim de uma autêntica transição paradigmática no sentido kuhniano, em que o modelo vigente se apóia nas contribuições passadas como camadas superpostas.

² No Brasil se fortalecem legislações específicas em defesa de direitos fundamentais como a Lei do Meio Ambiente (Lei Federal 6931/1981), Lei Federal 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal no. 8078/90), Estatuto do Torcedor (Lei Federal 10.671/2003), Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal no. 9394/96), Estatuto do Idoso (Lei Federal no. 10.741/2003), Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal no. 12.288/10) dentre outras com especificidades quanto ao direito material e processual com *locus* privilegiado.

Essa discussão acerca da superação do Positivismo e a adoção de um novo modelo, embora passe longe de um ineditismo, justifica ainda sua análise no ambiente nacional, pois apesar do volume de críticas dirigidas aos seus métodos e pressupostos científicos ainda detém o predomínio sobre a *praxis* e continua influenciando decisivamente o mundo acadêmico brasileiro, sendo por demais pertinente insistir no seu enfrentamento como bem diagnosticou Cruz e Duarte

[...] ainda é comum vislumbrar por essas bandas uma grande parte de estudos acadêmicos fundados em simples deduções de textos legais. [...] a maioria de nossos aplicadores do Direito ainda opera como se o texto normativo e se a norma fossem, de fato, equivalentes. [...] a insistência por parte de muitos professores universitários em buscar conceitos fechados e *a priori*, supostamente imprescindíveis ao delineamento da aplicação complexa do Direito. [...] Poderíamos apelar, nesse mesmo sentido, para a quantidade de decisões judiciais fundamentadas em um simples silogismo do tipo *norma-fato-conclusão* (2013, p. 131).

Por dever de fidelidade intelectual, há que pontuar tentativas de reabilitar o Positivismo no ambiente acadêmico brasileiro (DIMOULIS, 2006, pp. 51 e 133), a ponto do jusfilósofo grego em comento ter atribuído o seu desprestígio a uma caricaturização do Positivismo *stricto sensu* que equivocadamente foi identificado com a Escola da Exegese.

Essa estaria ancorada na mitificação da lei olvidando contributos de modernas vertentes do Positivismo representado por pensadores³ do quilate de um Alf Ross e Herbert Hart que se afastam da ideia de completude do ordenamento e imperatividade das normas a conduzir a interpretação mecanicista do direito.

Em outra perspectiva, há que ser sublinhado o risco que surge com este novo modelo pós-positivista dada a gama sempre crescente de princípios, cujo deslumbre rapidamente deu causa a uma exacerbada invocação irrefletida destes elementos (SARMENTO, 2008, p. 144).

Por serem dotados de imensa plasticidade, franqueou manifestações decisórias calcados num subjetivismo onde o julgador se arvora em preencher o conteúdo aberto do princípio elegido como razão de decidir sem maiores argumentações, abandonando o dever de buscar racionalmente os fundamentos do seu convencimento, valendo-se do emprego do princípio como um recurso retórico, a que Streck (2014a, pp. 81, 419 e 420) muito bem cunhou de argumento performático.

³ Dentre eles Hans Kelsen, que já rompia, ainda que de forma velada, com o legalismo estrito ao trabalhar com noções operativas segundo as quais a norma era uma moldura, portanto, aberta a incontáveis sentidos interpretativos revelando que o ator jurídico tem um atuação contingenciada por fatores estranhos ao ordenamento.

É o condenável decisionismo tão combatido pelos detratores deste novo vetor hermenêutico, que apresentando-se como a adoção de uma técnica calcada na justiça e buscando dar um cariz de legitimidade a pronunciamentos judiciais onde o conflito se resolve com a simples menção ao princípio aplicado ao caso concreto, como se pudesse ser a panaceia para todas as lides, ocultando escolhas pessoais dissociadas de vetores constitucionais.

A par deste vício evidente, tal prática vulnera os mais mezesinhos valores de um Estado Democrático de Direito como bem acentuou Daniel Sarmento (2008, p. 144)

Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juizes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque toma o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juizes.

Mesmo a parcela da doutrina que aponta para tais distorções afasta, peremptoriamente, um retorno simplista ao modelo positivista em sua vertente da Escola da Exegese, que garantiria pretensões tão caras ao sistema jurídico como a segurança e previsibilidade das relações interpessoais.

A busca pelo automatismo haurido de uma legalidade estrita fundada na subsunção é rechaçada por um dos principais ideólogos das teorias discursivas do direito, Robert Alexy (2001, p. 17), que, em célebre passagem de sua Teoria da Argumentação Jurídica, elenca alguns motivos intransponíveis a essa reviravolta: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.”

Infere-se, então, o grau de dificuldade em buscar no Positivismo a justificação de sentenças judiciais, a tal ponto que é insustentável admitir que a afirmação normativa em um dado julgamento envolvendo uma questão legal se atenha a mera operação de adequação lógica derivada de formulações de normas válidas (ALEXY, 2001, p. 18).

Esses obstáculos de ordem técnico-jurídica se somam a uma outra consideração de ordem mais sociológica atinente à própria configuração da modernidade, permeada por uma sociedade multifacetada e plural, portanto, complexa (BECK, 2008, pp. 34, 86 e 95).

Ante a dimensão dessa complexidade, inevitavelmente o direito não consegue fixar todas as hipóteses, previamente, a regular a vida social, estando sempre a reboque dos fatos da vida numa comunidade global tão heterogênea que o sociólogo polonês Bauman denominou de líquida (2001, pp. 11 e 13).

Diante da necessária transição para este novo modelo metodológico para a ciência do direito, em particular quanto a fundamentação das decisões judiciais, há um gradual repúdio à fetichização da lei como uma entidade que dotada de positividade já pressuporia soluções justas, universais e inquestionáveis.

Ora, na linha do presente trabalho, o Pós-positivismo oferta um manancial teórico capaz de se desvencilhar destas amarras, transpondo-o para a o processo civil, mais particularmente no campo probatório, permite ao julgador lançar mão de recursos hermenêuticos idôneos a proteger escolhas políticas albergadas na Carta Federal, notadamente os direitos fundamentais perseguidos por meio da jurisdição (ALMEIDA, 2008, pp. 283-287).

Dentre estes valores caros à sociedade sobreleva o acesso à ordem jurídica justa, tendo como um dos pilares modernos o processo coletivo, que será tratado como mais vagar no segundo capítulo desta dissertação.

É justamente em seu âmbito que emerge uma necessária ampliação dos poderes instrutórios do juiz, pois se defronta com interesses relevantíssimos à coletividade, porém despido de regras processuais consentâneas com este grave mister, encontrará na normatividade aos princípios, na argumentação jurídica, na virada linguístico-pragmática e na supremacia da Constituição vetores capazes de municiá-lo nesta tarefa de efetivar direitos transindividuais (GAVRONSKI, 2010, pp. 56 e 58).

Esses avanços na ciência jurídica advindos do Pós-positivismo são propostas de superação dos dilemas apresentados no mundo moderno recheado de interesses díspares e por vezes antagônicos no seio da comunidade política, os quais precisam conviver e serem contemplados em maior ou menor medida diante da respectiva conjuntura (CAMBI, 2010, p. 55 e 56).

Urge advertir que para não incorrer no voluntarismo judicial deve-se prestigiar a dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito (ALMEIDA, 2012, p. 45), conferindo racionalidade e controle pelo jurisdicionado e pela própria sociedade ambientada em uma democracia.

Essa ênfase na justificação racional dos atos judiciais, permitindo maior objetividade e sindicabilidade frente a signos linguísticos plurívocos e princípios de alta volatilidade semântica, foi albergada no novo Código de Processo Civil no art. 489, § 1º, que taxativamente acoimou de desfundamentado todo e qualquer provimento que usasse de jargões grandiloquentes e de uma retórica inflamada (SARMENTO, 2008, p. 81).

A inovação legislativa intenta inibir o emprego de postulados e conceitos jurídicos abertos sem enfrentamento dos pressupostos fáticos e jurídicos da causa, ou quando pior apenas parafraseando dizeres legais ou constitucionais como verdadeiros toques mágicos ou divinos a dispensar fundamentação e convencimento dos demais sujeitos processuais.

Essa ampla latitude decisória que desemboca aqui e acolá numa banalização dos princípios constitucionais, por vezes com sacrifício de regras claras aplicáveis ao conflito, não faz parte do ideário pós-positivista, mas é por ele oportunizado, tanto que o Pós-positivismo não visa à desconstrução da ordem jurídica, repúdio ao direito posto, mas superação do conhecimento jurídico convencional com base nas ideias de justiça e legitimidade, comumente aninhadas em princípios constitucionais como a síntese dos valores mais sagrados a uma dada sociedade (ALMEIDA, 2012, p. 45).

Aqui notabiliza-se uma guinada – que defende sua ampla aplicação nas ações coletivas – metodológica pós-positivista ao reabilitar a hermenêutica por meio do binômio interpretação-concretização em oposição a técnica clássica da interpretação-subsunção (BONAVIDES, 2004, p. 592).

Neste contexto, o processo coletivo irá se beneficiar destes aportes metodológicos extraídos do Pós-positivismo para enriquecer sua função primordial de efetivar o acesso à ordem jurídica, empregando técnicas argumentativas para sublimar a ausência de normas processuais – notadamente no campo probatório – predispostas a tutelar eficazmente bens coletivos por meio da jurisdição, dando-lhe concreção.

Não meramente abrindo as portas ao jurisdicionado, mas consagrando instrumentos processuais capazes de alcançar resultados efetivos e equânimes, apondo, enfim, ao postulado esse atributo de acesso a um sistema jurisdicional justo.

1.3. As diversidades terminológica, conceitual e sistêmica deste novo paradigma

O primeiro aspecto que chama a atenção diz respeito à ausência de consenso quanto ao emprego linguístico que condensa esta corrente teórica.

É certo que há uma predileção nas obras (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 171; ALMEIDA, 2008, p. 210) que tratam ou tangenciam o tema pela nomenclatura pós-positivismo.

Há doutrinadores (CAMBI, 2010, p. 78) que têm optado pela expressão neopositivismo, alguns (MÖLLER, 2011, 27) buscam uma assimilação com o neoconstitucionalismo, enquanto outros tantos optaram pelo prefixo “pós” face a sua maior precisão terminológica, já que se trata de um modelo que busca ultrapassar dogmas do Positivismo, sem necessariamente repudiar o direito positivado, numa clara intenção de avanço em relação ao receituário precedente.

Neste particular é expressiva a opção feita por Cambi (2010, pp. 78 e 83) ao introduzir o tema elegendo a expressão neopositivismo, amparando-se em Barroso⁴, sem maior apuro técnico, mas no decorrer de sua elogiosa monografia, incontestavelmente, discorre sobre o tema infligindo duras críticas ao arquétipo que o precedeu, qual seja, o Positivismo.

Ora, o prefixo “neo” indica um reavivamento de uma concepção da ciência jurídica, agora sob nova roupagem, mantendo, entretanto, seus pilares fundamentais. Curiosamente quem lançou ou lança mão deste neologismo, a rigor, ao abordar o tema o fez e faz discorrendo sobre um modelo que repudia os pressupostos metodológicos do Positivismo.

Neste ponto nos arriscamos em asseverar que a expressão pós⁵-positivismo se mostra mais adequada ao seu repertório de ideias, que numa apertada síntese, se propõem a uma abertura sistêmica – de cunho cognitivo (CRUZ, DUARTE, 2013, p. 33) – do direito a outros campos do saber, reconstruindo uma ligação com a Moral, molde a conferir um selo de legitimidade às fontes produtoras do direito, bases essas nitidamente conflitantes com as do Positivismo, daí a impertinência do uso da expressão neopositivismo a sugerir o soerguimento de um velho modelo sob novas vestes.

⁴ Veremos no decorrer do presente trabalho que o posicionamento mais atual (BARROSO, 2013, pp. 120 e seg.) do prestigiado publicista é no sentido de utilizar a locução Pós-positivismo, circunstância essa já percebida em muitos outros trabalhos anteriores.

⁵ A globalização disseminou estes neologismos, se harmonizando com suas características marcantes responsáveis pela reconstrução da noção de tempo e espaço sociais, culturais e econômicos, de um mundo acelerado onde a cada instante surgem novidades efêmeras. Aqui é pertinente a sarcástica observação de Barroso (2001, p. 2) acerca da moderna obsessão pelo “neo” e “pós”, onde acentua que o “efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.”

Cumpra registrar, noutra vertente, a existência de um movimento (ALMEIDA, 2008, pp. 208 e 209) intitulado de neopositivismo, surgido no início da década de 60 do século vencido, já aqui invocado para refutar o direito natural. No entanto, seu arcabouço teórico acaba por se aproximar, contraditoriamente, de uma fundamentação jusnaturalista, recebendo críticas (ALMEIDA, 2008, pp. 209 e 210) quanto à insustentabilidade de seus pressupostos.

Para arrematar essa discussão terminológica tomamos de empréstimo as colocações de Dimoulis (2006, p. 51) ao indicar que o Positivismo se desenvolveu e ainda produz trabalhos em paralelo a outros modelos sociais cognitivos – inclusive enquadrados como pós-positivistas – com o que nos parece exata a ponderação de Cruz e Duarte (2013, pp 121-122)

[...] o prefixo “pós” entendemos não ser necessário interpretá-lo como algo que indique apenas uma sucessão cronológica. Ninguém duvida, para ficarmos em um exemplo, que algumas das principais obras de Dworkin, principalmente as mais corriqueiramente referenciadas no Brasil, surgiram na década de 1960, vinte anos antes de algumas teses de Raz [...] a superação do positivismo só pode ser superação no sentido positivo, ou seja, crítica e ao mesmo tempo incorporação de seus avanços.

Outro ponto merecedor de atenção é a variedade de noções e referências feitas ao Pós-positivismo, posicionando-o ora como uma consequência do constitucionalismo contemporâneo ora como um fenômeno deflagrado fora do Direito.

Existe uma ligeira confusão entre neoconstitucionalismo e o arquétipo teórico ora debatido no sentido do primeiro abarcar o Pós-positivismo ou este apresentar-se como uma manifestação daquele.

Há doutrinadores, o caso de Lenio Luiz Streck (2011, p. 10), que vislumbram no Pós-positivismo uma nova fase do constitucionalismo do pós-guerra.

Nesta linha de inserção de um no outro, colhe-se o magistério de Cambi (2010, p.79)⁶, que lastreando-se em Barroso, concebe este modelo com uma decorrência filosófica do neoconstitucionalismo.

É indubitável que as Constituições, no presente momento histórico, passaram ao epicentro do sistema jurídico, e por ilação o direito constitucional com as inovações hauridas deste novo panorama dogmático, em particular com uma renovada hermenêutica alicerçada no

princípio da unidade e supremacia da *Lex Legum*, imanta toda a legislação, além de impor vetores axiológicos ao aplicador do direito.

Referida constatação, no entanto, é incapaz de confinar o Pós-positivismo a mero efeito provocado pelo advento do neoconstitucionalismo.

Para dimensionar melhor esta autonomia entre ambos, tome-se de empréstimo as ponderações de Streck (2014a, pp. 45-57) que, em sua obra *Verdade e Consenso*, fez questão de ressaltar sua filiação aos ditames deste conjunto ainda difuso de correntes e ideias sob o signo de Pós-positivismo, mas enfatizou ser contrário ao ideário do neoconstitucionalismo, notadamente a sua perfilhação às teorias argumentativas – substancialmente o critério da ponderação alvitado por Alexy – como instrumento para fazer frente a indeterminabilidade do direito e dar resolutividade aos *hard cases*, em virtude de sua vulnerabilidade a soluções voluntaristas (subjetivas) na aplicação do direito.

O publicista em comento censura, de forma subliminar, a falta de clareza do que se possa entender por neoconstitucionalismo, apontando duas acepções: uma voltada ao fenômeno da redemocratização tardia de alguns países ocidentais de formação jurídica romano-germânica⁸, outra o enquadra como produção jurídica a partir do segundo pós-guerra em oposição ao modelo vigente professado pelo Positivismo, marcadamente quanto aos métodos de interpretação e aplicação (STRECK, 2011, p. 10).

Diante desta dicotomia, o celebrado jurista vislumbra mais um motivo para se desvincular da linha dogmática intitulada de neoconstitucionalismo.

Neste ponto parece mais pertinente situar o Pós-positivismo como uma construção decorrente de posições difusas hauridas, principalmente, na filosofia política e na sociologia, tendo como denominador comum a reflexão e construção do pensamento voltados a compreender e precaver-se da barbárie vivida pela humanidade durante a Segunda Grande Guerra.

⁷ Esta locução é comumente empregada por Ronald Dworkin (2002, pp. 49 e 127) em oposição a *easy cases* (casos fáceis), denotando aqueles dissensos em que a regra de direito não se subsumi claramente ao fato. Contudo é possível concebê-la de forma mais ampla para as lides de complexa resolução seja porque i) não há uma única resposta correta, de constatação direta e objetiva; ii) as formulações normativas são ambíguas e/ou os conceitos que expressam são vagos, indeterminados ou abertos, bem como contém cláusulas gerais; iii) o direito é incompleto ou inconsistente; iv) o caso não é rotineiro ou de aplicação mecânica da lei, exigindo criatividade do intérprete; v) não há consenso na comunidade jurídica sobre a melhor solução para o caso; vi) requer raciocínio jurídico baseado em juízos de ponderação, não sendo suficientes meros argumentos dedutivos; vi) a solução envolve juízos éticos ou morais (CAMBI, 2010, p. 273).

⁸ Casos do Brasil, Argentina, Colômbia, Equador, países do leste europeu, dentre outros.

A partir daí surgiram inúmeras proposições para fortalecer a democracia – ao menos nos países ocidentais – e no campo jurídico percebeu-se que o Direito não poderia ficar acéfalo do ponto de vista axiológico, necessitando de um enriquecimento moral em seu processo de criação e aplicação.

Face a esta perspectiva transparece a preocupação com a valorização da dignidade da pessoa humana, reconhecimento e efetividade de direitos fundamentais, dentre outras reivindicações emancipatórias, aspectos estes que têm interesse também na esfera política, econômica, social e igualmente estava a merecer uma regulação inclusiva e protetiva pelo direito.

Ora, como tais matérias têm ramificações não apenas para a dogmática jurídica, evidente que foram objeto de estudo e análise por outras ciências sociais, cujos aportes teóricos serviram de alicerce para edificação do neoconstitucionalismo.

Então soa mais acertada a posição de Barroso (2008, p. 208) em situar o Pós-positivismo como um ponto para onde convergiram grandes correntes do pensamento – não necessariamente composta apenas de juristas –, a ofertarem um manancial teórico que dá substrato ao direito para enfrentar os dilemas da modernidade, especialmente naquele instante histórico do pós-guerra onde se fazia emergente elaborar, contemplar e efetivar direitos inalienáveis e fundamentais do ser humano.

Neste prisma conclui-se com a colocação sistêmica do Pós-positivismo como verdadeiro marco filosófico de um direito constitucional que emergiu de um período marcado pelo desprezo à figura humana, sob os auspícios de um modelo positivista que deu sustentação a regimes totalitários, marco este que pavimentou o caminho para um novo paradigma capaz de reabilitar a moral perante a dogmática jurídica.

A essa altura é preciso pontuar, louvando-se novamente nas ponderações de Barroso (2013, p. 121), que o Pós-positivismo não prega um desprezo ao direito posto, o que seria um retrocesso à dignidade científica alcançada pelo direito como uma conquista empreendida pelo Positivismo.

Daí que afirmações no sentido de superação do referencial teórico anterior podem soar extremadas, sendo mais apropriado mencionar uma sublimação a um modelo rígido e puro, para abraçar uma pluralidade de ideias congregadas sob o signo pós-positivismo.

Numa palavra, o Pós-positivismo se ergue, de certa forma, não sobre os escombros do seu antecessor, mas seguramente sobre alicerces teóricos ainda válidos em certos aspectos, a

exemplo da imprescindibilidade da norma jurídica, sua positivação, como ponto de partida para os atores jurídicos elaborarem respostas aos conflitos emergentes, pois atende princípios gerais do direito muito caros à sociedade como a segurança e a previsibilidade das relações sociais.

Neste particular é oportuno reproduzir as palavras do aludido constitucionalista (BARROSO, 2008, p. 240), que sintetizou esta transição de um modelo a outro ao asseverar que

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Em arremate, este novo modelo que vai se firmando na dogmática jurídica, a rigor, só é possível se apresentar como uma inovação para debelar os dilemas da contemporaneidade justamente porque quem o antecedeu pavimentou um caminho teórico a permitir essa transição.

Como reafirmado linhas atrás, não poderá de modo algum ser descartado. Em suma, o prefixo “pós” deve ser tomado no sentido de respeitar certos dogmas positivistas, afastando-se dele naquilo que se mostrar incompatível com os desafios de um mundo globalizado.

1.4. Principais características distintivas do Pós-positivismo. Brevíssimas considerações

Consoante já constatado o Pós-positivismo é uma expressão equívoca podendo abarcar inúmeros significados, especialmente pela amplitude conceitual e pelas diversas ideias que se abrigam sob ele.

Assim como é tormentoso buscar uma precisão terminológica para esta etiqueta conceitual, de igual modo percorremos um terreno pantanoso ao elencar os atributos idôneos a identificar esse fenômeno.

Há uma profusão de características que por mais das vezes confunde as transformações operadas pelo neoconstitucionalismo com os elementos próprios do Pós-positivismo como seu sustentáculo filosófico (PIRES, 2011, p. 30)

Para ilustrar a colocação encontramos doutrinadores (CAMBI, 2010, pp. 97-118) que se debruçam sobre os atributos do Pós-positivismo com sua correlata manifestação na seara jurídica tratando-os indistintamente.

É indubitável que se trata de um referencial filosófico (SARMENTO, 2011, p. 89), portanto, deve-se pinçar seus aspectos principais apartando-os, na medida do possível, de institutos jurídicos e suas derivações.

Numa palavra evitar a armadilha de fazer uma análise com o olhar estritamente jurídico.

Neste diapasão apresentam-se como autênticos axiomas deste novo paradigma os seguintes elementos: 1) reaproximação do Direito com a Moral; 2) adoção da argumentação jurídica e reabilitação da razão prática.

Além destes, são apontados como atributos a superação ao legalismo e ao silogismo judicial, a expansão da jurisdição constitucional, o ativismo (decisionismo) por parte do Poder Judiciário, consolidação de uma teoria dos direitos fundamentais, dentre outros tantos de menor referência, mas que ao nosso sentir devem ser refutados pois merecem um estudo adequado pelo constitucionalismo moderno que é o seu *locus* adequado ou porque escapam a uma abordagem estritamente filosófica tendo um maior peso jurídico.

Os estudiosos do Direito têm enfrentado o tema como introito ilustrativo da guinada epistemológica que o direito constitucional vivencia, em particular para servir de fio condutor a dar fundamento para os principais avanços atrelados ao neoconstitucionalismo.

Dentre eles, a nova hermenêutica constitucional, lastreada na normatividade dos princípios e na sua capacidade de resolução dos *hard cases*, a adoção das teorias da argumentação jurídica – especialmente para edificação de uma teoria da decisão judicial a exemplo de Robert Alexy (2008, pp. 91-141) em seu trabalho sobre os direitos fundamentais – e o enfoque da aplicabilidade do direito sob a lente da razão prática.

Neste passo é interessante, antes de adentrarmos em cada uma das suas características, traçar de forma concisa essa transição de modelos filosóficos que culminaram no Pós-positivismo.

Para tanto invocamos o magistério de Cambi (2010, p. 78) ao descrever os fatores decisivos a abrir caminho para a consolidação deste novo referencial para a ciência jurídica.

Destacam-se os seguintes eventos: 1) declínio da Escola da Exegese e o surgimento de um novo método de compreender o ordenamento tendo como elemento unificador – princípio da unidade – no aspecto normativo e axiológico a Carta Constitucional, que passa a realizar uma filtragem de todo o sistema; 2) força normativa da Constituição, se apartando do modelo de um Estado Liberal que a relegava a uma releitura de intenções, transmutada em elemento

juridicamente vinculante e impositivo aos entes governamentais, privados e aos particulares; 3) natureza contratual do Estado, que a partir do Iluminismo deixou de ser considerado um fato natural, impondo uma racionalidade na concepção do Direito, se desgarrando de fundamentos supralegais de cunho metafísico e até religioso, implantando de vez perspectiva laica de sua justificação.

1.4.1 Superação do antagonismo entre o direito e a moral

A escolha deste aspecto como o primeiro a ser enfrentado não se deu ao acaso.

Trata-se de ponto pacífico entre os doutos (ALEXY, 1993, pp. 41 e 56) que é através desta reconexão entre ambos os sistemas que se edifica uma ponte capaz de dar fôlego teórico aos avanços do constitucionalismo moderno que se vê defrontado com uma sociedade plural⁹, multiculturalista, composta de grupos e segmentos titularizando pretensões e direitos, por vezes contrapostos, levando até o Poder Judiciário controvérsias jurídicas com forte apelo ético, social, econômico e político.

Este cenário conflituoso, marca dessa sociedade de risco global, tão bem captada por Ulrich Beck (1998, pp. 91-101), demanda dos operadores do Direito soluções que, seguramente, não podem ser alcançadas valendo-se dos dogmas positivistas do primado da lei, do princípio do legislador racional e da subsunção como método interpretativo e aplicativo.

Justamente neste ponto avulta a precariedade deste modelo hermético, insuficiente a dar resolutividade a dilemas decisoriais, *ad exemplum* da interrupção da gestação *versus* anencefalia¹⁰, casamento homoafetivo¹¹, constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa¹², possibilidade de pesquisa com células-tronco¹³.

⁹ Exemplo marcante disto é nossa Constituição da República de 1988. Ela é formatada como uma verdadeira “colcha de retalhos”. Isto porque instituiu uma solução de consenso para contemplar ideologias, valores, diretrizes encabeçadas por categorias e segmentos estranhos entre si e até antagonísticos na aparência, além evidentemente de abarcar pretensões protetivas às minorias. Eis a explicação para o texto constitucional, p. ex. albergar o direito individual de propriedade no rol dos direitos fundamentais do art. 5º, de cunho nitidamente liberal, ao tempo em que noutra passagem cunhou a sua função social como princípio norteador das relações econômicas. Isto ilustra o desenho de uma sociedade pós-moderna não como um conjunto coerente, fechado e imóvel de conteúdos e relações, ao reverso, trata-se de uma rede móvel, variável e aberta, em contínua transformação, na qual certos valores, não coerentes e em conflito, podem combinar-se e fundir-se num complexo processo de mudança.

¹⁰ ADPF 54/DF.

¹¹ ADPF 132/RJ, julgado em 26/11/2008 e ADI 4277, julgado em 05/05/2011 pelo Pleno, ambos relatados pelo Ministro Ayres Britto.

Deveras, basta uma mera passada de olhos na pauta de julgamento do Guardião da Constituição na última década para confirmarmos a existência de conflitos que escapam ao referencial formalista de enfrentamento das questões jurídicas e a premência em avançar sobre matérias de cunho político, filosófico e até científico para dar uma resposta à sociedade diante do impasse produzido.

Daí a incontornável necessidade do Direito se mostrar aberto a aportes teóricos de outros sistemas e saberes, permitindo a interdisciplinaridade como ferramenta para subsidiar a edificação de soluções democráticas e racionalmente verificáveis.

Nesta abertura epistemológica (PIRES, 2011, p. 32) ocorre a reaproximação com a moral, cuja separação absoluta vicejou no Positivismo em nome de uma busca por um *status* científico ao direito cujo padrão impunha uma neutralidade em relação aos juízos axiológicos ou políticos para se compreender a norma.

Em decorrência da adoção do modelo pós-positivista há um arrefecimento da clássica dicotomia entre o ser e o dever-ser, ou seja, entre a esfera descritiva e a prescritiva (SARMENTO, 2011, p. 83).

Isso se dá pela peculiaridade do enriquecimento do conteúdo dos programas normativos, em particular no âmbito das Constituições, os quais passam a ser impregnados de valores inseridos no ordenamento por meio de princípios, impelindo os atores jurídicos a realizar de forma mais habitual juízos de valor acerca da essência da regra legal, apartando-se, naturalmente, do mero exame de conformidade do fato à norma sem maiores valorações.

Há um renovado interesse e atenção da ciência do direito pela hermenêutica outrora confinada ao silogismo e à legalidade estrita da matriz teórica anterior.

Esse interesse se mostra de fundamental importância para se alcançar a solução mais equânime aos conflitos mais controvertidos, também denominados de casos difíceis onde há um dissenso moral razoável subjacente à relação jurídica.

Neste sentido, há um movimento da ciência jurídica em direção a outros sistemas, mas sempre respeitados os lindes de cada um deles, sendo forçoso sublinhar que

[...] as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas a fronteira entre os dois

¹² ADCs 29, 30/DF e ADI 4578, julgados pelo Tribunal Pleno em 16/02/2012, figurando como relator o Ministro Luiz Fux.

¹³ ADI 3510/DF, julgado em 16/03/2007, relatado pelo Ministro Ayres Britto.

domínios torna-se muito mais porosa na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério” (SARMENTO, 2011, p. 83)

Essa aproximação – denominada de virada kantiana (PIRES, 2011, p. 32) – precisa ser bem esclarecida, porquanto é possível distinguir duas posições acadêmicas a respeito: uma mais intensa e outra buscando preservar o domínio do Direito tanto no aspecto da metodologia quanto na sua função epistêmica.

A primeira delas esposada por Dworkin (VIDAL, 1999, pp. 268, 270 e 285) e notadamente Alexy (1993, pp. 41 e 56; 2008, pp. 144-153) propõe uma íntima conexão entre os princípios – sistema jurídico ou universo do dever-ser – e valores – a moral enquanto nível axiológico – como face da mesma moeda

Sustenta-se tal posição pela moderna feição das Constituições democráticas que repudiam uma ordenação axiologicamente neutra, de maneira a se afirmarem como portadoras de uma verdadeira ordem de valores (ALEXY, 2008, p. 154) comumente representadas pelo catálogo dos direitos fundamentais.

Ressai desta vertente o desenvolvimento da jurisprudência dos valores (STRECK, 2014a, p. 80) onde ambos – princípios e valores – encontram-se visceralmente ligados, tanto que permitem ponderação e realização gradual conforme os pressupostos fáticos e jurídicos (ALEXY, 2008, p. 144).

Tal perfilhamento não passou incólume às críticas, enfrentadas pelo próprio autor (2008, pp. 153-176), endereçadas sobremaneira ao risco no resultado do sopesamento, o qual ao fim e ao cabo deixariam as normas de direitos fundamentais à mercê do intérprete da Constituição, que segundo o momento histórico, social e político poderia levar a um desprestígio ou supervalorização de um vetor axiológico erigido pelo Constituinte.

Dito inconveniente, por sua vez, oportunizaria um alto grau de discricionariedade do ato interpretativo maculando um dos escopos do direito que é justamente conferir certo grau de segurança, estabilidade e previsibilidade.

A segunda posição, como dito mais restritiva, concebe essa relação entre ambos os sistemas por meio de uma complementariedade.

Fruto do pensamento de Habermas e Luhmann, buscam preservar mais o Direito deste contato, sem negá-lo, evitando que o modo de atuação daquele perca suas especificidades diante da fluidez própria da Moral.

Essa interação, por evidente, se mal conduzida pode acarretar desvios, pois afinal a penetração no discurso jurídico de padrões morais – sejam eles históricos, sociais, econômicos –, portanto contingentes, particulares, pode redundar na supremacia ou imposição de interesses de determinado segmento social sobre outros, algo inadmissível num Estado Democrático de Direito (PIRES, 2011, p. 44).

Propõe-se, então, um fechamento operacional do Direito em relação aos demais sistemas, ao tempo em que há um reconhecimento da necessária abertura cognitiva daquele (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 33) a outros, e no que pertine a Moral esse ponto de contato se justifica diante da busca de um salto qualitativo na moldura legal perpassando pela sua legitimidade e justiça, enfim, na pretensão da correção normativa (CRUZ; DUARTE, 2013, pp. 29 e 32).

A posição mais contida entende que o Direito ficaria infenso à lógica que dita as regras morais, mantendo sua dinâmica interna, forma de produção e compreensão sem uma causalidade externa, apenas tolerando estímulos do seu entorno – daí a concepção de Luhmann ser intitulada como autopoietica (ALMEIDA, 2008, pp. 232/233) –, com isso se afastando da versão axiologizante do Direito preconizada por Dworkin (ALMEIDA, 2008, pp. 254 e 257) e Alexy.

Essa interface com outros sistemas se dá pela textura constitucional, tanto que Giovanni Agostini Saavedra, (2006, p.58) ao discorrer sobre este tema da obra de Luhman, pontifica ser a Constituição um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os sistemas político e moral.

Ante estes pontos de contato, que referido o sociólogo alemão denomina de zonas de irritabilidade recíproca, potencializa-se as chances do Direito institucionalizar decisões estritamente políticas e éticas sob a forma jurídica, e em contrapartida aqueles se valem do direito como instrumento de consecução de seus propósitos.

Acerca da existência destas zonas de contato, Barroso (2012, p. 415) chega ao ponto de acoimar de “crença mitológica” a insistência em negar suas conexões, censurando uma visão tradicional lastreada numa pseudoneutralidade científica, na completude do Direito e um processo mecânico de aplicação da norma.

Esse realinhamento entre o Direito e a Moral teve sua gênese no desalento produzido pela ascensão do nazi-facismo calcado num ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, portanto, podendo servir de instrumento a todo tido de regime político.

A crença positivista na racionalidade, infalibilidade e universalidade da produção do direito (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 38) decorre do axioma cognominado de legislador racional, conferindo uma validade eivada de um excessivo formalismo (legalidade estrita), ao tempo que despreza a análise de seu conteúdo.

Para que um paradigma deste não mais fosse manejado por governos antidemocráticos, as Cartas Políticas passaram a incorporar uma tábua axiológica em seu corpo, comumente corporificada em normas e princípios consagradores de direitos fundamentais.

Estes valores por serem vazados em uma linguagem fluida e polissêmica (liberdade, desigualdade social, proibidade, dignidade da pessoa humana, função social), comumente valendo-se da técnica legislativa que emprega cláusulas abertas ou conceitos juridicamente indeterminados, favorece a dutibilidade (maleabilidade) da norma mencionada por Gustavo Zagrebelsky (2011, p.14), permitindo sua atualização ao momento histórico em que é aplicada, de tal modo que será legítima se observar as exigências morais de seu tempo.

Neste prisma extrai-se uma funcionalidade relevantíssima aos direitos fundamentais de serem a interface entre o direito e a moral, tendo como sua matriz as Constituições, deixando para trás o velho antagonismo entre o Jusnaturalismo e Positivismo. Há quem ouse afirmar, com acerto, que os direitos fundamentais ao incorporarem aspectos morais em sua redação, estariam reabilitando o direito natural.

Esta reaproximação além de servir como manancial argumentativo para a produção, interpretação e aplicação do Direito, permite a concretização de valores compartilhados por uma dada comunidade num delimitado momento histórico.

Essa nova perspectiva metodológica serve de relevantíssima baliza para emitir um juízo de legitimidade e equidade às fontes do direito, notadamente as de origem estatal – lei, medida provisória, decretos e outros instrumentos normativos – conferindo-lhes o selo da aceitação pública do direito enquanto instrumento de poder.

Imprescindível pontuar que há uma relação de interação/reciprocidade e não de subordinação do sistema jurídico à moral, sempre recordando as ponderações de Habermas (1997, pp. 141 e 183) de que ambos têm abordagens epistêmicas diversas, distinguindo-se essencialmente pelo caráter compulsório carreado pelos programas normativos em relação aos seus destinatários, já a moral como um saber cultural é despida dessa imperatividade.

Nesta perspectiva Ribeiro (2010, p.57) sintetizou com maestria essa simbiose entre os referidos sistemas, afirmando que o Pós-positivismo passando ao largo da velha parêmia envolvendo direito natural e Positivismo, resulta de um esforço multidisciplinar para traçar um novo paradigma do Direito, com participação marcante da Filosofia Política, Filosofia da Linguagem e da Sociologia.

Como última consideração não se pode perder de vista as cautelas quanto a uma excessiva interpenetração entre ambos os domínios, oportunizada pela centralidade da Constituição com sua tábua axiológica modeladora do ordenamento e das relações sociais, num fenômeno a que Sarmento (2008, pp. 113-146) cunhou de ubiquidade constitucional, perigoso para as engrenagens de um Estado democrático pois

A hipertrofia constitucional não pode representar a tirania de valores, sob pena de a Constituição se converter em um instrumento totalitário, asfixiando as forças sociais e constringendo a autonomia política e privada do povo. [...] colocando a perder toda a espontaneidade das relações humanas e as peculiaridades da própria vida de cada indivíduo dentro da sociedade (CAMBI, 2010, p. 139).

O reencontro do Direito com outros sistemas, dentre eles a Moral, é salutar para dar concreção a preceitos constitucionais portadores de valores fundamentais à sociedade, no entanto é preciso estar atento para que a excessiva constitucionalização não produza efeitos danosos a própria democracia, pois há matérias cujo trato seria mais adequado no âmbito político e, por sua vez, permitindo uma regulação autônoma pelo legislador ordinário que disporia de uma maior discricionariedade.

Arrematando este tópico, põe-se em relevo que as barreiras entre ambos não foram simplesmente suprimidas, mas na atual quadra por um impulso do texto constitucional há uma maior abertura cognitiva entre o Direito e a Moral.

1.4.2 O emprego da teoria da argumentação jurídica e a retomada da razão prática

Primordialmente pontue-se a existência de uma série de vertentes (TEIXEIRA, 2012, p. 176) do pensamento abarcadas como teorias da argumentação¹⁴, entretanto o presente escrito se pautará no modelo alvitado por Habermas, primeiro por ser o expoente teórico das também

¹⁴ Há outros pensadores que se enquadram nesta escola a exemplo de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Toulmin e MacCormick.

denominadas correntes procedimentalistas, segundo porquanto este foi uma influência marcante na obra de Robert Alexy.

O trabalho intelectual de ambos teve uma grande penetração em nosso meio acadêmico, em particular nos estudos envolvendo o Direito Constitucional, notadamente em se tratando dos direitos fundamentais e procedimentos decisórios para fundamentá-los em situação de colidência.

Traçando um paralelo com a característica esboçada no tópico anterior, a relação de complementação entre Direito e Moral é muito bem trabalhada com o auxílio da Teoria da Ética do Discurso desenvolvida por Habermas (1997, pp. 141-143) que prega, fundamentalmente, que o Direito, a norma jurídica, somente pode ser reputada válida se os possíveis atingidos derem o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.

A teoria da argumentação jurídica é um esforço intelectual voltado fundamentalmente ao aperfeiçoamento das decisões judiciais, trabalhando com a noção de discurso. Este aqui entendido como argumentos manejados por um dos falantes numa relação interpessoal buscando o convencimento de seu interlocutor, por meio de um procedimento racional capaz de conduzir ao entendimento mútuo.

Na teoria da argumentação jurídica, a fundamentação das regras do discurso jurídico, especialmente os pronunciamentos emanados do Poder Judiciário, consiste em uma construção processual de correção normativa (ALEXY, 2001, pp. 26-27). Nesta vertente, uma norma será correta e, conseqüentemente, válida quando se apresenta como produto de um procedimento, ou seja, de um discurso prático racional.

Neste ponto fica evidente o seu enquadramento como uma corrente procedimentalista (ATIENZA, 2002, p. 272), mais preocupada com a busca de soluções imparciais, dotadas de racionalidade oriunda da observância a um *iter* previamente estabelecido, sem enveredar pela indicação de critérios materiais ou de conteúdo, vale dizer, apartando-se de discussões sobre a legitimidade e equidade das resoluções de conflitos envolvendo questões morais.

Desta constatação é que partiram críticas (STRECK, 2014a, pp. 80-81) sobre o risco de tal modelo ensejar subjetivismos voluntaristas, dando margem a um gigantismo judicial no preenchimento da norma ao caso concreto, no mais das vezes inovando na ordem jurídica, até *contra legem*, valendo-se de uma correção normativa a partir do estrito cumprimento ao procedimento fixado, que por si já conferiria legitimidade ao proferimento.

Pela Teoria do Discurso de Habermas, que é autenticamente uma construção que dá sustentação a uma proposta de argumentação jurídica (CAMBI, 2010, P. 128), fica patente a propositura de um modelo de fundamentação procedimental que permita a coordenação da ação comunicativa num sentido forte, ou seja, para a solução de questões práticas envolvendo dissensos morais.

Necessário esclarecer que a teoria do consenso de Habermas trabalha sobre um panorama ideal, de tal modo que o pressuposto indeclinável da concordância absoluta entre todos os atores – sejam sociais ou jurídicos – é inalcançável.

Ademais, existe a possibilidade deste acordo em torno de uma verdade construída fundar-se num erro ou imposição. Esta censura feita por Alexy (2001, p. 98) tem como alvo estas condições para emissão da vontade dos participantes do discurso.

Por evidente que na seara jurídica há uma dinâmica própria, notadamente na relação processual triangularizada.

Nesta a busca pela verdade opera-se num procedimento racional voltado a uma pretensão de verdade tendo em mira a atividade judicial, porquanto há o dever de fundamentação com os predicados de correção normativa, sinceridade e inteligibilidade preconizados por Habermas, ao passo que a atuação dos advogados será sob a égide de um agir estratégico – com fins egoísticos de alcançar êxito e não o consenso – razão porque a Teoria do Discurso se afina mais com a argumentação jurídica no exercício da jurisdição (ALEXY, 2001, pp. 216-217)

O próprio Alexy, sem infirmar as contribuições teóricas que deram alicerce a sua monografia sobre os direitos fundamentais, refuta Habermas ao ponderar que a verdade não exsurge simplesmente do consenso dado em condições ideais, mas sim da contundência do melhor argumento. É este, em essência, que confere o selo de bem fundamentado ao consenso, pois se estruturou sobre o mesmo.

Sobressai dos escritos de Alexy uma proposta de aperfeiçoamento da produção jurídica, em particular voltada aos veredictos emitidos pelos juízes, de forma aproximativa (ALEXY, 2001, pp. 240, 260), pois não se arvora a propor um modelo infalível ou absoluto.

Em verdade, constitui um esforço de conferir racionalidade na resolução de questões morais, cuja essência é mutável culturalmente, bem como oscilante no tempo histórico, de tal modo a rechaçar qualquer tentativa de respostas universais.

Apesar destas afinidades, fica patente o enfoque de Alexy em edificar sua teoria para fins de aplicação de normas por meio de procedimentos argumentativos no campo jurídico, enquanto Habermas se volta a elucubrações entorno da própria produção do Direito, sua funcionalidade, sob o manto de um procedimento democrático discursivo, tanto que rendeu ao primeiro o apontamento por seus detratores de um sério déficit democrático.

De fato, como bem registrou Cardoso (2010, pp. 134 e 135), nos escritos de Alexy, em especial na consagrada obra sobre os direitos fundamentais, o mesmo prioriza a aplicação de regras e princípios para a construção de direitos humanos e eventuais colidências entre eles.

Daí a ênfase na aplicação proporcional de princípios (otimizáveis), coadunando-se com a ideia de modelo aproximativo, ou seja, sem a pretensão de apontar uma única solução correta (ALEXY, 2001, pp 310 e 311), mas simplesmente a melhor diante dos pressupostos fáticos e jurídicos.

Outro aspecto fundamental que os diferencia diz respeito ao resultado deste *iter* preconizado pelas regras do discurso aplicadas à argumentação jurídica.

Alexy (2001, p. 304) repele que essa técnica conduza inexoravelmente a um único resultado, de caráter absoluto, reconhecendo o autor a possibilidade de diversas interpretações e convicções normativas, afastando-se neste ponto de Habermas, que na linha de Dworkin, alvitra uma única decisão/solução correta (*all or nothing*).

Demonstração disto reside na sua célebre definição de princípios como mandamentos otimizáveis (ALEXY, 2008, pp. 90 e 146) os quais comportam gradações por meio de uma aplicação fulcrada na técnica da proporcionalidade, enfim, podendo ser cumpridos de forma aproximativa servindo como

[...] regras do discurso é, todavia, reforçada pelo fato de que algumas dessas regras estão formuladas de tal maneira, que só podem ser cumpridas de modo aproximado. Tudo isso, no entanto, não torna sem sentido tais regras. É verdade que não podem produzir nenhuma certeza definitiva no âmbito do discursivamente possível, mas são de enorme importância como explicação da pretensão de correção, como critério de correção de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamentação não-rationais e também como precisão de um ideal a que se aspira. (ALEXY, 2005, p. 47)

Ante essas colocações é possível extrair alguns pontos centrais da teoria da argumentação – tendo como referencial teórico os mencionados jusfilósofos – tais como: 1) a institucionalização de um procedimento de aplicação (ATIENZA, 2002, p. 19) de normas jurídicas que realize, na melhor medida possível, o ideal de racionalidade discursiva e 2) a

necessidade do discurso jurídico como forma de buscar resultados práticos corretos na aplicação do direito, partindo do pressuposto inquestionável da falibilidade do legislador, visto que este jamais poderá antever e disciplinar todas as respostas aos conflitos e relações sociais.

Daí faz emergir o protagonismo judicial, razão por que imprescindível edificar um processo judicial mais racional, permitindo o seu controle pelas partes e sociedade.

Dita racionalidade Alexy busca alcançar com o emprego das técnicas alvitadas para solução de colisão entre princípios veiculadores de direitos fundamentais, notadamente a proporcionalidade (ALEXY, 2008, pp. 85-141) e suas subregras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, como critérios de correção para as decisões judiciais, exploradas amiúde em obra de referência sobre o tema.

Neste contexto é preciso afirmar que a teoria da argumentação, almejando alcançar a desejável correção normativa, é um plano subjacente para a teoria dos princípios proposta por Alexy (2008, pp. 135-139), onde estes, juntamente com as regras, são postos como razões para os juízos: emissão de normas em casos concretos.

No âmbito da teoria da argumentação exposta por Alexy os discursos jurídicos se sustentam em dois tipos de justificação: i) uma interna e outra ii) externa.

A interna se ocupa de observar a validade da decisão em cotejo com formas previamente fixadas à sua prolação, se foram atendidas as regras gerais acerca de sua disciplina e competência, se aproximando mais do silogismo do modelo tradicional positivista, se voltando a um método lógico-dedutivo (CAMBI, 2010, p. 339-340).

Já a externa diz respeito à aceitabilidade racional – função epistêmica – por envolver a perquirição de elementos teleológicos, morais, sociais entre outros, portanto, externos ao Direito, daí se identificando com a função de correção ou justeza normativa do proferimento.

Essa última se presta a combater o perigo do arbítrio exegetico, especialmente do julgador. Ambas, por sua vez, indicam que será alcançada a correção se a decisão atender a uma ordem jurídica válida (justificação interna) e igualmente esse sistema de direito considerado válido passar pelo crivo da racionalidade ou equidade (justificação externa).

Uma observação que se faz necessária é que no pensamento de Alexy, por conseguinte em sua teoria argumentativa – lastreada na ética do discurso desenvolvida por Habermas – não há um abandono da dogmática jurídica (CARDOSO, 2010, p. 69), mas sua compatibilização com a pretensão de validade – correção normativa como harmonização do conteúdo da regra aos

padrões morais onde será aplicada – exigida nos discursos jurídicos, especialmente nos casos duvidosos (*hard cases*).

A contribuição da teoria discursiva que dá sustentáculo à argumentação jurídica, reavivada pela linha pós-positivista, é dar um enfoque ao aperfeiçoamento da teoria da decisão judicial, ofertando um método apto a buscar uma análise da norma fundada em sua legitimidade, num exame que se preocupa com a funcionalidade do direito, cuja missão deveria ser perseguir a justiça ao caso concreto.

Essa pretensão de correção normativa – busca do justo, equânime e legítimo – confere meios de controle e correção do provimento jurisdicional, ao alvitrar um procedimento dotado de racionalidade argumentativa, municiando o exegeta de instrumental para aplicar princípios, como a técnica da proporcionalidade e sua subregra da ponderação (CARDOSO, 2010, pp. 146-147).

O próprio Alexy (2005, p. 313), diante das críticas dirigidas ao seu trabalho, redarguiu alguns posicionamentos contrários deixando claro que sua teoria da argumentação jurídica não se arvora a apresentar um método definitivo ou infalível, muito menos que o seu emprego garante a correção das decisões jurídicas, até porque é apenas uma técnica para tentar dar segurança e controle sobre julgamentos envolvendo sérias controvérsias no campo político, social, econômico e moral.

Numa palavra, essa ferramenta posta em nome deste novo modelo para a ciência jurídica não envereda sobre o conteúdo dos provimentos judiciais, num determinismo incabível, porém indica um caminho para a formação de uma norma correta, além de subsídios para a crítica e revisão judicial, propondo um modelo que atenda melhor às exigências de segurança e previsibilidade tão caras ao nosso atual estágio civilizatório.

Em suma, é possível extrair destas considerações que a teoria da argumentação, na linha destes autores, lastreia-se numa concepção cognitivista – concepção de uma nova forma de produzir conhecimento jurídico – a propor que as decisões judiciais são passíveis de uma correção normativa análoga à verdade¹⁵ alcançada pelas ciências exatas (ATIENZA, 2002, p. 236).

¹⁵ Daí ser concebida também como uma teoria cognitivista da moral ao sustentar que os juízos morais são passíveis de verdade, portanto, podem ser validados.

Para alcançar este desiderato, o pronunciamento deve resultar de um procedimento argumentativo, dotado de racionalidade, pautado pelas regras do discurso, cujo emprego no campo da fundamentação judicial lançará mão de normas jurídicas enquanto regras ou princípios.

Estes últimos por serem dotados de abertura semântica, já que vazados em uma linguagem mais fluida, imprecisa e maleável conduzem, necessariamente, a uma simbiose do Direito com outros sistemas – político, moral, econômico e etc – realinhando-o a realidade social que o circunda, modela e estabelece uma tábua de valores a serem reconhecidos juridicamente.

Nesta seara de normatização de valores, comumente corporificados em princípios de matriz constitucional, é que há uma guinada para a razão prática.

Esta pode ser entendida como o apontamento de valores ou padrões morais a servirem de norte a ação humana (ATIENZA, 2002, pp. 235 e 237).

Aqui sobreleva uma postura em que os operadores do Direito se desgarram do legalismo estrito e seus condicionantes hermenêuticos, passando a construir soluções inspiradas em princípios morais, os quais estão insculpidos no ordenamento por meio de normas expressas ou extraídas (implícitas) do próprio arcabouço normativo.

Essa razão prática se opõe à razão teórica ou especulativa próprio das ciências exatas, onde se elabora condições de possibilidade do conhecimento (JAPIASSÚ, MARCONDES, 2011, p. 234), de forma hipotética e muitas vezes divorciada de sua conexão com a realidade.

Este tipo de raciocínio influenciou decisivamente o Positivismo jurídico com a imersão no estudo da norma, como categoria fundamental da ciência jurídica abstraindo-se de seus condicionantes sociais, sua funcionalidade e legitimidade aos padrões morais vigentes.

Numa abordagem mais simplista, a razão teórica aplicada à ciência do direito se presta a análise, estudo e conhecimento de seu objeto, a norma, de modo algum se caracterizando pela possibilidade de criação daquela.

Em decorrência desta concepção, o Positivismo, abraçando a razão teórica como um axioma das ciências duras – é bom que se diga com pretensões de alçar o Direito ao *status* de ciência – confinava o papel da dogmática jurídica a descrever o Direito enquanto posto pelo Estado, passando ao largo de juízos valorativos acerca de sua justeza, acerto, harmonia com as pretensões sociais, dentre outras formulações que tangenciavam questões extrajurídicas proibidas aos seus operadores.

Em contrapartida, a razão prática se apresenta como uma técnica a exigir, como vem propondo o Pós-positivismo, uma nova teoria metodológica (SARMENTO, 2011, p. 80) de compreender e aplicar a norma. Sua funcionalidade no atual cenário jurídico foi

[...] reconceituada pelos pós-positivistas, tem convencimento diferente: racionalidade é a faculdade de se posicionar perante o mundo de forma crítica, reconhecendo nele valores, permanentemente em mutação, sopesando vantagens e desvantagens da adoção de determinada postura. [...] A razão prática contemporânea é experimental e crítica, assim como o método jurídico deve ser, de maneira a não se tomar decisões de forma apriorística, utilizando-se de procedimentos preconcebidos (GONTIJO, 2011, p. 104).

A razão prática, na linha do magistério de Barroso (2012, p. 271), se ocupa da fundamentação racional – não estritamente matemática – de princípios morais e de equidade, opondo-se à razão positivista que repudia este tipo de discurso desqualificando-o como meras opiniões pessoais insuscetíveis de verificação e negação, portanto, despidas de um caráter científico.

De acordo com o mencionado constitucionalista (2012, p. 271) esse resgate da razão prática na metodologia jurídica dá um novo alento à hermenêutica, ampliando seus horizontes operativos, ao tempo em que franqueia ao intérprete e aplicador a elaboração de raciocínios construtivos, e eventualmente a posição de criação normativa. Não se limitando, como outrora imperava no Positivismo, a releitura de textos normativos e aplicá-los sem maiores reflexões.

A razão prática se insere no âmbito das teorias da argumentação na persecução racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os dilemas decisórios (SARMENTO, 2011, p. 80).

Consequentemente, vai possibilitar ao intérprete sustentar a racionalidade em procedimentos argumentativos voltados à resolução de problemas da práxis que o Direito é instado a dirimir, aproximando-o da ideia do razoável fortemente permeada por valores morais, políticos, filosóficos e éticos.

Neste cenário há um nítido abandono da lógica formal das ciências exatas, onde predomina o método dedutivo-experimental.

A sua relevância no atual contexto de uma sociedade global foi captada com invulgar precisão por Daniel Sarmiento (2011, p. 83)

[...] não há um posição clara nas fileiras neoconstitucionalistas sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, abrem-se a leituras muito diversificadas. No contexto das sociedades plurais e “desencantadas” que existem no mundo contemporâneo, este debate torna-se crucial, uma vez que não há mais consensos axiológicos em torno de questões difíceis que o Direito é chamado a resolver. Este pluralismo mundivisivo torna inviável, pela falta de legitimidade, o uso da argumentação de cunho jusnaturalista, que apele à religião, à natureza ou à metafísica, para equacionar as mais complexas controvérsias jurídicas.

Diante da consciência que a cultura jurídica alcançou acerca da limitação semântica e operativa do texto seco da mera lei escrita e sua hermenêutica tradicional – *in claris cessat interpretativo* – de modo a serem aceitas outras fontes produtoras do direito, abre-se, forçosamente, espaço para a criação judicial.

Justamente aí deve ser utilizado o critério da razão prática para refinar estes comandos decisórios por valores radicados na *Lex Fundamentalis*, minimizando o risco de arbitrariedades, cuja sindicabilidade se dará pela fundamentação no seio de uma argumentação jurídica.

Tamanho é a relevância desta ferramenta para o estudo da teoria das decisões judiciais que o próprio Alexy reconhece que, em nome desta ordem de valores a orientar a racionalidade em comento, pode-se superar as amarras do Positivismo emitindo um veredito frontalmente contrário ao texto de lei. Eis o que diz o autor neste particular:

Direito é na realidade um meio necessário para a realização da razão prática. [...] Com tudo isso, não fica ainda afastada a possibilidade de uma lei irracional ou injusta, também em um sistema jurídico dotado de jurisdição constitucional desenvolvida e/ou que permite nos casos difíceis decisões contra o teor da lei. Por isso, o discurso jurídico desempenha um papel essencial na decisão da justiça constitucional ou na fundamentação de uma decisão *contra legem*. (ALEXY, 2005, p. 312)

É preciso, igualmente, ter certa parcimônia ao adotar a razão prática, pois nossa vivência jurisprudencial pátria tem dado exemplos de excessos praticados em nome de uma elasticidade ínsita ao conteúdo normativo de certos postulados – fenômeno cunhado por Streck (2014a, pp. 162-175) de “panprincipiologismo” – que, ao serem invocados em um pronunciamento judicial tem servido de escudo para ocultar vícios injustificáveis como falta de fundamentação, ausência de referibilidade ao fato em julgamento, subjetivismo e escolhas ideológicas camufladas.

Dessa forma, soam pertinentes as advertências de Garcia (2008, pp. 74 e 75) de que o processo de concretização da norma não pode ser intuitivamente (subjetivismo) formulado, em momento antecedente a sua aplicação, desfigurando uma fundamentação racional.

Equivaleria a admitir, nos dizeres do aludo doutrinador, que *standards* de razão prática conduzissem a uma norma de decisão em que o Direito se tornasse hermético, escravizado por um psiquismo de um pseudo-intérprete.

No entanto, tal inconveniente não se sustenta, ao menos do ponto de vista ideológico, pois essa racionalidade prática busca o verossímil em contraposição à teórica preocupada com o verdadeiro (COELHO, 2010, p. 251). A primeira se ocupa de uma verdade hermenêutica enquanto a segunda se volta a uma verdade epistemológica.

Coelho (*ibidem*, p. 251) esclarece esse aspecto ao pontuar que “uma consciência jurídica bem formada descarta de plano a busca da coisa em si porque sabe, de antemão, não dispor de critério de verdade para objetivar as suas valorações”.

Por derradeiro cumpre advertir que a teoria da argumentação jurídica ora debatida não é aceita, de forma unânime, como elemento caracterizador do receituário do Pós-positivismo, merecendo registro a crítica feita por Streck (2014c, pp. 45-54) ao vislumbrar nos procedimentos alvitados pela teoria da argumentação de Alexy um aspecto debilitante desta.

Segundo o publicista, a pretensão de correção normativa, calcada em procedimentos racionalmente estabelecidos como *medium* para construir uma teoria da decisão judicial a permitir um maior controle dos proferimentos emitidos pelo Poder Judiciário, em verdade esbarra num momento volitivo diante da técnica da ponderação, dando margem a subjetivismo, comumente recebendo o epíteto depreciativo de decisionismo.

Desta forma Streck (2011, p. 12) entende que há uma *vulgata* – uma corruptela, um desvirtuamento deliberado e conveniente – na aplicação dos postulados construídos por Alexy, em especial a proporcionalidade, que segundo o mesmo daria margem a desvios subjetivos por parte do julgador traindo a gênese democrática da lei, em oposição ao criacionismo (ativismo judicial) de uma força contramajoritária.

Compartilha essa preocupação Sarmiento (2008, p. 144) ao vislumbrar neste horizonte hermenêutico descortinado pela profusão de princípios e valores expressos – e até latentes – em nosso sistema constitucional, um efeito colateral danoso que emergiu com o modelo pós-positivista num clima de “oba-oba” diante do deslumbramento causado pela possibilidade de fundamentar uma decisão invocando um princípio sem maiores elucubrações, incorrendo numa prática decisionista avessa ao modelo democrático.

Contudo, o aludido constitucionalista indica quais aspectos precisam ser observados pelo intérprete para que possa se desvencilhar desta distorção metodológica, vez que afirma a impossibilidade de retroagirmos ao receituário positivista fundado no primado lei como ponto de chegada e partida do intérprete, defendendo o resgate destes dois pilares trabalhados neste capítulo, quais sejam, a argumentação jurídica e a razão prática, asseverando que

[...] dois pontos que nos parecem muito importantes, que se fossem "levados a sério" poderiam minimizar certos vícios em que o pós-positivismo e a filtragem constitucional andam resvalando no país. Primeiro ponto: valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática. [...] Não é preciso ir longe a ponto de afirmar, como Dworkin, que esta racionalidade nos levará ao encontro da única resposta correta existente para cada caso difícil, mas basta reconhecer que o intérprete tem sempre o dever de se esforçar na busca racional da melhor resposta. Daí porque, a forma mais apropriada para a procura da resposta correta para os casos difíceis no Direito é o exercício da argumentação jurídica, na qual todos os participantes sejam tratados como livres e iguais, tenham a mesma possibilidade de falarem e de serem ouvidos, e não haja constrangimentos, senão os decorrentes da força persuasiva dos melhores argumentos (SARMENTO, 2008, p. 145).

Convergindo com este esforço de aperfeiçoamento da técnica decisória, que infelizmente tem mostrado que a vivência jurídica é pródiga em exemplos de julgamentos que usam essas novas ferramentas hermenêuticas de forma retórica e vazia, nosso legislador reconheceu que o universo jurídico tem sido confrontado com dilemas e conflitos entre direitos e garantias fundamentais, comumente tendo o julgador que se debruçar sobre um programa normativo timbrado por uma técnica legislativa porosa, a exemplo de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados.

Diante deste cenário, avulta a relevância de uma argumentação jurídica, a que se possa controlar e censurar adequadamente.

Nesta linha de busca por um modelo promissor para a ciência jurídica, o novo Código de Processo Civil (Lei Federal no. 13.105/2015) deu um passo firme em direção ao aperfeiçoamento desse procedimento racional de correção normativa por meio do art. 489, § 1º, Incisos I, II, IV e V¹⁶, abraçando o Pós-positivismo.

¹⁶ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(..)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

Aqui há claramente um *iter* a ser seguido pelo Poder Judiciário para que se considere adequadamente fundamentada uma decisão judicial, em respeito ao princípio democrático amplificado pela regra do art. 93, IX da Carta Federal.

À semelhança do que preconiza as teorias da argumentação acima abordadas, de modo algum se pode apontar para uma diretriz material do conteúdo do proferimento, mas de forma aproximativa se estabelece um procedimento cujo dever de argumentação racional impõe uma conduta a ser seguida pelo magistrado, sob pena de incorrer no vício intransponível de desfundamentação.

Percebe-se que o novo regramento processual curvou-se a essa premente necessidade de exigir uma argumentação, no seio de um procedimento deliberativo, com pretensão de correção, verdade, inteligibilidade e legitimidade.

Tanto mais que condenou a conduta judicial de simplesmente repetir os dizeres legais ou parafraseá-los, considerando tal prática violadora do princípio constitucional em apreço – hipótese do inciso I – num inequívoco repúdio à subsunção positivista.

O novo regramento avançou ao adotar as premissas das teorias da argumentação, exigindo que fossem externados todos os argumentos fáticos e jurídicos a moldar o caso, sendo insuficiente lançar mão de princípios grandiloquentes, conceitos jurídicos indeterminados e semanticamente abertos de forma retórica, sem efetivamente resgatar os motivos e valores – razão prática – capazes de convencer racionalmente as partes.

Ora, tal forma de controle da correção normativa não assegurará, invariavelmente, a equidade e legitimidade das decisões futuras, contudo são critérios racionais, objetivos e palpáveis a aprimorá-las diante dos desafios postos pela nossa modernidade líquida descrita por Bauman (2001, pp. 12, 14 e 19)

Essa inferência de que este novo regramento processual se coaduna com a necessidade de argumentação num procedimento discursivo, em busca do melhor argumento no seio de uma demanda judicial, encaixa-se serenamente na concepção de Alexy ao esclarecer que essa exigência se dirige não apenas aos envolvidos na lide como também para o convencimento social

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

em nome do regime democrático em que vige o consenso motivado, justificado, enfim, com pretensão de correção normativa. Assim pontificou o pensador alemão:

A justificava judicial *pode*, portanto, cumprir também outras funções: "Trata-se de tratar um ser humano racionalmente, isto é, como um ser racional, *explicando* a ele, através das razões porque se pode chegar a uma decisão que afeta adversamente seus interesses." O próprio Luhman considera necessário "que os não participantes cheguem a uma convicção de que nada de estranho esta acontecendo, de que a verdade e a justiça estão sendo estabelecidos com esforço sério, sincero e árduo e que eles também, se for necessário, terão assegurados seus direitos pelo recurso a esta instituição. Isso pode ser interpretado como uma paráfrase da exigência de correção (ALEXY, 2005, p. 215).

Em suma, a teoria da argumentação jurídica é um instrumento promissor para permitir colmatar lacunas e dirimir sérios conflitos judiciais num ambiente social marcado por intensa conflituosidade e complexidade, ao tempo em que por meio da observância a um procedimento racional proporciona às partes controlar as emanções do Poder Judiciário.

1.5 Os aportes do Pós-positivismo como referencial jurídico a sustentar os avanços da tutela coletiva.

É possível a partir das considerações acima expendidas, tecer algumas colocações que lançam luzes a um tema tão palpitante e emergente como é o Pós-positivismo, tomado neste capítulo introdutório como um marco filosófico a dar sustentação teórica ao problema lançado nesta dissertação quanto ao fortalecimento dos poderes instrutórios do julgador em presença de uma ação coletiva no constitucionalismo moderno.

A advertência feita ao longo do texto só confirma as lúcidas palavras de Barroso (2007, p. 208), segundo o qual a nova matriz jusfilosófica congrega um amplo conjunto, ainda inacabado, de reflexões sobre o direito, sua interpretação e função social, pontuando sua posição em suplantando os vestígios do jusnaturalismo apegado a fundamentos metafísicos e voluntaristas.

Por sua vez, também se descola do Positivismo – estigmatizado por servir de lastro jurídico a regimes totalitários que empreenderam verdadeiras catástrofes humanas –, posto que excede a legalidade estrita, apesar de não pregar um discurso demolitório quanto ao direito posto, apenas intenta impor-lhe uma leitura moral molde a resgatar a busca pela legitimidade e justiça como vetores da ciência jurídica.

Ficou assentado que uma teoria Pós-positivista do Direito tem como pilar maior perseguir, numa ordem ética, um referencial axiológico idôneo a romper os grilhões da tradição do modelo anterior, cujos limites intransponíveis eram impostos pelo ordenamento positivo.

Com este referencial percebe-se um movimento crítico a impor uma busca pela legitimação e equidade como filtros de validade da norma, encerrando o predomínio de uma dogmática jurídica formalista e infensa a aberturas sistêmicas a outras ciências, já que agora sob o pálio desta nova proposta teórica abrem-se as portas da interdisciplinaridade.

Este novo paradigma reformulou a própria concepção de sistema jurídico, abandonando o modelo fechado e autossuficiente e fazendo emergir um aberto, móvel e composto de valores.

O constitucionalismo moderno se liga visceralmente a esta vertente Pós-positivista, em substituição ao Positivismo legalista, com substanciais mudanças em alguns parâmetros tais como a colocação de uma tábua de valores, albergada constitucionalmente, em posição de destaque ocupando o lugar que outrora cabia à concepção meramente formal em torno da norma jurídica.

Diante deste cenário jurídico, consolida-se uma nova hermenêutica, calcada nesta abertura sistêmica tendo em vista a normatividade dos princípios como veículos por excelência de valores da sociedade, onde desponta a técnica da ponderação superando a subsunção legalista.

Para retratar esta nova vertente que está a pensar e aplicar a ciência jurídica de um modo único foi proposta a identificação de alguns caracteres capazes de reconhecê-la e extremá-la de outras correntes do pensamento jusfilosófico.

Então, passou-se a apontar, em breves linhas, aspectos relacionados à reaproximação do Direito à Moral, ao emprego das teorias da argumentação jurídica e da razão prática, selecionados justamente pelo viés mais filosófico, evitando o equívoco de lançarmos como atributos deste paradigma temas que, a rigor, pertencem com exclusividade ao Direito Constitucional.

Restou evidente uma abertura do sistema jurídico para outras ciências sociais, como forma de fundamentar um Direito confrontado com as incessantes mudanças sociais de nossa era globalizada e tormentosa.

Este traço realça a reconstrução deste elo entre os sistemas jurídico e moral, reafirmando a condição do Pós-positivismo com um referencial filosófico do novo constitucionalismo e não como uma mera derivação de um fenômeno maior que o abarcaria.

Por sua vez indicaram-se, igualmente, como características ímpares desta corrente do pensamento o resgate da argumentação jurídica e o emprego da razão prática, promovendo-se verdadeira guinada metodológica na ciência jurídica.

A mudança de paradigma se harmoniza justamente com a atual quadra histórica, onde pululam conflitos massificados a desafiar soluções jurídicas que escapam a um regramento pelo figurino tradicional moldado pelo positivismo.

Sobrevem, então, a emergência dos direitos coletivos *lato sensu*, cujo arcabouço normativo ainda carece de um instrumento catalisador – um código - para dar segurança jurídica e edificar um rol de princípios e regras gerais para tutela coletiva.

Nesta seara as soluções no plano processual têm surgido desta criatividade judicial, do emprego de princípios na resolução de conflitos versando bens dotados de maleabilidade, dispersos na sociedade, urgindo do operador jurídico o manuseio de um arsenal teórico aberto, flexível, com forte vínculo na ordem constitucional.

Diante deste panorama é que a vertente da argumentação jurídica aqui exposta, nas linhas teóricas de Habermas e Alexy, pavimentou a concepção de um Direito produzido e aplicado por meio de procedimentos racionais, com pretensão de alcançar uma correção normativa, de modo que controvérsias com forte apelo moral pudessem se aproximar de um juízo de veracidade semelhante ao das ciências exatas.

Esta construção se alicerçou na teoria do discurso – Habermas – e na aplicação de regras e princípios voltados a reconstrução de direitos fundamentais – Alexy – como uma proposta teórica a ofertar um modelo para alcançar respostas imparciais e aproximadamente corretas, diante da complexidade dos dilemas de nosso século, os quais de modo algum podem ser enfrentados com as ferramentas do Positivismo, especialmente o método subsuntivo.

Nesta senda exsurge a razão prática, que evocando os aludidos valores, incorporados ao ordenamento, passam a servir de vetor hermenêutico e aplicativo, se apartando da diretriz positivista que propunha ao jurista estudar o Direito de forma a unicamente descrevê-lo, analiticamente, evitando juízos morais ou éticos que enveredassem por questionamentos em torno da equidade ou justeza de uma regra legal.

Tal perspectiva favoreceu uma atitude epistemológica em que os atores jurídicos passam à condição de verdadeiros intérpretes da norma em sua inteireza e guiados por uma tábua de

valores surge espaço para a criação, despontando o Poder Judiciário com novo fôlego diante deste cenário mais aberto a inovações jurídicas.

Assim, a pretendida expansão dos poderes judiciais nas ações coletivas, mesmo à mingua de regras positivadas, pode ser extraída deste repertório jusfilosófico com o fim de conceber interpretações capazes de primar pela defesa e efetividade dos direitos metaindividuais por meio da tutela jurisdicional.

Traçando uma conexão mais estreita com o tema desta dissertação, aponta-se alguns parâmetros normativos, a exemplo de alguns dispositivos do novo Código de Processo Civil (arts. 1º, 8º e 489, II, primeira parte e seu parágrafo 2º) os quais se alinham com esse novo paradigma, em especial com a busca de um procedimento argumentativo de natureza discursiva onde o julgador deve buscar a correção normativa enfrentando todos os aspectos fáticos e jurídicos que compõem a lide, de modo que fica claro a reabilitação da argumentação jurídica.

De igual modo transparece a adesão do processo coletivo aos aportes dogmáticos do Pós-positivismo, notadamente com a eleição de princípios reitores para servir de vetores hermenêuticos, dotados de força normativa. Tanto que o Projeto de Lei nº 5.139/2009¹⁷ os elencou no art. 3º, arrolando alguns de matriz constitucional, numa técnica legislativa que prestigia a supremacia da Lei Fundamental como uma ordem a conformar todas as normas de nosso sistema.

A referida técnica legislativa, com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, aptas a oferecer ao aplicador alternativas decisórias de modo a alcançar a justiça no caso concreto, apartando-se de soluções herméticas – *numerus clausus* –, portanto, perfilhada aos ditames do pós-positivismo, também foi abraçada pelos projetos¹⁸ de codificação coletiva, merecendo registro o art. 55 do Anteprojeto¹⁹ capitaneado pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, assim como nos arts. 2º, 5º, *caput* e 12º do Anteprojeto²⁰ sob a

¹⁷ Incumbido de elaborar uma reforma à Lei da Ação Civil Pública (Lei no. 7347/1985).

¹⁸ Serão tratados de forma mais minudente na seção 3.2 do capítulo terceiro.

¹⁹ “Art. 55. Princípios de interpretação - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.”

²⁰ Dentro do espectro teórico desta dissertação, destacam-se os seguintes *standards*: “Art. 2º - São princípios da tutela jurisdicional coletiva: a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa; [...] d. tutela coletiva adequada; e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores; f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; [...] h. instrumentalidade das formas; i. ativismo judicial; j. flexibilização da técnica processual; k. dinâmica do ônus da prova; l. representatividade adequada; [...] n. não taxatividade da ação coletiva; [...] u. aplicação residual do Código de Processo Civil; v. proporcionalidade e razoabilidade.

[...]

coordenação de Ada Pellegrini Grinover, todos se valendo, explicitamente, dos avanços metodológicos e hermenêuticos auferidos deste paradigma em consolidação.

Art. 5º. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

[...]

Art. 12º. Motivação das decisões judiciais - Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.”

2 O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO

2.1 O postulado constitucional de acesso à ordem jurídica e sua dimensão material. A busca da efetividade

Na primeira parte desta dissertação buscou-se contextualizar a importância do novo paradigma jurídico promovido pelo pós-positivismo, como referencial filosófico capaz de ofertar aos atores jurídicos novas alternativas hermenêuticas para ombrear com os desafios da modernidade.

O presente capítulo voltará a atenção para o viés constitucional em torno da ampla iniciativa do julgador na busca dos elementos de convencimento no âmbito das ações coletivas.

Será abordado o postulado do acesso à jurisdição e os movimentos que o impulsionaram, enfatizando a segunda onda que teve como instrumento propulsor as demandas coletivas.

Nosso objeto maior de atenção será abordar aquele princípio constitucional com os aportes que buscam robustecê-lo sob o aspecto material almejando uma ordem jurídica justa a ser alcançada com a efetividade do direito transindividual deduzido em juízo.

Hodiernamente defende-se um enriquecimento no conteúdo da inafastabilidade da jurisdição, de modo a se entender que não estaria concretizado o acesso ao Poder Judiciário meramente com a previsão abstrata do direito de ação.

Há uma significativa ampliação sobre o espectro do acesso à jurisdição, tendo a doutrina processualista destacado esse avanço ao ponderar que

O conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar essa prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada. (DIDIER, 2011, p. 113)

Este trabalho passará ao largo da pretensão à tutela com duração razoável para centrar-se nos outros dois aspectos que conduzem ao atributo da equidade, sintetizada pela doutrina como acesso à ordem jurídica justa.

Outrossim, dar-se-á um enfoque deste postulado sob a ótica do processo coletivo, cuja dinâmica e especificidade haurida da própria natureza dos direitos que operacionaliza – coletivos,

difusos, individuais homogêneos – merecem uma reflexão e a propositura de novos métodos de aplicação e promoção diversos daqueles imperantes no processo civil clássico (CAPPELLETTI, 1977, p. 147).

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

Na atual quadra soa adequado sustentar que o Direito não pode ser dissociado do acesso à ordem jurídica, vivenciando-se a era dos direitos fundamentais e a crescente consolidação dos direitos humanos, estes se projetando sobre os ordenamentos internos das nações.

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

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

É correto afirmar que vem se expandindo no ambiente jurídico a busca por meios de composição dos conflitos fora da jurisdição, os ADR'S (*Alternative Dispute Resolution*), como a arbitragem largamente utilizada no âmbito internacional, a mediação que vem ganhando espaço legislativo a exemplo da sua nova roupagem no recém editado Código de Processo Civil²¹, sem descuidar os já consagrados instrumentos extraprocessuais empregados na tutela coletiva como o termo de ajustamento de conduta, as recomendações administrativas, dentre outros.

Ainda assim, a jurisdição persiste como a grande válvula de escape para a tutela de interesses, constituindo a *ultima ratio* para a promoção de direitos. Isto porque sempre poderá ser acionada acaso fracassem os métodos alternativos, e particularmente em relação a nossa ordem constitucional a mesma ostenta a condição de garantia fundamental (art. 5º, XXXV).

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

²¹ Neste sentido mencione-se os disposto nos artigos 165 a 175 que traz toda uma seção dedicada a mediação na parte geral da nova codificação.

reconhecimento como um direito humano fundamental poder postular a um órgão jurisdicional para a defesa de um direito.

Diante desta proeminência representa um desafio diagnosticar seus principais obstáculos, propor soluções e, conseqüentemente, ampliar esse acesso.

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

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

Esse qualificativo pode ser sintetizado em assegurar a quem procura a proteção judicial alcançar uma prestação com o mínimo de tempo e dispêndio, dando a quem se apresenta como o titular de uma situação jurídica de vantagem tudo aquilo e precisamente aquilo que obteria, caso não houvesse a necessidade de se socorrer da via processual.

É a consagrada fórmula cunhada por Chiovenda, que Watanabe (2012, p. 19) sintetizou ao atual momento vivido no qual

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

Nesta perspectiva José Roberto dos Santos Bedaque (2006, pp. 13, 14 e 20) afirma que é imperioso trabalhar com a relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa, de tal maneira que o direito processual jamais poderá dar as costas às vicissitudes e particularidades do direito material, sem o que há um risco de tornar inútil a busca pela judicialização porque esta estaria aferrada a um estéril tecnicismo.

Pois bem, aqui é nítida a preocupação da ciência processual não apenas com os escopos jurídicos – atuação da vontade concreta da lei ao caso concreto - ou políticos – manutenção da ordem, preservação da autoridade estatal por meio da jurisdição – mas os sociais em grande

medida voltados a atingir a pacificação dos conflitos com justiça, conferindo um significado substancial aos princípios e garantias constitucionais. Enfim, buscando a efetividade do processo como meio de acesso à ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2009, pp. 146-148).

Para a realização do ambicioso acesso dotado de equidade e efetividade perseguida pela ordem jurídica, no sentir de Ada Pellegrini Grinover (1993, p. 283), deve-se contemplar os seguintes direitos:

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

Também é preciso assentar que o almejado acesso não se confunde apenas com se dirigir ao Poder Judiciário, merecendo pontuar ser este o veículo tradicional, mas outros tem se apresentado com grande destaque a exemplo do Ministério Público, alçado na atual configuração constitucional a guardião desta mesma ordem jurídica a teor do art. 127, *caput*, com resolução eficaz de conflitos sem necessariamente acionar a jurisdição.

De igual modo merece registro a atuação da Defensoria Pública e outras instituições que promovem a defesa de direitos e garantias do cidadão em juízo.

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

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

Pedro Lenza (2008, pp. 118 e 119) compartilha essa nova preocupação do sistema processual, especialmente com os estudiosos que se desgarram do tecnicismo puro para volver a atenção à qualidade e eficiência desta prestação estatal, agora tendo como escopo não mais os atores jurídicos, mas a ordem de consumidores, destinatários movidos pela aspiração de uma resposta justa, adequada e efetiva.

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

Exige-se um exame substancial da causa de modo a que a tutela jurisdicional prestigie os valores da sociedade através da promoção aos direitos e interesses, notadamente aqueles de natureza difusa, pois as ações em defesa destes tem nítida natureza social, além do acentuado grau de participação política do jurisdicionado na busca pela realização e proteção a seus direitos fundamentais (SANTANA, 2014, pp. 116-119 e 121).

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

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

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

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

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

Induidoso concluir que a questão em torno da edificação de um sistema que assegure o acesso a uma ordem jurídica, qualificada pelos valores justiça e efetividade, está na base das

investigações acadêmicas e reformas legislativas voltadas ao atendimento dos bens e interesses coletivos (GAVRONSKI, 2005, p. 22).

Em arremate a esta discussão são oportunas as ponderações de Elton Venturi (2007, p. 136) ao afirmar que

A reinterpretção da garantia constitucional da inafastabilidade conduz a uma profunda alterao paradigmática, traduzida na efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos individuais e metaindividuais, através de todos os instrumentos adequados, suscitando a plena operacionalidade das ações individuais e coletivas.

Então é possível sustentar, sem maiores elucubrações, que o Poder Judiciário deve imprimir ao exercício da jurisdição uma atuação voltada a utilidade e efetividade, em particular quando em disputa bem difusos, já que a tutela coletiva distingue-se pelo relevante valor social em cotejo com os interesses privados debatidos nas lides individuais, sendo um dos canais mais apropriados a atender o valor justiça, que deveria revestir o acesso à ordem jurídica.

Tamanha a sua repercussão social e pertinência com o aperfeiçoamento da cidadania, que os anteprojetos de codificação coletiva CPCO-IBDP (art. 20, I) e CPCO-UERJ/UNESA (art. 9º, I) prestigiam sobremaneira esse postulado constitucional da inafastabilidade da jurisdição, sob o prisma substancial, ao estabelecer a legitimidade ativa do cidadão – submetida ao crivo de um controle judicial acerca da representatividade adequada – promovendo uma maior participação popular pela abertura ao acesso à justiça na defesa de interesses transindividuais.

Em suma, partindo desta visão axiológica da expressão acesso à justiça, segundo a qual o titular de um direito ou legitimado a agir numa lide coletiva poderá socorrer-se de uma ordem de valores fundamentais pela via processual, é sustentável reconhecê-la como um direito social fundamental.

O postulado que assegura o acesso nas ações coletivas, por evidente, não se limita ao ingresso em juízo ou a simples observância aos princípios constitucionais do processo, mas demanda um resultado adequado da prestação jurisdicional.

Em essência, deve contemplar a tutela do direito material perseguido, atendendo ao efetivo e amplo contraditório, com participação dos litigantes no processo decisório, com todas as possibilidades argumentativas e de apresentação de provas, primando pelo dever de cooperação entre eles e o julgador, com exploração de todas as questões a auxiliar na compreensão da lide,

tendo em consideração o caráter transindividual da repercussão do que for decidido no processo coletivo (SANTANA, 2014, pp. 113 e 112).

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

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

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

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

Essa constatação ficou imortalizada nas célebres palavras do jusfilósofo Norberto Bobbio (2004, p. 16 e 17) merecedora de transcrição dada a sua pertinência ao tema

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

Como normalmente ocorre na interação entre os avanços das ciências sociais e sua incorporação nas instituições sociais – aí incluído o sistema jurídico – as contribuições são absorvidas de forma gradual e lenta.

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

Deveras, na ordem anterior à dicção do Texto Maior²² havia uma previsão da tutela jurisdicional apenas para as demandas individuais e expressamente para hipóteses de lesão consoante preconizava o art. 154, §4º, cuja redação foi dada pela EC 1/1969.

Essa previsão acanhada, que bem sintetizou a crítica de Bobbio ao perigo do simbolismo na proclamação de direitos, foi sucedida pela atual regra fundamental do art. 5º, XXXV, o qual mudou as balizas deste princípio processual ao abarcar a tutela inibitória e preventiva tão cara aos bens de natureza difusa, constituindo uma abertura ao fortalecimento da tutela coletiva (GAVRONSKI, 2010, p. 94).

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

Para aferir a real dimensão de sua relevância basta recordar que o legislador tipificou como injusto penal (art. 345 do Código Penal) qualquer conduta tendente a realizar a chamada justiça de mão própria, assim desestimulando a autotutela dadas as experiências históricas terem legado amostras de irracionalidade, ineficiência e iniquidade, com o que se reafirma o monopólio estatal da jurisdição (LOURENÇO, 2015, p. 59)

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

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

Dentre elas, a que interessa ao presente estudo, há o reconhecimento de que a modernidade gestou nova gama de interesses – de forte apelo social e abarcando um número indefinido de destinatários – de cunho coletivo os quais não estavam recebendo um tratamento

²² O país vivia sob a égide de um governo militar à sombra da Constituição de 1967

normativo adequado às suas características, desafiando uma transformação radical das regras e instituições tradicionais de modo a concretizá-los (CAPPELLETTI, 1991a, p. 148).

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

Antes de exporem o trabalho por meio de divisões contemplando as denominadas ondas renovatórias de acesso ao Poder Judiciário, ambos reconheceram a imprecisão da locução, buscando para tanto focar as suas finalidades precípua: i) a mais elementar e visível que toca com se dirigir ao órgão jurisdicional, a acessibilidade propriamente dita, enquanto a outra ii) a produção de efeitos materiais palpáveis iguais ou semelhantes àqueles previstos na norma asseguradora do bem da vida, alcançando o que denominaram de resultado individual e socialmente justo (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p. 8)

Essa construção harmoniza-se com a de Antonio Herman Benjamin (1995, p. 7) que rechaça uma compreensão restritiva de acesso à justiça ampliando-a no sentido de buscar uma efetividade social a que denominou de acesso integral ao direito ou ordem jurídica justa, que propõe como infensa a desequilíbrios, social e individualmente reconhecida e implementável – efetiva – com rol apropriado de direitos, estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação de barreiras objetivas e subjetivas.

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

Nesta nova conjuntura, houve a emergência de novas reivindicações sociais que estavam a demandar inéditas formas de reconhecimento pelo ordenamento jurídico de providências materiais em favor da sociedade a cargo do poder público (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, pp 18-22).

Inicia-se a edificação de novas dimensões de direitos fundamentais agora com feição prestacional, que por sua vez desafiavam o campo de acesso coletivo à justiça com os correlatos mecanismos jurídico-processuais a dar vazão a estas pretensões. É a sucessão do Estado Liberal – a partir dos dois grandes conflitos mundiais – para o Estado do Bem-Estar Social.

A despeito desta concepção mais social ter alcançado notáveis avanços em diversas Constituições, com intensa posituação de direitos e interesses supraindividuais para aplacar

anseios desta nova sociedade massificada, as medidas processuais essenciais a sua concretização ainda esbarram em resquícios ideológicos que ditam o paradigma individual-liberal.

Sobre esta disparidade entre o avanço no direito material e a ainda insuficiente tutela por meio da jurisdição são categóricas as críticas de Antonio Herman Benjamin (1995, p. 13)

Não deixa, pois, de ser irônico, que, embora o Estado Social não pare de se expandir, atingindo domínios da supraindividualidade antes inimagináveis como seus (é o caso do ambiente e do consumidor), a questão do acesso coletivo à justiça – e o tema da própria efetividade do Direito e da implementação – permanecia, até pouco tempo, como galho velho em árvore podada, o mais representativo bastião da concepção individualista ultrapassada do *laisser-faire*.

A centralidade desta nova percepção do acesso à justiça busca o valor da efetividade a ser alcançado por instrumentos processuais aptos a resguardar direitos e situações jurídicas de vantagem, entendendo-se como tais aqueles capazes de conferir aos respectivos titulares a fruição do bem, direito ou utilidade a que fazem jus.

Essa constatação acerca da incompatibilidade do arsenal técnico ofertado pelo processo civil de feição individualista e os interesses supraindividuais que se desenhavam, carentes de um adequado tratamento, foi objeto de uma aguda reprovação de Cappelletti e Garth (2002, pp. 98 e 99), asseverando que

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

Já se percebeu, então, que contemporaneamente o postulado contido na Lei Fundamental envolvendo o acesso aos órgãos jurisdicionais não se esgota no direito de ação, o qual por sua vez impõe o preenchimento de certas condições e pressupostos, como também excede o mero direito de petição com assento no art. 5º, XXXIV.

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

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

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

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

Nosso ordenamento infraconstitucional, igualmente no escopo de implementar esse segundo movimento apontado por Cappelletti, produziu diversos diplomas legais voltados à tutela de direitos metaindividuais, tendo como âncoras desse microssistema²³ - denominado princípio da integração – a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal 7347/95) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8078/90).

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

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

²³ A simbiose entre estas leis especiais não exclui a conjunção de outras normas processuais de cunho metaindividual como o Estatuto da Cidade, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei da Ação Popular e o ECA, dentre outras que compõem este ramo especializado. Esse cognominado microssistema é reconhecido pelos nossos pretórios, tendo o Superior Tribunal de Justiça – v.g. Resp 695396/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ, 27.04.2011 – sedimentado tal construção inúmeras vezes. Esta configuração é oportunizada pela ausência de uma codificação, o que certamente daria um tratamento uniforme, conferindo maior segurança jurídica na proteção judicial dos direitos coletivos *lato sensu*.

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

No plano estritamente processual, outorgou-se um tratamento legislativo mais favorável à judicialização através da gratuidade das custas, honorários periciais e demais despesas, além da isenção dos encargos da sucumbência quando atuarem de boa-fé (LACP, art. 18; CDC, art. 87), guardando simetria com o sistema da ação popular (art. 5º, LXXIII da Carta Federal), regras estas que buscam atender a paridade de armas diante das conhecidas dificuldades financeiras destas entidades de abraçar uma causa judicial em favor da coletividade.

A insignificante atuação deste setor (LENZA, 2008, P. 182), especialmente em contraposição ao protagonismo do Ministério Público no patrocínio de demandas coletivas, é demonstração eloquente que separa o princípio da inafastabilidade da jurisdição como um simples alcance a um órgão jurisdicional do postulado do acesso à ordem jurídica justa, aqui abarcando os predicados da adequação e efetividade, compreendidos na garantia do direito substancial conferindo aos seus titulares tudo aquilo e precisamente aquilo que teriam a usufruir caso a lei não fosse descumprida.

Por guardar estreita conexão com as propostas desenvolvidas neste trabalho, na defesa do fortalecimento da atuação judicial para reequilibrar as forças em favor dos legitimados ativos, no âmbito coletivo, frente à opulência técnica e monetária dos infratores, cumpre trazer algumas razões apontadas para este desinteresse destacadas por Pedro Lenza (2008, pp. 183-184), a saber

[..] d) *econômica*: algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade; e) *institucional*: há dificuldade em se conciliar atividades de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico.

Outro fator relevantíssimo para a escassa litigiosidade das associações tem um cariz mais jurídico.

Em que pese à legitimidade prevista na Lei da Ação Civil Pública seja concorrente e disjuntiva, somente o Ministério Público detém o poder de investigação no âmbito dos direitos metaindividuais por meio do inquérito civil público, cujos instrumentos de atuação como as requisições, notificação para coleta de depoimentos, condução coercitiva, diligências investigatórias, realização de exames periciais, (CF, art. 129, III, VI e VIII; Lei 8625/93, art. 26)

possibilitam coligir uma gama de elementos de convencimento aptos a um ajuizamento fundamentado de uma ação civil pública (*ibidem*, p. 184).

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

[...] o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. É por esse motivo que os grupos organizados são o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária (LENZA, 2008, p. 185).

Muito embora seja desejável uma mudança de postura das associações para se firmarem como protagonistas na tutela coletiva, noutro giro há que se pontuar a opção de nosso Constituinte (art. 129, III) de dotar a coletividade de um defensor por excelência em matéria de direitos transindividuais, que vem a ser o Ministério Público, instituição que sempre tomou a dianteira nesta seara como verdadeiro representante estratégico dos interesses da sociedade, sendo legítimo inferir que

[...] entre a sociedade e o Ministério Público, a relação não é tanto de assimetria e dependência da primeira vis-à-vis o segundo, e sim de interdependência, que, quanto mais se consolida, mais legitima os novos papéis do Ministério Público e destitui de sentido a perspectiva que os toma como polaridades, como instâncias contrapostas. (GODINHO, 2007b, p. 211).

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

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

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

Visão social do processo não pode ignorar a notória desigualdade econômica e cultural que muitas vezes se verifica entre as partes. O juiz, a quem compete assegurar ao titular do direito acesso à ordem jurídica justa, deve atentar para essa realidade e, na medida do possível, observados os limites legais, orientar-se no sentido de eliminar esse desequilíbrio de forças, quer exercendo os poderes instrutórios de que é investido, quer conduzindo o processo de modo a minimizar as diferenças entre os litigantes. (BEDAQUE, 2013, p. 126)

Neste prisma, o acesso coletivo à ordem jurídica justa – e sua correlata efetividade – perpassa por esse alargamento da tarefa judicial numa das fases mais cruciais para atingir esse desiderato: instrução probatória.

Para que o Estado tutele, satisfatoriamente, estes bens supraindividuais²⁴ e, por conseguinte, atenda a este primado fundamental, é incontornável reconhecer que o estudo da prova está imbrincada com o acesso à justiça, deduzindo-se que sua produção e distribuição envolve matéria constitucional, uma vez que é a pedra de toque da concretização de direitos e interesses por meio da prestação jurisdicional.

Em conclusão, a efetividade como aspecto enriquecedor da garantia da inafastabilidade da jurisdição impõe uma satisfação do direito material em disputa, numa palavra, um direito que assegura outros, e para atingir este desiderato, terá no campo probatório um aspecto relevantíssimo na definição, reconhecimento e implementação de tal maneira a se tornar inerente e indissociável à ordem jurídica justa (LOURENÇO, 2015, p. 62 e 63)

Compartilha esta compreensão Godinho, invocando as lições de Canotilho para denunciar um certo desprezo da literatura especializada em situar a disciplina da prova e sua produção como impactante sobre os direitos, especialmente aqueles de envergadura constitucional, asseverando que

²⁴ Aos quais deve-se conferir a máxima tutela, nos mesmos moldes se fossem observados e implementados sem a necessária intervenção judicial, ou seja, satisfação *in natura* como aliás impõe o princípio da máxima coincidência possível ou tutela específica prevista no art. 84, *caput* e § 5o, do CDC, art. 231 do ECA, art. 83 do Estatuto do Idoso, art. 11 da LACP, art. 461 do CPC e art. 497 e 498 do NCPC.

Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ónus da prova (GODINHO, 2007a, p. 390).

Em que pese o enfrentamento dessa questão seja mais apropriado para os capítulos vindouros, é imperioso assentar, de logo, que a atividade probatória, sua disciplina, as respectivas regras de distribuição e inversão acaso sejam tratadas de forma restritiva ou inadequada pelo legislador infraconstitucional, seguramente prejudicará a atividade cognitiva judicial, podendo obstruir a fruição de um direito fundamental, tornando inócua a prestação jurisdicional com grave violação à garantia do acesso útil à justiça (*ibidem*).

2.3 As ações coletivas e sua recepção pelo Poder Judiciário

2.3.1 Sua análise sob o ângulo da acessibilidade material e os seus obstáculos extrajurídicos

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

Deveras, os únicos referenciais acerca de uma tutela metaindividual limitavam-se, num primeiro estágio, aos dissídios coletivos enfrentados na Justiça do Trabalho e à Ação Popular (Lei Federal no. 4717/65) voltada exclusivamente à proteção do patrimônio público, essa de tímido emprego (GAVRONSKI, 2010, p. 101) possivelmente motivada pela atmosfera antidemocrática que desestimulava um maior engajamento popular no controle dos atos de governo.

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

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

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

O acesso enriquecido pela ambição de ofertar uma resposta estatal marcada pela efetividade e equidade pode ser compreendido em um sentido integral, que naturalmente ultrapassa o mero dirigir-se aos órgãos do Poder Judiciário, de maneira mais adequada a satisfação de direitos fundamentais de feição coletiva como o acesso a bens e serviços de saúde, educação, meio ambiente, proteção do patrimônio público, cultural, dentre outros a serem perseguidos pelos escopos jurídicos, políticos e sociais da jurisdição (BENJAMIN, 1995, pp. 7 e 8).

Tamanha a envergadura deste postulado constitucional que um Estado que aspira à condição de democrático de direito somente pode se afirmar como tal quando assegura, com toda plenitude, a possibilidade de acesso, em condições igualitárias, aos órgãos jurisdicionais para defesa das respectivas posições jurídicas subjetivas (BACAL, 2010, p. 11).

Num trabalho que se tornou uma referência sobre o tema, inserido num empreendimento de pesquisa intitulado “Projeto Florença”, onde foram examinados diversos ordenamentos jurídicos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, pp. 13-19) produziram a célebre obra sobre acesso à justiça, tendo apontado como notáveis adversidades, sinteticamente, as seguintes: i) embarços econômicos relacionados às despesas diretas e indiretas com o ajuizamento e prosseguimento de uma demanda; ii) diferentes possibilidades das partes no aspecto financeiro, igualmente no campo social e técnico, esse correspondendo à condição de litigante habitual atribuída aos costumeiros violadores dos direitos massificados conquanto o cidadão ostentaria o perfil de litigante eventual; e, por último, iii) os problemas especiais ligados aos interesses difusos, associados particularmente à ausência de reconhecimento jurídico e inadequação dos institutos e procedimentos do processo civil tradicional para tutelá-los satisfatoriamente.

É certo existir uma miríade de causas capazes de represar o acesso à tutela coletiva substancial, efetiva, mas sem a preponderância e a contundência daquelas acima abordadas.

Os autores, em linhas gerais, que discorrem sobre o tema findam por se aproximar das barreiras apontadas neste trabalho, havendo aqui e acolá uma diferença de nomenclatura, mas que

ao cabo se identificam com as mesmas hipóteses elegidas nesta dissertação tendo um diagnóstico semelhante – quando não coincidente – do impacto negativo sobre os bens e valores coletivos.

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

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

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

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

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

Isso tudo sem descurar da própria limitação de tempo, recursos pessoais e técnicos dos prejudicados, enfim, tudo podendo ser sintetizado nos cognominados riscos do processo.

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

políticos – que rivaliza com o próprio Estado a ponto de subjugar a tradicional noção de soberania.

O gritante desnivelamento – econômico, tecnológico e de informação – entre o lesado e um infrator nas relações cotidianas – no jogo bruto do mercado – são replicadas na lide coletiva.

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

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

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

Há que se mencionar que estas discrepâncias podem ser maximizadas com o uso do próprio sistema judicial. Este proporciona um vasto leque de recursos, a complexidade e consequente morosidade destas demandas, tendo o litigante habitual como aliado a demora na solução do litígio.

A disparidade de armas entre o cidadão portador de um interesse transindividual e os agentes econômicos, detentores de uma *expertise* quanto ao sistema judicial pelo tanto que é demandado em juízo, não passou despercebida nas investigações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, pp. 45 e 46) ao sublinharem as seguintes vantagens

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

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

Já as barreiras subjetivas ganham mais peso nos países de desenvolvimento tardio (GAVRONSKI, 2010, p. 64), mesmo vivendo sob uma jovem democracia como é o caso de nosso país.

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

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

Esse alheamento, ignorância e distanciamento do cidadão comum dos assuntos legais e de natureza estatal é uma característica que tem múltiplas e complexas tentativas de análise e explicação²⁵, constituindo-se num perfil típico do povo brasileiro, especialmente os integrantes das camadas sociais menos providas economicamente.

O fenômeno foi bem captado por Luís Roberto Barroso (2000, pp. 48, 50, 51 e 312) ao se debruçar sobre a crise de efetividade das normas constitucionais, detectando até um certo desinteresse e status menor do constitucionalismo conferido pelo universo acadêmico e profissional face outros ramos como o direito civil, penal e trabalhista, cenário este em franca e salutar modificação atualmente. Aduz, outrossim, inexistir um sentimento constitucional, de modo que o cidadão não associa a Carta Magna como instrumento de conquista, repositório de aspirações alcançadas, ferramenta para a busca de uma emancipação na acepção mais ampla.

²⁵ As quais, naturalmente, refogem ao escopo desta dissertação, seja pela abrangência ou mesmo a multidisciplinaridade no seu enfrentamento, inconciliáveis com a limitação própria de um trabalho acadêmico como este.

A inferência deste panorama é o afastamento do cidadão e das respectivas entidades representativas do acesso à tutela jurisdicional coletiva, pois em algumas situações sequer alcançam compreender²⁶ a condição de sujeito de direitos e interesses.

No âmbito dos direitos coletivos *lato sensu*, esse desconhecimento toma proporções maiores dada a forte interdisciplinaridade de alguns ramos como meio ambiente, saúde pública, educação, em que há uma profusão de normas que agregam outros saberes, exigindo uma forte especialização para manejá-las e interpretá-las (GAVRONSKI, 2010, pp. 216, 249 e 250).

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

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

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

[..] são igualmente barreiras pessoais a desconfiança com que titulares desses novos direitos enxergam os operadores jurídicos e o sistema judicial como um todo; o receio de transparecer seu desconhecimento e fragilidade perante profissionais inseridos num meio ambiente que enxergam como hostil; um certo sentimento de inferioridade causado pela sua incapacidade de solucionar seus próprios conflitos sem auxílio de terceiros; inaptidão para acompanhar e entender procedimentos complicados; dificuldades de compreensão da linguagem forense, assim com para, em muitos casos, se vestir e se comportar de acordo com os padrões que não fazem parte de seu cotidiano (BENJAMIM, 1995, p. 48).

²⁶ Esse desconhecimento é ainda mais gritante diante de matérias difusas como ações e serviços de saúde, bem como normas ambientais, pois em ambos há uma forte interdisciplinaridade contando com um labirinto de normas, múltiplos centros de produção legislativa (CONAMA, agências reguladoras, ANVISA, Ministérios, legislação municipal, dentre outros), alta volatilidade em termos de vigência em boa medida provocada pela emergência de descobertas e avanços científicos, aparatos tecnológicos mais avançados, em suma, tudo a indicar quão dificultoso para o os profissionais do direito, que dirá para a população em geral ou da sociedade civil.

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

Essa diferenciação subjetiva induz a uma barreira de ordem psicológica, pois os clientes, para usar a expressão do pensador (*ibidem*, pp. 226 e 227), se amesquinham diante de um universo que lhes é inacessível e apenas os iniciados no mundo jurídico podem compreender e atuar.

Assim, o usuário do sistema jurídico perde o protagonismo na defesa de suas próprias pretensões, delegando aqueles o controle sobre as situações jurídicas de vantagem que titularizam, dinâmica essa que Pierre Bourdieu denomina de apropriação (*ibidem*, pp. 233-235)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prosseguindo em sua análise, aduz que o próprio entorno em que ambientado esse segmento afasta o contato com o Poder Judiciário dadas as escassas chances destas pessoas de se relacionarem com operadores jurídicos como advogados ou nas suas interações sociais – amigos, ambiente de trabalho –, de conseguirem travar contato com este tipo de profissional, aprofundando o abismo que se constrói entre o jurisdicionado e os serviços estatais (*ibidem*, p. 20).

O conjunto destes entraves impeliu o autor a considerar que o acesso à justiça padece do vício da discriminação social. Por isso alerta para as dificuldades que se apartam dos evidentes

elementos econômicos, comumente estudados e apontados, advertindo para estes outros aspectos sociais e culturais impeditivos da fruição deste direito fundamental (*ibidem*, pp. 20 e 21).

Em um trabalho de investigação mais recente – O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão, datado de 2002 – o autor faz uma análise de diversos ordenamentos jurídicos de países europeus e norte-americanos, revelando que as observações feitas em décadas anteriores persistem, a demonstrar quão complexas e tormentosas são as causas e medidas voltadas a garantir o acesso.

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

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

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

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

Uma derradeira colocação sobre este tema digna de menção por constituir um obstáculo sério à efetividade do processo coletivo – que também foge a uma abordagem dogmática – toca com a própria formação cultural dos agentes do direito, ainda infensos e pouco afeiçoados a este novo segmento, ou mesmo resistentes a mudanças e rotinas na atividade judicante consoante denunciou Antonio Gidi (2004, p. 23-24) ao ponderar que

La recepción de las acciones colectivas en el sistema jurídico de Brasil há sido difícil e incierta. Una minoría de juristas e jueces conservadores, educados bajo los sistemas ortodoxos e dogmáticos de la ciencia jurídica, o no entendieron los nuevos conceptos incrustados en las nuevas leyes de las acciones colectivas, o estuvieron ideológicamente opuestos a ellas. (...) trataron de encontrar obstáculos insuperables, técnicos y filosóficos. Sin embargo, esta oposición tenía menos que ver con la ley o la ciencia jurídica que con el rechazo de muchos juristas contemporáneos de romper con el *statu quo*.

Diante das evidentes vantagens advindas da tutela coletiva é incompreensível ainda se levantar como um fato inibidor as desconfianças ideológicas no seio do próprio Poder Judiciário,

exteriorizadas pelo número expressivo de julgamentos sem análise do mérito, especialmente quando enfrentam a questão da legitimidade dos entes portadores de interesses metaindividuais (MANCUSO, 2010, p. 57).

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

2.3.2 As barreiras ao acesso coletivo entre os legitimados no ordenamento brasileiro. Breve análise comparativa entre o Ministério Público e a sociedade civil organizada

No tópico anterior foram expostas algumas distinções entre a postura do Ministério Público e as entidades civis – aqui abarcando os sindicatos, associações, ONG's – diante da procura pela tutela coletiva.

Fez-se um apanhado do referencial normativo constitucional para demonstrar que o Constituinte, embora tenha consagrado ao *Parquet* essa primazia para defesa judicial dos interesses da coletividade, igualmente dotou a sociedade civil organizada de autonomia na criação de organismos para defesa de valores sociais de determinados grupos e segmentos sociais, conferindo instrumentos processuais e até a possibilidade de defesa administrativa dos interesses do respectivos membros.

A concorrência de legitimados para a defesa de direitos metaindividuais foi um modelo adotado pela nossa *Lex Fundamentalis* em resposta a proposições feitas por estudiosos do acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1977, p. 143 e 149).

Isso demonstra um forte viés democrático, além de selar um compromisso com a cidadania dada a forte carga política ínsita aos direitos coletivos *lato sensu*, notadamente quando versam sobre prestações materiais a cargo do Estado envolvendo direitos sociais fundamentais, como na área de educação e saúde (arts. 197, 198, § 1º, 2º e 3º, 211 e 212, da CF) que demandam o fomento de políticas públicas.

Com efeito, é possível distinguir diversos paradigmas de acesso no mundo ocidental, mencionando-se uma classificação que aponta para: i) o sistema publicista em que há uma exclusividade na tutela coletiva na figura dos organismos estatais, tais como o Ministério Público

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

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

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

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

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

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

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

Gavronski (2010, pp 213-214 e 237-239) menciona o célebre trabalho de pesquisa feito pelo professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²⁷, que entre meados das décadas de oitenta e noventa, traz números reveladores da dianteira tomada pelos representantes ministeriais frente ao acanhado trabalho de defesa judicial da sociedade civil organizada.

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

²⁷ Na obra Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.

Em verdade inexistem medidores estatísticos por parte da administração da justiça, indicando o descaso no tratamento do processo coletivo. Sem embargo de em junho de 2011 ter sido criado e disciplinado pela Resolução Conjunta no. 2/2011 dos Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público um cadastro nacional de informações coletivas, até a presente data não foi implementado (ALMEIDA, 2015, p. 465 e 466).

Essa distinção deita raízes em múltiplos fatores. Mas para o interesse deste trabalho, importa circunscrever alguns mecanismos jurídicos que conduzem a isso, bem como realçar a proposta de solução adotada neste escrito acerca da premência em fortalecer os poderes instrutórios dos julgadores nas lides coletivas como tentativa de reverter esta acanhada atuação das entidades civis e, por via transversa, promover os direitos coletivos tão caros à contemporaneidade.

A proposta dogmática a ser trabalhada ao longo desta dissertação tem o potencial de fortalecer este segmento, representativo de parcela significativa da coletividade que deveria participar mais ativamente, através da tutela coletiva, dos seus rumos, incentivando-a ser protagonista na tomada de decisões sensíveis aos interesses multitudinários, fazendo valer esta ferramenta da cidadania.

Neste sentido colhe-se a percuciente observação de Boaventura de Souza Santos (2002, p. 9) acerca da significação democrática da tutela coletiva

A proteção dos interesses colectivos constituiu uma grande inovação na justiça. O movimento, propondo-se defender, no plano jurídico, os interesses desprovidos do apoio de qualquer grupo, depressa se transformou num movimento com vista a criar uma sociedade mais justa, uma sociedade na qual os interessados seriam chamados a participar na tomada de decisões que lhes dizem respeito.

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

A aludida estratégia tinha uma dinâmica muito semelhante nos países do *Common Law* até a década de oitenta, com a distinção de que lá as entidades civis ou o cidadão prejudicado não detinham a legitimidade autônoma para processo, mas de feição supletiva, sempre sob o controle

do órgão ministerial, enfim, auferindo eventuais resultados no plano material por uma iniciativa processual encabeçada por aquele (SANTOS, 2002, p. 16).

O protagonismo na figura ministerial tem sido visto com reservas, vislumbrando-se nisso uma manifestação de fragilidade social por parte do terceiro setor (MILARÉ ALMEIDA, 2010, p. 31). Diagnóstico este corretíssimo e frustrante diante do desejável engajamento da sociedade civil na vida pública nacional.

No entanto, atribui-se uma responsabilidade ao Ministério Público que apenas cumpre sua missão constitucional de *Custos Iuris*²⁸, quando os caminhos para reverter este quadro apontam para outra direção, como o que ora se propõe neste escrito, tangenciando qualquer juízo de censura que recaia sobre este legitimado.

Muito embora não compartilhe dessa análise, Gustavo Milaré Almeida registrou esse entendimento, aduzindo que

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

Como observou o mencionado autor, o Ministério Público estaria, *prima facie*, imune aos embaraços impeditivos de uma maior atuação das associações na tutela coletiva (*ibidem*, p. 32).

A primeira adversidade que se apresenta de forma intensa aos entes associativos diz respeito aos custos com o patrocínio da causa.

Com efeito, o Ministério Público é mantido pelo erário (arts. 21, XIII e 127, § 3º, da CF), além de dispensado do pagamento das custas e despesas processuais (art. 18 da LACP). Ademais, é detentor de legitimidade autônoma – *jus postulandi* – para o processo (art. 5º da LACP e art. 82, I, do CDC). Somadas, ambas as características mitigam a preocupação com efeitos econômicos de uma ação judicial.

Uma barreira de ordem subjetiva comumente levantada em desfavor dos grupos organizados toca com a inferioridade técnica e de informação, salientando que a atuação

²⁸ Essa expressão é mais apropriada do que a vetusta locução *custos legis*, coadunando-se com a dicção constitucional contida no art. 127, *caput*, que lhe cometeu a função de tutela da ordem jurídica. Além desta compreensão realizada no âmbito doutrinário esta nova envergadura normativa vem sendo notada pelo Guardião da Constituição merecendo registro o voto do Min. Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito 1968, no qual aderiu a esta lapidar denominação.

ministerial na tutela coletiva funciona por núcleos especializados – as denominadas Curadorias Especializadas – em cada matéria coletiva ou difusa a promover.

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

O Constituinte ao conferir a defesa precípua de bens e valores supraindividuais previu um mecanismo para subsidiar a tutela dos mesmos por meio da jurisdição que vem a ser o inquérito civil (art. 129, III, da CF).

Em seu bojo é possível coletar todas as informações, documentos, reclamações e perícias imprescindíveis a dimensionar eventual ameaça ou lesão a direitos difusos, permitindo se construir medidas de proteção extraprocessuais ou judiciais (Lei Federal no. 8625/93, art. 25, IV, “a” e “b” e art. 26, I a IV).

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

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

Culturalmente o mencionado autor afirma que a construção histórica de intervenção do Ministério Público foi voltada a defesa do interesse público primário, assim pode-se inferir uma vasta experiência de atuação acumulada na seara coletiva, sendo-lhe inexistente esta barreira.

No entanto, não é este o perfil dos demais entes autorizados a agir na tutela coletiva, caso dos entes federativos (art. 5, III, da LACP) e organismos estatais (art. 5º, IV, da LACP) habituados a defesa dos interesses patrimoniais do Estado, ou seja, o interesse público secundário (*ibidem*).

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

Esse aspecto, embora não seja desprezível, não caracteriza verdadeiramente um óbice a atuação ministerial.

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

Por estes inúmeros motivos é que a literatura jurídica nacional, de que é exemplo eloquente o magistério de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 678), consagra ao Ministério Público, na contemporaneidade brasileira, a condição de instituição imbuída e predestinada ao zelo do interesse público no processo, posição esta que se coaduna com o seu perfil constitucional de defensor da ordem jurídica (art. 127, *caput*), cometendo-lhe a defesa precípua de determinados valores e interesses supraindividuais e indisponíveis, dando-lhes o tratamento apropriado tanto na esfera extraprocessual quanto no campo das ações coletivas.

Não distoa desta compreensão a doutrina alienígena, como se colhe das lúcidas colocações de Mauro Cappelletti (1991b, p. 3) ao enfrentar o problema do acesso à justiça na esfera consumerista. O autor atesta que o delineamento normativo do Ministério Público brasileiro, aliado ao dinamismo, especialização e independência funcional no exercício de suas funções institucionais na seara coletiva, é um exemplo de êxito sem igual nos modelos congêneres tanto na Europa como em países do *Common Law*.

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

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

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

Como tal, a rigor, na vigente ordem constitucional, nenhuma das dimensões a que se empreste ao postulado em comento, seja de natureza formal tida como o direito de ação ou de feição substancial demandando um provimento judicial eivado dos valores efetividade e equidade, poderá escapar a sua inevitabilidade, vale dizer, sendo inadmissível qualquer obstrução ao seu exercício (MANCUSO, 2010, p. 50).

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

O panorama acima descrito tem instado os atores jurídicos e, por sua vez, o próprio Poder Legislativo a formular novas vias capazes de desafogar esse represamento de ações e estimular a própria sociedade a tomar para si a iniciativa de equacionar alguns impasses e discordâncias por meio de canais alternativos que primem por uma abordagem não adversarial²⁹(AZEVEDO, 2013, p. 13; SILVA, 2013, pp. 164 e 165) tais como a mediação e a arbitragem.

Estes instrumentos alternativos – ADR’S – mereceram uma especial atenção do legislador no novo Código de Processo Civil (arts. 165 a 175) como mencionado linhas atrás,

²⁹ Onde impera uma ideia de cooperação e busca negociada da solução do impasse afastando a tradicional polarização da lógica processual entre vencedor e sucumbente. Constrói-se um ambiente menos tenso, apto a recepcionar as divergências com vistas a harmonizá-las de modo a por fim aos resíduos conflitivos, em geral não resolvidos no campo judicial, e por tal razão tendem a recrudescer em novas lides. Há uma busca pelo valor justiça construído pelas partes no caso concreto, sem recorrer necessariamente a categorias abstratas contidas numa norma positivada.

tendo na mediação uma nova fronteira na esperança de desafogar o quadro alarmante de ações que entulham os tribunais.

A análise destes meios estatais e paraestatais de resolução escapa aos objetivos deste escrito, apenas sendo referidos de passagem para demonstrar a falência do sistema judicial em fazer frente a uma escalada de litigiosidade que caracteriza a atual quadra nacional.

Tal mudança de perspectiva nos transmite Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, pp. 49 e 50), acrescentando que essa postura tem assento constitucional, de modo que não padeceria de nenhum vício de inconstitucionalidade expandir esses meios alternativos de resolução dos conflitos.

Na experiência brasileira contemporânea, pese a garantia de acesso à justiça, não há negar que o próprio ordenamento positivo vai, gradualmente, buscando alterar a *cultura judiciarista*, ao disponibilizar outros meios compositivos (CF, art. 98, I – Justiça de Paz; CF, art. 217, § 1º – Justiça Desportiva; Lei 11.441/2007 – atribuição aos Tabeliões para realizarem, mediante escritura pública, separações e divórcios consensuais e inventários com herdeiros maiores e sem litígio).

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

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

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

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

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

Esse gigantismo é altamente custoso aos cofres estatais, além disto a resposta desta política judiciária não produziu o corte quantitativo esperado, como se verá abaixo, sendo patente a insatisfação do jurisdicionado com a delonga na respectiva prestação, produzindo um desgaste e perda de credibilidade social.

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

Mesmo a política de fixação de metas inaugurada pelo Conselho Nacional de Justiça³⁰, iniciada em 2009 no intuito de combater essa realidade alarmante, não arrefeceu esse ímpeto, vez que o horizonte exhibe uma realidade nacional calcada na cultura da sentença com

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

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

Atualmente a jurisdição deve ser compreendida menos como um Poder e mais centrada em sua função, colimando promover a resolução justa dos conflitos, exercida e pensada não tanto como um monopólio estatal, mas oportunizando instrumentos hetero e autocompositivos que

³⁰ Ao propósito, foi publicado em março de 2015 o relatório de diversas metas fixadas pelo CNJ, levando a público os números da situação judiciária no país. Chama-nos atenção, pela pertinência com o tema ora debatido, a META 1 que se propõe a julgar mais processos do que os distribuídos no respectivo ano. Esse indicador mede a taxa de congestionamento de cada tribunal e ramo especializado da justiça (trabalhista, eleitoral, militar, estadual, federal). No período compreendido entre 2010 e 2014 foram distribuídos 95 milhões de processos ao passo que os julgados alcançaram 87,1 milhões. Destaca o referido documento um incremento no período de 14,91%, remanescendo deste intervalo um passivo de processos acumulados de aproximadamente 7,9 milhões de processos.

levem a esse desiderato de distribuição da justiça, ainda que por intermédio dos chamados equivalentes jurisdicionais (MANCUSO, 2010, p. 58).

Bourdieu em sua consagrada obra sobre o poder simbólico discorre sobre esse monopólio do campo jurídico, indicando como uma de suas deformações o fomento de demandas, tendo como exemplo eloquente o considerável poder dos *lawyers* (BOURDIEU, 1989, pp. 232 e 234). Estes por deterem o capital cultural – domínio do saber jurídico – formulam a descoberta de situações potencialmente violadoras do valor justiça, gestando o sentimento de direitos, conjugando a capacidade de revelá-los com a oferta de soluções.

Pertinente registrar emblemática passagem do referido cientista social, na qual faz contundente censura a estes profissionais por

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

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

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

[...] as reformas do processo, embora importantes para baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panacea. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros factores quiçá mais importantes. [...] a distribuição dos custos mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com a (e não apesar da) demora nos processos. (SANTOS, 1985, p. 20).

O referido cenário, que perfeitamente se adequa à realidade nacional, depõe contra o princípio do acesso à ordem jurídica o qual é manietado em nome de interesses menores e

inconfessáveis, que seguramente passam ao largo do principal escopo político do monopólio do poder jurisdicional nas mãos do Estado: busca da pacificação social.

Neste toar parece desoladora - mas igualmente necessária para afastar a névoa do desconhecimento e da alienação que embaçam a visão do jurisdicionado e mesmo de certos atores jurídicos – a concepção transmitida por Bourdieu (BOURDIEU, 1989, p. 233) quanto à ideologia a guiar a funcionalidade do Direito

A constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos. A competência jurídica é um poder específico que permite que se controle o acesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele e a forma específica de que se devem revestir para se constituírem em debates propriamente jurídicos.

Assim se faz incontornável alguns temperamentos a essa cultura de busca imediata e desenfreada ao Poder Judiciário a todo e qualquer agravo ou dissenso nas relações interpessoais.

Esta postura esgarça o tecido social (MANCUSO, 2012a pp. 51 e 461), porquanto estreita as possibilidades de autocomposição fora da jurisdição, vez que a opção por esta última envia uma mensagem inequívoca de que uma das partes renunciou a busca por um entendimento construído de forma bilateral, para entregar a um terceiro o valor justiça que entende deva ser reconhecido.

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

Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, pp. 63 e 65) espousa um entendimento no qual destina ao postulado do acesso à justiça a condição de

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

Nesta linha de ideias e retomando a relevância da tutela coletiva na direção de conferir concreção ao postulado da ordem jurídica justa, aqui defendida, resta indubitável que há um abuso no manejo desta garantia fundamental, com repercussão danosa sobre a resolutividade dos conflitos de massa. São elucidativas a este respeito as colocações de Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 334)

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

O processo coletivo, inegavelmente, traz em seu âmago questões de forte apelo social, dotadas de uma intensa carga axiológica representada por bens e interesses caros à coletividade, a exemplo das ações e serviços de saúde, relações de consumo, probidade no trato com o patrimônio público, defesa do meio ambiente, serviços públicos de educação, eficiência da segurança pública.

Estas matérias, a seu turno, foram alçadas ao status constitucional por representarem aspirações populares que se prestam, minimamente, a erradicar a pobreza, garantir o mínimo existencial, diminuir as desigualdades sociais e numa projeção otimista ser um móvel a permitir a emancipação do indivíduo frente ao Estado e à comunidade onde se encontra inserido.

Pois bem, diante desta profusão de ações que abarrotam as varas e tribunais de forma incessante, muitas patrocinadas por esta cultura demandista, numa verdadeira indústria dos processos, as lides individuais têm esgotado³¹ a capacidade do poder judiciário em prover um serviço eficiente, tempestivo e marcado pela equidade.

Esse represamento, como visto neste trabalho, é atribuível ao ajuizamento desenfreado de demandas que poderiam buscar em mecanismos extraprocessuais ou ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) uma saída expedita, menos custosa e com resultados que não afetam as relações que subjazem ao conflito, como nas lides de família, nas questões trabalhistas e empresariais.

Diante desta dinâmica, também fica sensivelmente prejudicada a resolução das ações coletivas, que abarcam um universo gigantesco de interessados, com uma resposta uniforme,

³¹ Nem mesmo o elogiável esforço do Conselho Nacional de Justiça em instituir metas para melhorar a produtividade – como apontado na nota de rodapé anterior –, a realização de mutirões e semanas de conciliação têm sido capazes de debelar o prejuízo causado pela demora na prestação jurisdicional.

preventiva de incontáveis ações individuais sobre a mesma causa de pedir – atomização dos conflitos – mas que pela sua complexidade e natural delonga na construção de um provimento de mérito, são preteridas por demandas individuais de repercussão *inter partes*, porém de simples resolutividade (GAVRONSKI, 2005, p. 31; 2011, p. 215).

Semelhante distorção foi constatada por Boaventura de Souza Santos (1995, p. 19) ao discorrer sobre o aumento da litigiosidade e o comportamento dos julgadores diante dela ao assinalar que este fenômeno

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

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

O tratamento concentrado na defesa de um bem coletivo proporciona ganhos tanto na esfera processual quanto fora dela. Esse atributo foi captado por Boaventura de Souza Santos (2002, p. 8)

Admitindo as *class actions*, evita-se que numerosos membros do grupo venham individualmente congestionar os tribunais – economiza-se, então, tempo, trabalho e dinheiro. [...] As *class actions* podem ser uma eficaz arma de luta contra comportamentos anti-sociais, apesar das dificuldades técnicas de identificar todos os lesados e de dar conhecimento a todos os interessados.

Outro predicado da tutela coletiva é a sua intensa relação com a democracia participativa via jurisdição, possibilitando ao cidadão, por meio das entidades que representam e tutelam seus interesses, ter uma participação mais presente nos atos estatais, nos rumos da sociedade, sendo inegável a sua função política, já que acabam por interferir diretamente na condução de políticas públicas e ações e serviços estatais.

A propósito, são irretocáveis as considerações feitas por Ronaldo Porto Macedo Júnior acerca desta função sociopolítica de sindicatizar as condutas da Administração Pública, de modo a

favorecer que Judiciário participe da boa gestão da coisa pública sob a égide da democracia participativa. Eis a sua análise

A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial ONGs e o Ministério Público estão ampliando os foros do debate público sobre Justiça Social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização. (2010, p. 565).

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

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

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

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

3 O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E SUA AUTONOMIA FRENTE AO MODELO CLÁSSICO

Nos capítulos precedentes foram abordados os pressupostos filosóficos a embasar a proposta defendida neste escrito, mormente diante do vácuo legislativo envolvendo a disciplina do processo coletivo e a forma como este conforma a atuação judicial diante de conflitos massificados.

Neste diapasão, apontou-se como um modelo promissor o pós-positivismo, a justificar o avanço dos poderes judiciais, sem abandonar a devida correção normativa, fornecendo uma base teórica capaz de municiar os atores jurídicos a enfrentar os dilemas decisoriais da modernidade, que têm campo fértil no âmago das ações coletivas.

Num segundo momento buscou-se relacionar a importância da jurisdição coletiva para o postulado constitucional do acesso à ordem jurídica, sob um prisma a enriquecê-la materialmente com os predicados da equidade e efetividade.

Doravante iremos situar o processo coletivo no sistema jurídico, sua autonomia operacional, os princípios que lhe são peculiares. Ademais, será abordado o substrato social no qual incide e sua relevância diante da atual ordem constitucional.

Será enfrentada a conexão do processo coletivo com a emergência de uma nova ordem social, conflituosa, permeada por relações massificadas, a reclamar novos arranjos jurídicos que se amoldem perfeitamente às feições da jurisdição coletiva.

De igual modo a emergência deste novo ramo do processo será destacada pelas suas especificidades, tais como o direito substancial em disputa e os sujeitos envolvidos.

3.1 A posição dos direitos e interesses coletivos no ordenamento brasileiro e sua fundamentalidade. Por uma nova *summa divisio*.

Na quadra atual a existência de dois consagrados troncos no sistema jurídico, que se bifurcam em direito público e privado, se justifica apenas para fins didáticos, pois suas fronteiras há muito estão embaçadas (CAPPELLETTI, 132-135, 1977).

Ante a ascensão do constitucionalismo, com a lei fundamental ocupando a centralidade do ordenamento, seria mais adequado falarmos em ordem pública constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 5).

Os interesses metaindividuais são uma demonstração eloquente disto. Inúmeras relações e conflitos que aparentemente versam sobre relações privadas – de consumo, direito de vizinhança – a rigor têm potencial para alcançarem a coletividade dada à repercussão do dano, de modo que já não se pode mais falar em mero direito subjetivo, mais de um interesse a ser portado por uma gama maior de sujeitos.

Essa nova percepção da realidade foi captada por Mauro Cappelletti (1977, p. 135)

A summa divisio aparece irremediavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais “sofisticada” do que aquela simplista dicotomia tradicional. Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses “difusos”, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos.

A Carta Federal imanta todo o sistema, trazendo vetores axiológicos para a realização da filtragem da legislação que lhe é inferior, portanto, espria sua eficácia sobre normas de cunho privado e público (eficácia irradiante e vinculatoria).

Avançando sobre a abordagem defendida pelo processualista italiano, seria mais adequado, na linha do trabalho de Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 398), pensarmos em uma nova divisão, respeitando a conformação da Lei Maior, em direitos individuais e coletivos, além de garantias fundamentais que se aplicam a estes dois blocos.

Seria uma tarefa quase inalcançável pelo Constituinte buscar a formação de uma sociedade justa, livre e solidária, afastando as desigualdades, se houvesse a primazia de uma visão privatista que põe o sujeito como titular de um direito individual em maior relevo que a coletividade.

A despeito de críticas (SILVA, 2001, p. 195) feitas ao texto maior pela falta de explicitação no Capítulo I do Título II da CF no tocante ao rol dos direitos fundamentais coletivos, essa peculiaridade, ao reverso, só reforça a escolha do legislador em consagrar uma cláusula constitucional aberta, podendo incorporar todas as dimensões inscritas ou implícitas no texto (ALMEIDA, 2015, 420).

A previsão guarda sintonia com a cláusula geral aberta dos direitos e garantias constitucionais do art. 5º, § 2º.

Nossa ordem constitucional categorizou num mesmo patamar normativo os direitos individuais e coletivos. A nova construção está estampada no art. 1º e 3º do Título I da CF e no Título II, Capítulo I dos direitos e garantias fundamentais, subdivida em individuais e coletivos, sem descurar dos preceitos contidos no art. 5º, LXXXII (Ação Popular) e art. 129, III, donde são extraídos os mais destacados elementos³² deste novo enquadramento metodológico.

Esta nova *summa divisio* impõe mudanças dos paradigmas da própria interpretação e aplicação da ordem jurídica. Não é simplesmente uma proposta iconoclástica, mas tem por escopo conferir uma leitura adequada do nosso arcabouço constitucional, com seus princípios e métodos de interpretação aplicáveis ao direito coletivo, contribuindo na compreensão destes novos horizontes do fenômeno jurídico e da própria relação do Estado com a coletividade.

Esta superação é exuberante quando se debruça sobre um direito difuso, onde ninguém é portador exclusivo, ao tempo em que todos os membros do grupo ou categoria são titulares, derrubando a tradicional dicotomia, rigidamente bifurcada entre direito público e privado tendo subjacente a figura do direito objetivo em oposição ao subjetivo (CAPPELLETITI, 1977, pp. 132 e 135).

Dita diferenciação evoca uma posição típica do Estado Liberal que serviu de fundamento por largo tempo para a ciência jurídica, na qual se destinava ao direito privado o domínio da liberdade, do consenso, ao passo que o regime público cuidava das regras de coação, dotadas de imperatividade (*jus cogens*), características estas que hodiernamente estão presentes em ambas as disciplinas, tudo sob o pálio da *Lex Fundamentalis*, motivo por que Michel Miaille atribui-lhe a nota de um critério “simplificador e, por conseguinte falso, desta separação: não é apenas exagerado, é inexato.” (ALMEIDA, 2008, p. 395)

Essa divisão prestou-se a mascarar um verdadeiro contraste entre o indivíduo e o grupo social, polarização entre as relações privadas e aquelas regidas pelo direito público, podendo explicar o quão difícil ainda hoje é um indivíduo se reconhecer como titular de um direito transindividual, decorrência desta dicotomia entre sociedade e Estado, sustentada numa aparente cientificidade a serviço de uma ideologia que contraria os propósitos de nossa República (art. 3º).

³² Muitos estão dispersos ao longo do texto constitucional, alguns categorizados como direitos sociais, a exemplo do direito de greve (arts. 9º e 37, VII), de livre associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), direito às prestações de saúde (arts. 196 e 197) e educação (arts. 205 e 208), meio ambiente ecologicamente equilibrado saudável (art. 225).

De fato há uma gradual perda da utilidade desta polarização, mas não a negação da existência de situações onde há uma parêmia entre um direito individual clássico e outro público. A constatação é de que tal dicotomia pura se mostra insuficiente a novos direitos transcendentais ao indivíduo, que não se definem como individuais ou públicos, cujos interessados ou titulares se destacam pela indeterminabilidade (LENZA, 2008, 43).

O abismo entre ambos os domínios é próprio de uma era do Direito que remonta o período romano (MANCUSO, 2013, p. 42) e persiste em nossos dias como se verifica na organização de alguns tribunais por meio de seções de direito público e privado.

Esse *discrîmen* se desfaz com a emergência e o fortalecimento de grupos associativos e corporações, impulsionados pela massificação da sociedade e a força totalizante da globalização econômica, impondo entre o indivíduo e o Estado um terceiro ator social a capitanear esses novos interesses coletivizados por meio dos chamados corpos intermediários (*ibidem*, pp. 42, 44 e 45).

Essa nova configuração das forças atuantes no meio social foi bem captada por nossa Constituição, que atendeu aos reclamos jurídicos e sociológicos por meio de um modelo de democracia participativa, permitindo a estes agrupamentos intermediários – sindicatos, associações, partidos, órgãos de classe – a terem atuação integradora na gestão da coisa pública tanto diretamente (arts. 1º, V e seu parágrafo único; 205, 216, § 1º e 225) como por meio da jurisdição (arts. 5º, XXI e LXX; 103, VII, VIII e IX; 129, III e § 1º).

Essa *summa divisio* constitucionalizada franqueia uma intensa interação entre a sociedade e os organismos públicos bem como entre esses e os indivíduos, com vistas a implementação dos direitos fundamentais individuais ou coletivos, cujo balizamento vincula a atuação de todos.

Para arrematar este tópico não podemos olvidar que essa marcante coletivização tem gerado algumas perplexidades e preocupações.

O reconhecimento de que o indivíduo ao atuar de forma gregária tem maiores chances de êxito em suas pretensões, embora se dispa de certas prerrogativas pessoais, tem levado a uma exacerbada despersonalização do próprio indivíduo.

Aqui sobreleva o alerta de Mancuso (*ibidem*, pp. 46 e 47) no sentido de evitar uma exacerbção desse coletivismo molde a conferir uma coexistência equilibrada entre o binômio interesse individual e coletivo, não propriamente como esferas em intensa disputa diante da natural antinomia entre o aspecto “egoístico” ínsito ao primeiro e a massificação do segundo, mas

de uma colaboração da sociedade civil nos rumos da *res publica* tendo subjacente uma sociedade pluralista e sob a égide de uma democracia participativa.

3.2 O direito processual coletivo e seu *status* perante a ciência processual. A sua colocação como um microsistema

O primeiro enfoque na abordagem deste novo ramo processual é o *status* constitucional conferido aos direitos coletivos, por meio de sua consagração na epígrafe do Título II dos Direitos e Garantias Constitucionais.

De logo, infere-se que esses interesses coletivos se revestem da proteção judicial – inafastabilidade da jurisdição – ao tempo em que merecem uma tutela jurisdicional capaz de alcançar um acesso justo e efetivo (art. 5º, XXXV, da CF).

É justamente por intermédio do processo coletivo que tais interesses são instrumentalizados, relação essa que se opera por meio de princípios e parâmetros normativos próprios e, naturalmente, distintos do processo civil dito clássico ou individual.

Essa necessária ruptura com os institutos consagrados no processo civil comum foi descrita por Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 15) ao pontuar que as vicissitudes do direito material veiculado nessas demandas de massa impõem a construção de postulados e técnicas próprias a sua concretização, desaguando, inevitavelmente, na edificação de um novo ramo. Eis como vislumbrou tal mudança a citada processualista

A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual. Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do direito processual, *o direito processual coletivo*, contando com princípios próprios e tendo objeto bem-definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para a detecção desta nova categoria de tutela dita coletiva é incontornável apontar seus elementos peculiares, a saber, a presença de um interesse público primário como alicerce temático, a legitimação processual diferenciada, o apontamento de uma situação jurídica coletiva *lato sensu* como pretensão ou sujeição e o espectro eficaz subjetivo do pronunciamento judicial.

Neste passo é que tomamos de empréstimo a definição dada por Antonio Gidi (1995, p. 16) acerca do processo coletivo como aquele inaugurado por uma ação coletiva

[...] proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada.

Para ainda um debate em torno de mais um atributo imprescindível a caracterizar o processo coletivo, consistente no requisito interesse social ou público (*public law litigation*).

De acordo com o magistério de Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. (2011, p. 37) a jurisdição coletiva tem em mira a preservação da harmonia e a realização dos valores e pretensões da sociedade albergados no texto constitucional por meio de princípios e programas vocacionados à sua implementação, daí a identificação da ação coletiva com um processo de interesse social ou público.

Essa posição se refletiu em quase todos os anteprojetos³³ de código de processo coletivo ao lançarem mão da expressão relevância ou interesse social como requisito específico ao manejo da tutela transindividual (art. 2º, III, do CMI-A; art. 20, § 1º, do CPCO-IBDP; art. 8º, II, do CPCO-UERJ/UNESA).

Sem negar essa relevante função de proteção a determinada tábua axiológica de uma comunidade – interesse social ou litigação de interesse público – parcela da doutrina (CERQUEIRA, DONIZETE, 2010, pp. 19 e 20) considera essa exigência uma limitação ao acesso à tutela coletiva, francamente pensada e edificada para atender uma litigiosidade contida.

Esse contraponto levanta ainda o risco da criação de barreiras por parte de setores conservadores do Poder Judiciário ao interpretar no caso concreto a dimensão deste conceito jurídico indeterminado condensado na fórmula interesse social.

³³ Destacam-se os trabalhos capitaneados por: i) Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, dentro dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA, doravante citado como CPCO-UERJ/UNESA; ii) Antonio Gidi, o qual edificou um programa normativo denominado código-modelo para os países de direito escrito, doravante citado como CPCO-GIDI; iii) Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, como modelo de codificação para países da comunidade ibero-americana, que neste trabalho será referido por CMI-A, e iv) o trabalho coordenado por Ada Pellegrini Grinover, cujo anteprojeto foi concebido no programa de pós-graduação da USP, tendo recebido a contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), e nesta dissertação receberá a denominação CPCO-IBDP.

Uma postura mais rigorosa fatalmente obstruiria o prosseguimento de uma demanda coletiva por meio de um juízo subjetivo acerca do impacto³⁴, em um dado organismo social, da pretensão deduzida, em suma, retiraria do legislativo a primazia na definição do que pretendido como tutelável coletivamente.

Essa preocupação ganha vulto diante dos interesses essencialmente coletivos – difusos e coletivos *stricto sensu* – que já contam com uma proteção material pelo ordenamento, mas que podem ter o acesso negado à jurisdição coletiva por não preencher numa determinada lide concreta o interesse social. Aos acidentalmente coletivos – individuais homogêneos –, tal exigência mostra-se salutar vez que pela sua abundância nem sempre agregam esse atributo (CERQUEIRA, DONIZETI, 2010, p. 18).

Aliada a esta guinada consolidada pelo Constituinte já havia um clamor para a formação de uma estrutura normativa alinhada a esses valores metaindividuais diante da percepção quanto à insuficiência do modelo capitaneado pelo Código de Processo Civil (DIDIER JR., ZANETI JR. 2011)

Essa exigência foi atendida pela edição do Código de Defesa do Consumidor, por imposição expressa contida no art. 48 da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), inaugurando um microsistema coletivo no ordenamento brasileiro.

A nova roupagem normativa confronta o dogma positivista da completude e da figura do legislador racional por meio das codificações como um *locus* contendo decisões estabilizadas, dotadas de previsibilidade e segurança tão caras ao ideário individualista imperante nos séculos XIX e meados do século XX.

Os microsistemas compõem leis esparsas ou extravagantes para regulação de certas relações jurídicas, que por sua especificidade e regência por princípios peculiares, não se harmonizam com o figurino das chamadas normas gerais de um sistema ou codificação rígidos (MAZZEI, 2009, pp. 376 e 377).

Numa palavra, este universo legislativo é refratário a uma unidade sistemática almejada pela existência de uma codificação, pois há uma natural incompatibilidade dado que cada um é moldado em sua construção por métodos, critérios, influxos e mesmo filosofia próprios a guiar esses dois modelos distintos.

³⁴ Aqui compreendido no sentido de ponderar qual a relevância da hipótese em julgamento diante da natureza do bem jurídico violado ou ameaçado, as características da lesão, o número de pessoas afetadas, dentre outras variáveis a se considerar para atingir relevância social.

Como bem atentou Rodrigo Mazzei (*ibidem*, p. 377), tanto a jurisdição coletiva quanto a disciplina normativa das especialíssimas questões de direito material envolvendo interesses transindividuais tiveram no microsistema sua acomodação ideal.

Atribui-se a condição de microsistema em virtude do conteúdo de inúmeras regras contidas no Título III do CDC que tratam justamente da defesa do consumidor em juízo.

Destacam-se inovações na seara processual, todas predispostas a dar concreção a bens e valores coletivos, do seguinte teor: i) atipicidade dos meios judiciais para a defesa coletiva dos direitos (art. 83); ii) a tutela específica com primazia sobre a compensação pecuniária, enunciando como postulado a tutela adequada (art. 84); iii) nova disciplina da coisa julgada, com a extensão subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais, além da concepção da coisa julgada *secundum eventum litis e secundum eventum probationis* (art. 103); iv) regulamentação da relação entre a ação coletiva e a individual (art. 104) (MENDES, 2014, p. 205).

Tamanha as especificidades que emergem da Lei Federal no. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor-CDC), cujo centro harmonizador e irradiador mais eloquente concentra-se na definição normativa sobre direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos (art. 81), que respeitáveis setores da doutrina (GIDI, 1995, p. 77) consideram-na como uma verdadeira codificação, representando um modelo estrutural para os processos coletivos no país, espraiando sua aplicabilidade para todas os programas normativos nesta seara especialíssima (MENDES, 2014, p. 205).

Nessa ambientação normativa o CDC revigorou a Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública-LACP) ao ampliar seu objeto – art. 1º, IV – e âmbito de incidência, ao tempo em que firmou sua posição como um dos principais alicerces na formação deste sistema coletivo, introduzindo uma regra de complementariedade recíproca com a codificação consumerista por meio da exegese conjunta dos dispositivos do art. 21 da LACP e 90 do CDC.

Essa simbiose foi impulsionada pela nova dinâmica acelerada e multifacetária das sociedades modernas, marcadas por uma pluralidade de relações jurídicas cada vez mais específicas e infensas a uma regulação abrangente, exigindo do legislador diplomas próprios consentâneos com os matizes das situações materiais envolvidas.

Diante da proliferação de programas legislativos na seara transindividual – em defesa de interesses menores, ambientais, do patrimônio público, da concorrência, da saúde, grupos

vulneráveis, da igualdade racial, dentre outros – tornou-se imprescindível a elaboração de um arcabouço para a jurisdição coletiva a conferir um diálogo entre todos esses regramentos, numa interação e complementação mútua.

Deste modo fica atendida a coesão do sistema, sustentando-se em ambos os diplomas em comento, responsáveis por informar os pressupostos de estruturação dando aos demais um vetor de interpretação e aplicação, validando determinadas linhas hermenêuticas adotadas como soluções para impasses ou lacunas decorrentes da ausência de uma codificação (DIAS, 2012 p. 392).

Esse diálogo das fontes legislativa no âmbito do processo coletivo vem se fortalecendo em nossos Tribunais, de que é exemplo eloquente o seguinte julgado

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (STJ, 1ª Turma, REsp 510150/MA, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/2/2004).

Uma decorrência metodológica e hermenêutica da criação deste microsistema diz respeito ao preenchimento de lacunas e omissões regulativas em cada um dos diplomas que o compõe.

Havendo divergência ou um vazio normativo sobre determinado tema ou instituto em uma das leis do universo coletivo, a etapa seguinte é buscar no CDC e na LACP a regra incidente, e se porventura estas não colmatarem a lacuna então cumprirá ao intérprete realizar uma varredura nos demais textos legais que integram o sistema coletivo para solver a questão.

Esse *iter* reforça a concepção motriz do microsistema coletivo como irrigado por vasos intercomunicantes, sendo o diferencial da tutela de massa já que o comum é a existência um único diploma legal nos demais microsistemas, de modo que nesses outros é mais suscetível a aplicação subsidiária de normas gerais codificadas.

Neste passo, resta indubitoso o relevante papel de todas as leis especiais dentro deste microsistema, a conferir uma aptidão para preencher eventual carência regulativa das outras, em suma, destacando a plena complementariedade em seu âmago (MAZZEI, 2009, p. 383)

Como inferência a esta construção o recurso hermenêutico ao Código de Processo Civil é a última alternativa a ser buscada pelo aplicador, de tal modo que parcela significativa dos estudiosos (DONIZETTI, CERQUEIRA, 2010, pp. 29-31; MAZZEI, 2009, pp. 382-384; DIDIER JR, ZANETI JR, 2011, pp. 49 e 55) entoam a ampla e irrestrita interpenetração entre os corpos legislativo da tutela de massa.

Essa vertente compreende uma aplicabilidade meramente residual ao CPC na seara processual coletiva, ao invés da concepção subsidiária que remeteria o operador da norma a invocar em primeira mão aquela codificação diante de algum vácuo ou antinomia.

A razão primordial para tal é a incompatibilidade, *prima facie*, entre um diploma erguido sobre uma matriz liberal-individual tendo como alicerce uma ordem constitucional diversa da atual que sustenta inúmeras leis de cariz coletivo – no plano material e processual – inspirada por valores e objetivos hauridos de um paradigma de Estado Social inaugurado pela Carta Cidadã de 1988.

Então para que se possa valer do código de ritos nos conflitos metaindividuais urge o exame, em caráter residual, de uma dúplici compatibilidade: i) formal, vale dizer, os seus preceitos de modo algum podem levar ao malferimento das disposições das leis deste microssistema e ii) material no sentido de não impedir ou por em risco a efetividade da tutela jurisdicional coletiva (ALMEIDA, 2015, p. 435).

Essa simbiose entre as leis do sistema coletivo, infensas a um receituário normativo rígido típico de um código, com seus consecrários de completude e hermetismo nas soluções, proporciona uma maior durabilidade da norma – que tende a se corroer com o tempo – e uma crescente maleabilidade do seu conteúdo frente aos desafios da modernidade, cada vez mais insaciável por mudanças em tempo real a exigir um dinamismo incapaz de ser atendido pelas codificações.

Daí a utilidade da jurisdição coletiva se apresentar como um microssistema, donde o imperativo pela comunicação entre seus corpos legislativos lhes assegura uma almejada atualidade e organicidade (DIDIER JR., ZANETI JR., 2011, p. 53).

Importa sublinhar que essa intensa articulação não é compartilhada de forma irrestrita por todos os processualistas, havendo quem questione, dentro de uma perspectiva positivista clássica, que cada um dos estatutos ou diplomas extravagantes de cunho coletivo tem um núcleo operacional específico, por conseguinte, incogitável a interação.

O fundamento basilar desta posição parte da premissa – essencial aos adeptos do positivismo legalista – de que a exceção da lei consumerista e da LACP, os demais programas normativos a exemplo da Lei da Ação Popular e do Mandado de Segurança em momento algum veiculam essa interpenetração ou se submetem às normas gerais contidas naquelas leis, ao reverso invocam expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Essa intercambialidade seria aceita pela literatura especializada sem maiores reflexões, partindo-se desta concepção integrada entre o sistema processual coletivo como um verdadeiro axioma (DIAS, 2012, pp. 385, 393 e 394).

A despeito deste alerta metodológico, o autor centrou suas ressalvas não propriamente no reconhecimento de normas de superdireito – com funcionalidade de operacionalização e aplicação às demais – dentro da jurisdição coletiva, mas na necessidade de fundar esta conclusão em uma das correntes da teoria do direito (*ibidem*, pp. 385 e 391) capaz de justificar uma postura defensiva de um microssistema regido pelo CDC e LACP, em harmonia e interpenetração com outras leis especiais.

Ademais, o autor referido partiu sempre de uma ótica positivista estrita para censurar o raciocínio elaborado pelos defensores deste microssistema, sustentando que esse paradigma – presumivelmente utilizado por quem professa a decantada simbiose – é inadequado para justificar que diplomas de mesma hierarquia legislativa possam ser reputados como regras de cunho geral para fixar padrões de aplicação de outras.

Ora, ao nominar os processualistas Fredie Didier e Gregório Assagra de Almeida (DIAS, 2012, pp. 392 e 393) olvidou que ambos são refratários ao Positivismo como paradigma para compreender e aplicar o Direito, e embora tenham feito menção a argumentos que evoquem a aplicação de preceitos legais, é de bom tom recordar que o Pós-positivismo, como dito no capítulo introdutório deste trabalho, é um arquétipo em construção com múltiplas vertentes, mas que em nenhum momento propõe o repúdio ao direito posto, almejando ir além de uma visão estrita de sua produção para reconhecer outras fontes e técnicas de interpretá-lo, de tal maneira que o ordenamento positivado, por conseguinte suas produções legislativas, ainda têm valor operacional na atuação dos atores jurídicos.

Um outro aspecto a se destacar sobre a defesa de um microssistema coletivo diz respeito a sua compatibilização prática, vale dizer, sua operacionalidade em uma lide concreta.

Na contemporaneidade, há uma exacerbada fragmentação dos saberes com um aumento exponencial em busca de especialistas, vez que há um amplo canal de acesso às informações transformando temas complexos em nichos acessíveis somente a um grupo restrito.

No contexto da jurisdição coletiva esse cenário se exagera diante da intensa interdisciplinaridade, impondo aos sujeitos processuais o contato com conhecimentos técnicos fora da seara jurídica como sói ocorrer nas demandas coletivas, onde se debate a implementação de determinado tratamento médico ou a extensão da poluição causada por determinado empreendimento (GAVRONSKI, 2010, pp. 216 e 217).

Não há como os atores jurídicos equacionarem tais situações sem recorrer aos *experts*.

Assim, a engenhosa interação dos textos impõe que o conjunto de bens coletivos se fragmente resultando em dificuldades na prática judicial, pois numa determinada lide ambiental ou de improbidade os operadores deverão buscar na lei consumerista a construção do foro competente debatendo entre o local do dano se regional ou nacional, examinar na Lei da Ação Civil Pública ou mesmo na ação popular o cabimento ou não do reexame necessário. Isso sem descuidar as intrincadas matérias sobre litispendência, coisa julgada, o *fluid recovery*, enfim, tantos outros institutos amoldados ao processo coletivo (MANCUSO, 2012b, p. 25).

Diante deste imbróglio foi que surgiram inúmeras iniciativas para a codificação em busca da salutar segurança e efetividade da tutela coletiva. Foram elaborados alguns projetos³⁵ de Código de Processo Coletivo com estes escopos, e apesar de não terem avançado no plano legislativo, inspiraram inovações contempladas no Projeto de Lei 5.139/2009 para uma nova Ação Civil Pública.

Sem embargo da celeuma acerca de qual melhor disposição normativa para a tutela de massa, seja por meio de um microssistema ou codificação, discussão que escapa à proposta deste trabalho, pode-se asseverar, sem incorrer no risco de generalização, haver um consenso quanto à autonomia do processo coletivo em relação ao processo comum individual a tal ponto de merecer o tratamento de um ramo segmentado, embora não necessariamente incomunicável com aquele.

Nesta linha de ideias soa mais razoável, tendo em consideração a temática desenvolvida nessa dissertação, sustentar uma imersão maior do julgador na fase instrutória das lides coletivas diante das especificidades que fizeram brotar este novo ramo do processo civil, dotado de feições

³⁵ Já devidamente mencionados na nota de rodapé anterior desta seção 3.2 do presente capítulo.

ímpares a justificar um regramento próprio, com princípios e regras interpretativas distintas do modelo individual.

3.3. Princípios típicos da tutela coletiva sob o influxo do formalismo-valorativo

No tópico anterior ficaram demarcadas as peculiaridades que tornam o processo coletivo um universo normativo relativamente autônomo – pois ainda dialoga com o modelo codificado –, em especial sua estrutura como um microssistema permeado por uma ininterrupta comunicação entre seus referenciais normativos.

Diante desta característica, para alcançar o *status* de ramo é forçoso que exiba um conjunto de princípios ínsitos ao direito processual coletivo, dando uma conformação ao seu objeto e dirigindo o método de compreensão e incidência de suas regulações.

Esse corpo principiológico se mostra fundamental nesta disciplina jurídica dada à ausência de um conjunto bem preciso e sedimentado de normas processuais, a tal ponto que ainda existe uma forte tendência de condensar esse volume disperso em um código (ALMEIDA, 2015, p. 430).

Assim os princípios cumprem a função primordial de imantar, como um verdadeiro núcleo no âmbito do processo coletivo, todas as leis e normas esparsas do microssistema, dando-lhes mais unidade e coesão hermenêutica.

Ainda nos subsidiando do escólio de Gregório Assagra de Almeida (2015, p. 430), essa tarefa cometida aos princípios é realçada na tutela de massa em decorrência dos seguintes fatores: i) sua natureza processual-constitucional-social; ii) a sua importância jurídica, social e política; iii) potencialidade da sua tutela jurídica; iv) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem sedimentadas; v) a generalização, a relativização, a força normativa e superioridade vinculante e irradiante dos princípios sobre as simples regras.

Como tivemos oportunidade de discorrer no capítulo primeiro, vivemos uma transição de paradigma na ciência jurídica, em particular despontando o Pós-positivismo tendo, dentre outros aportes, revitalizado o emprego dos princípios na tarefa exegética, reputando-os como normas jurídicas com propriedades distintas das regras, de modo que sua funcionalidade traz uma nova metódica na tarefa de interpretar e aplicar o direito.

Esse ressurgimento dos princípios também alcançou – como não poderia ser diferente dada sua disciplina constitucional – a tutela coletiva, de que é exemplo lapidar o PL no. 5.139/2009, cujo propósito é editar uma nova lei da ação civil pública. Neste projeto, há um capítulo inteiro dedicado a apontar seus princípios típicos como se observa pela redação do art. 3º, tornando mais segura e efetiva uma atuação concretizadora dos bens coletivos.

Diante destas considerações, é preciso assentar também a natureza aberta – não terminativa – do rol de direitos metaindividuais modelado pelas demandas sociais e a interação dessa aldeia global gestora de inéditas e complexas relações a desafiar um renovado figurino jurídico.

Dentro desta perspectiva merece registro as seguintes ponderações

Trata-se de uma *cláusula constitucional aberta sobre o próprio direito coletivo*, como direito constitucional fundamental, com o condão de incorporar todas as dimensões constitucionais sobre direitos coletivos, previstas expressamente ou implicitamente [...] O fato de o direito coletivo pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-postivismo (ALMEIDA, 2010, pp. 256 e 257).

Partindo da premissa de que não é possível esgotar (art. 129, III, última parte da CF c/c art. 1, IV da LACP), de antemão, quais interesses e reivindicações podem ganhar o rótulo de coletivo, de igual modo sua tábua principiológica está em constante construção, explicando a diversidade de nomenclatura e do elenco de postulados entre os diversos autores e obras sobre a matéria.

Apesar desta constatação, há certo consenso girando em torno de algumas diretrizes alçadas a condição de princípios, reprisando inexistir qualquer atitude pretensiosa deste escrito em indicar um catálogo imutável, mas nos arvorando a consignar, na esteira do magistério de Gregório de Almeida Assagra (2015, pp. 432-434), os seguintes: i) do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; ii) da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; iii) ativismo judicial ou máxima efetividade do processo coletivo; iv) não-taxatividade da ação coletiva; v) disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva; vi) legitimidade ativa concorrente ou pluralista; vii) interpretação aberta e flexível da causa de pedir e pedido.

Como introito para análise dos mesmos, é preciso assentar uma premissa que guarda relação com a opção feita neste estudo, qual seja, o norte interpretativo dos princípios se fará sob

o manto do Pós-positivismo, especialmente ancorado no dogma da supremacia das normas constitucionais a conformar toda a legislação que lhe é sujeita.

Dentro desta linha, na seara processual, os princípios da tutela coletiva se submetem ao fenômeno da constitucionalização o qual impõe que os valores da Lei Fundamental deverão guiar todas as normas processuais, de forma que o processo sirva à realização daquela, por conseguinte, seguindo uma linha metodológica que se denomina de formalismo-valorativo (ZANETI JR., GOMES, 2012, p. pp. 311, 315 e 316).

O formalismo-valorativo se insere no tema do desenvolvimento histórico e metodológico do processo civil, embora tangencie a temática dessa dissertação, é de suma importância tecer considerações dada à sua repercussão na forma de conceber o papel dos princípios e demais institutos na seara metaindividual.

Esta fase denominada formalismo-valorativo se opõe ao modelo instrumentalista, cuja base deve-se ao trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Referido processualista (2003, pp. 6 e 7) perfilha a compreensão da totalidade do processo como abarcando sua porção formal – ritos e formalismo – sem descuidar a delimitação dos poderes e faculdades das partes e do julgador, tudo predisposto ao atendimento de suas finalidades maiores: busca da justiça e pretensão de correção, ambos em conformidade com a Constituição.

No instrumentalismo se propunha relações entre processo e Constituição em termos tais a indicar uma quase relação de paridade, com a insistência de que o processo civil como disciplina ostentaria ainda certa esfera de autonomia teórica em relação ao direito constitucional. Nessa perspectiva, busca-se a efetividade entendida como a realização do direito material, ainda que este esteja divorciado de uma harmonia com o texto constitucional. Ademais, haveria uma assimetria com ênfase na figura do julgador, por ilação, a jurisdição passa a ser o centro do processo (ALMEIDA, 2007, pp. 132 e 138).

Ricardo Barros Leonel (2011, p. 22) pondera que sob o instrumentalismo houve uma preocupação com o denominado processo civil de resultados, e apesar do seu alinhamento à posição do formalismo-substancial, reconhece que aquele impulsionou avanços na busca de um pleno acesso à ordem jurídica do qual se beneficiou fortemente a jurisdição coletiva.

Esse receituário foi superado em nome do incontornável giro metodológico por que passou todo o ordenamento pátrio – impulsionado pela promulgação da Carta Federal – donde a

bússola normativa passou ser o seu texto, ditando toda a atividade de interpretação das demais, normas num fenômeno cunhado por constitucionalização do processo.

Vem essa nova vertente realçar que o fim do processo é a justiça nos moldes delineados na tábua axiológica constitucional, na esteira da concepção de sua supremacia e unidade.

Por sua vez, se aproxima duma postura que valoriza a colaboração, impondo ao julgador não somente observar os ditames do devido processo legal, em especial o contraditório sob o viés da dialeticidade, como também assegurar o direito à influência e o dever de dialogar com as partes, buscando em última instância reequilibrar as forças entre os litigantes dentro da relação processual (ZANETI JR., GOMES, 2012, pp. 315 e 316).

Neste último aspecto já se delineia afinidade do formalismo-valorativo com o modelo cooperativo³⁶ de processo, instituindo uma comunidade de trabalho entre os sujeitos numa perspectiva simétrica – especialmente na etapa probatória – com o escopo de alcançar a justiça material fundada nos valores constitucionais como a boa-fé, a isonomia material e o devido processo legal substancial.

Embora essa guinada para o modelo cooperativo tenha sido abraçada pelo novo Código de Processo Civil (Lei Federal no. 13.105/2015, art. 6º), é relevante assentar que de há muito já vem sendo sufragado pelos estudiosos do processo coletivo como demonstram os dispositivos do anteprojeto CPCO-IBDP (art. 2º, alíneas “e” e “f” c/c art. 11, § 3º) e do PL no. 5139/2009 art. 3º, VII c/c art. 20, IV.

Outra característica exurgente desta nova fase metodológica é a de que o fim último do processo não se limita a proclamação da vontade objetiva da lei, numa palavra, a aplicação ou não do direito positivo. Isso implica dizer que a jurisdição deve almejar também a realização das opções políticas fundamentais – de matriz constitucional – atendendo as expectativas sociais aninhadas nestes vetores predispostos ao atendimento das necessidades da coletividade, sempre cambiantes e de forte relevância social (LEONEL, 2011, pp. 32-36).

Ora, é a tutela coletiva como ferramenta para o exercício da democracia participativa franqueada por essa busca de concretização de normas constitucionais, cuja carga eficaz forçosamente conduz a uma juridicização da política, introduzindo no ambiente judiciário demandas que envolvem a implementação de políticas estatais.

³⁶ Tratado com mais vagar no final do capítulo quarto desta dissertação.

Nota-se, então, uma busca pela substancialização da relação jurídica processual, apartando-se do formalismo ainda presente no programa esposado pela corrente instrumentalista, por meio de uma guinada na percepção do processo como um direito fundamental.

3.4 Dos postulados do interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo e do ativismo judicial

Da exposição dos contornos interpretativos dos princípios acima transcritos dois em particular mantém indelével conexão com os objetivos perseguidos nesta empreitada acadêmica, a saber, o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do e o ativismo judicial.

Ambos se relacionam diretamente na proposta de aprofundamento dos poderes judiciais nas lides de massa, notadamente na etapa probatória, como mecanismo idôneo a conferir uma tutela plena aos valores transindividuais – em particular aqueles de timbre constitucional – por meio de um reequilíbrio de forças na relação processual, o qual é imprescindível quando um dos legitimados for oriundo do terceiro setor.

O primeiro deles toca com o ativismo judicial.

Essa diretriz resulta da própria existência do processo de interesse público (*public law litigation*) mencionado linhas atrás, traduzido pelos estudiosos e nossos pretórios como a forte presença de um bem ou valor de relevância social.

Essa singularidade foi bem sintetizada por Fredie Didier e Hermes Zaneti (2011, p. 37) ao discorrerem que as demandas de massa

envolvem, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos destas demandas, credor/devedor).

Referido componente especialíssimo na tutela coletiva emerge da natureza de algumas matérias debatidas em seu âmago, notadamente aquelas envolvendo implementação de políticas públicas (*policy-implement*) explicitadas como deveres governamentais na Lei Maior. Esse reconhecimento vem ocupando a ordem do dia nos Tribunais Superiores como faz ver o elucidativo excerto do seguinte julgado:

[...] autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. [...] a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas não se faz de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada. (Resp. nº 1.047.197-MS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 25/8/2009).

A funcionalidade em apreço impõe um maior engajamento do julgador (*judicial activism*) na tutela coletiva em determinadas etapas do procedimento, nas quais o pêndulo se inclina para um maior predomínio do modelo inquisitivo³⁷, sem descurar que este garante a efetividade do poder jurisdicional sempre que provocado, de modo a não vulnerar a disponibilidade da mesma tutela que se conserva nas mãos dos litigantes.

Neste passo é inegável uma aproximação de nosso sistema com as *class actions* do direito estadunidense onde há um forte controle das demandas coletivas por parte do magistrado condensada nas *defining functions* (MENDES, 2015, p. 75).

Dentre elas se destacam a possibilidade de desmembramento do processo coletivo, a certificação da ação como portadora de um verdadeiro direito ou interesse de massa, a permissão para flexibilizar a técnica processual na interpretação do pedido, definição do momento em que será possível as liquidações individuais com lastro em sentença condenatória genérica (*fluid recovery*) e etc (ZANETI JR., GOMES, 2012, p. 321).

No ordenamento pátrio esse impulso oficial se destaca na mitigação do princípio da demanda (*nemo iudex sine autore*) previsto no art. 7º da LACP onde se revela uma postura judicial voltada a instar os autores coletivos a moverem a respectiva ação civil pública.

Essa posição é partilhada tanto pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (CPCO-IBDP art. 2º, alínea “i” c/c art. 8º), quanto pelo anteprojeto da lavra do professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (CPCO-UERJ-UNESA, art. 10), mantendo-se semelhante disciplina no projeto de lei da nova LACP, art. 3º, III, *in fine* c/c art. 61.

Outra manifestação do ativismo judicial vem se consolidando na possibilidade de o Poder Judiciário perquirir a pertinência temática (art. 82, IV, do CDC e 5º, I e II da LACP) nas

³⁷ Sobre as notas características deste modelo em confronto com o princípio dispositivo e o novel processo colaborativo remetemos à leitura do capítulo quarto.

ações coletivas movidas por associações e ONG's bem como a aferição em concreto da representatividade adequada destes legitimados coletivos frente a situações inequívocas de sua utilização indevida, abusiva ou diante de uma inaptidão – v.g. técnica, econômica e jurídica – para a defesa do bem coletivo com sério risco de convolar-se numa coisa julgada danosa à sociedade, ao grupo ou interessados (GUEDES, 2012, pp. 159, 164, 165, 173 e 175).

Esse controle se dá *ope iudicis* por meio da avaliação em concreto feita no limiar da ação, ocasião em que o órgão jurisdicional poderá, excepcionalmente, afastar a presunção legal de representatividade de algum legitimado oriundo do terceiro setor – associações – extinguindo o feito sem resolução do mérito numa postura em defesa dos próprios bens coletivos postos em risco com o prosseguimento do feito, cuja relevância social justifica esse avanço do princípio inquisitório.

As propostas de codificação seguem essa mesma linha de entendimento como se colhe do CPCO-UERJ/UNESA (art. 8, I) e CPCO-IBDP (art. 20, I e II).

Contudo, o PL nº 5.139/2009 caminhou em outro sentido ao presumir a relevância social, política e até jurídica de demandas portando direitos transindividuais de qualquer espécie, inclusive aqueles acidentalmente coletivos como os individuais homogêneos, pois seria inato a todas o benefício consistente no fortalecimento do acesso à justiça, à economia processual e o tratamento mais igualitário proporcionado pelo perfil da jurisdição coletiva (MENDES, 2014, pp. 269 e 270).

Também se revela esse ativismo na condenação genérica prevista no art. 100 do CDC, quando o tribunal se pronuncia sobre a violação a um direito metaindividual que comporta quantificação do dano por cada um dos seus titulares afetados, porém por se quedarem inertes, caberá ao magistrado fixar essa indenização residual em favor de fundos públicos (ZANETI JR., GOMES, 2012, p. 322).

Como já abordado em outra passagem deste tópico, exemplo emblemático do *activism judicial* é o controle de políticas públicas concernentes a obrigações constitucionais inexcusáveis – v.g. aporte financeiro nas ações e serviços de saúde, manutenção e reforma de estabelecimentos públicos de ensino, construção de creches, obras de saneamento básico – ficando suplantado o dogma da insindicabilidade do mérito administrativo – conveniência e oportunidade – ante a imperiosa necessidade de atender demandas essenciais a serem providas por ações governamentais, as quais convergem com a manutenção do mínimo existencial.

Nesta senda, nossos tribunais superiores³⁸ vêm albergando essa posição mais vanguardista em favor destes bens coletivos *lato sensu*, compelindo os demais poderes a observarem os direitos fundamentais fazendo-o por meio de providências estatais concretas.

A pujante atuação judicial revelada nestas hipóteses, repita-se, tendo subjacente o modelo cooperativo onde há um diálogo intenso entre as partes sob o pálio de um contraditório efetivo – participação, influência e consulta – legitima-se na jurisdição coletiva diante do exuberante interesse público no equacionamento e proteção de bens e valores coletivos inestimáveis aos objetivos do constituinte de edificar uma sociedade mais justa, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV da CF).

O segundo princípio a ser abordado é o denominado interesse no conhecimento do mérito nas lides coletivas.

Debruçando-se sobre o tema Gregório Assagra de Almeida (2010, p. 254) invoca como fundamento a diretriz do compromisso que detém o Poder Judiciário de ser um dos agentes transformadores da realidade nacional, além do dever de promoção e tutela dos direitos e garantias sociais fundamentais estampados nos preceitos contidos nos arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88.

Com lastro nesse fundamento, propõe-se ao julgador flexibilizar os pressupostos processuais e condições da ação, a exemplo do que dispõe o art. 5º, § 4º da LACP, para apartando-se de um rigorismo formal, alcançar o exame do mérito, o qual justamente relaciona-se à situação conflituosa de cunho coletivo, realçando a função social da jurisdição com o amplo alcance próprio das questões massificadas.

Neste sentido, se posicionou o anteprojeto capitaneado por Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 14) ao consagrar a instrumentalidade das formas e a flexibilização da técnica processual como princípios informadores das ações coletivas (CBPCO-IBDP, art. 2º, alínea “h” e “j”), aqui

³⁸ Pode-se registrar os seguintes julgados: STF, RE 273.834-4/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 31/10/2000; STF, RE, 393.920-3/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26/3/2004; STF, AgRg na STA 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16/6/2009; STJ, Resp 1.041.197-MS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 25/9/2009. Poder-se-ia repetir, *ad nauseam*, outros precedentes, no entanto, pela precisão com que tratou a matéria, merece registro passagem do voto do Min. Celso de Mello, relator no ARE 639337/SP, j. em 23/11/2011. Trata-se de ação civil pública onde se postula a garantia do ensino infantil a crianças até cinco anos em creche ou pré-escola. Eis o excerto: “embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que, em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”

imbuídos dos referenciais – mencionados no tópico anterior – propostos pelo formalismo-valorativo que pregam uma aplicação da norma enriquecida por padrões fixados na Lei Fundamental tais como a justiça material e pacificação social (OLIVEIRA, 2006, pp. 7-11).

Manifestação deste axioma também é verificável nas situações de ilegitimidade ativa, abandono da lide ou desistência infundada.

Por deliberada opção legislativa em prol do enfrentamento das questões fáticas e jurídicas que tocam o bem jurídico coletivo, ficou autorizada uma sucessão coletiva (art. 5º, § 3º da LACP c/c art. 9º da Lei da Ação Popular) em invés de se contentar com uma mera sentença terminativa que tangencia a análise do mérito. Vale dizer, deixando no seio da comunidade uma indefinição, insegurança e frustração acerca de anseios e reivindicações emergentes dos conflitos de massa.

Igualmente se aponta como uma decorrência da máxima em comento a disciplina da coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 103, do CDC, art. 16 da LACP e art. 18 da LAP), segundo a qual, se não houver o esgotamento dos meios probatórios a dirimir a controvérsia sobre os fatos envolvendo direitos coletivos, afasta-se a consolidação da coisa julgada material.

Com efeito, se não foi possível carrear durante a instrução todos os meios de convencimento idôneos e pertinentes ao deslinde do mérito de uma ação envolvendo bens metaindividuais, por certo que os interessados em potencial ou mesmo os atingidos diretamente, portanto, titulares da situação jurídica coletiva, jamais poderão se ver impedidos de revolver os fatos em outra lide de modo a ter a questão de fundo examinada por completo e em definitivo (DIDIER JR., ZANETTI JR., 2011, p.121).

Aqui ressaí nítida a intenção do legislador de perseguir um julgamento de procedência ou improcedência, no qual tenha havido um veredito acerca da situação jurídica de vantagem ou do bem jurídico em disputa indicados como pretensões de direito material, não se contentando com um julgamento decorrente de mera ficção legal decorrente, por exemplo, da aplicação das regras estáticas de distribuição do ônus da prova onde por falha, desídia ou hipossuficiência de um dos litigantes, a reconstrução dos fatos mais próxima do real fica comprometida e em nome do *non liquet* emite-se um julgamento fundado em presunções.

Por seu turno, Robson Renault Godinho (2008, pp. 300 e 301) consigna a relevância deste princípio diante da práxis forense, ainda aferrada ao processo civil clássico, em lançar mão de decisões terminativas que se tornaram

[...] um problema crônico especialmente no que se refere às demandas coletivas, que, aliás, sofrem com a falta de julgamentos de mérito, o que é agravado pela manutenção de uma mentalidade individualista na análise de ações coletivas. Em razão disso, e da garantia do amplo e efetivo acesso à tutela jurisdicional, vem ganhando espaço o princípio *pro actione*, que significa que as normas sobre os requisitos processuais de admissibilidade devem ser interpretadas sempre no sentido mais favorável ao exame das pretensões processuais.

Ora, essa disciplina em prol do conhecimento do mérito no processo coletivo se justifica diante da opulência dentro do ordenamento das questões revolvidas na jurisdição coletiva que, comumente, referem-se a serviços, políticas e providências estatais de relevância pública como saúde, meio ambiente, relações de consumo, ordem econômica, educação, patrimônio público, interesses de grupos vulneráveis, dentre outros.

Na percuciente análise de Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 572) essa nova fase metodológica deve suplantiar a visão do processo como um fim em si mesmo – mero atingimento de seus escopos políticos, sociais e jurídicos – para se voltar aos objetivos estabelecidos em nosso Estado Democrático de Direito que inaugurou uma ordem pluralista, aberta, permeável à realidade social e aos valores democráticos. Eis como se pronunciou o referido estudioso

Não é mais admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja a causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente.

Outra projeção deste princípio é a possibilidade dada ao julgador de ir em busca da prova, ordenando sua produção por iniciativa própria.

Aqui há mais que uma mera faculdade, há uma verdadeira exortação a um agir mais comprometido com a reconstrução dos fatos, para se mostraram o mais verossímeis transladando para os autos uma verdade possível, a ser buscada incessantemente, pois se está diante de conflitos com forte relevância social, impactando sobre a coletividade e afetando um espectro considerável de pessoas.

Esse postulado vem ganhando reconhecimento pretoriano, sendo oportuna a reprodução da seguinte ementa, onde se destaca a sua intrínseca relação com a natureza do bem jurídico coletivo

[...] Em primeiro lugar, colaciona-se um motivo dogmático evidente, que diz respeito ao valor essencialmente social que impregna demandas como a presente, a fazer com que o Poder Judiciário deva se esmerar em, sempre que possível, ser condescendente na análise de aspectos relativos ao conhecimento das ações, deixando de lado o apego ao formalismo. 9. Normas específicas do microssistema em comento e indicativas do que a doutrina contemporânea convencionou chamar de princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo é o próprio art. 5º, § 4º, da Lei no. 7.347/85, que é especialização do princípio da instrumentalidade das formas. (REsp 1177453/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 24/8/2010).

Outra consequência alvitrada pela doutrina (CERQUEIRA, DONIZETTI, 2010. p. 95) é a adoção pela jurisdição coletiva da teoria³⁹ da distribuição dinâmica da prova, posto que, se o vetor hermenêutico haurido deste princípio insta o Poder Judiciário a superar decisões meramente processuais – terminativas –, então é fundamental que a incumbência sobre a produção dos meios de convencimento recaia sobre a parte com melhores condições de fazê-lo.

Essa compreensão sobre a relevância da prova na tutela dos direitos coletivos inspirou todos os anteprojetos de código coletivo a adotarem o critério da hipersuficiência, numa espécie de *vis attractiva* que finda por atribuir o ônus da produção a quem é detentor de melhores condições fáticas, mais informações ou conhecimentos técnicos acerca do objeto da prova (MILARÉ, CASTANHO, 2007, p. 260).

Em que pese a referida construção doutrinária ter sido albergada no novo Código de Processo Civil (art. 373, § 1º), como já se pode perceber ao longo do texto, a dogmática erguida em torno do processo coletivo já defendia essa guinada de posição nos autorizando a dizer que, neste passo, a tutela coletiva já se encontra num patamar mais avançado do ponto de vista teórico.

No particular o CPCO-IBDP em seu art. 11 disciplina a matéria até com mais arrojo que a nova codificação, pois essa regra dinâmica pode ocorrer em qualquer momento processual, desde que facultado novo prazo para a parte recém incumbida do encargo possa se desvencilhar sem sofrer prejuízos pelo fator surpresa, como se infere da dicção do parágrafo terceiro do referido dispositivo (*ibidem*, p. 261).

É justo inferir do princípio da primazia no interesse do julgamento de mérito que deve o Poder Judiciário empreender todos os esforços ao seu alcance para avançar no *iter* procedimental,

³⁹ Cujas abordagens mais pormenorizadas do tema se darão no capítulo cinco.

no sentido de contornar questiúnculas jurídicas de peso formal, sendo mais complacente na análise de pressupostos processuais, condições da ação, nulidades, preclusões (GRINOVER, 2007, p. 14), assim também buscar esgotar todos os meios de prova, *per si* ou invocando a aplicação dinâmica do ônus probatório, para efetivamente emitir um pronunciamento meritório sobre o bem, direito ou interesse coletivo posto em disputa.

3.5 A funcionalidade dos direitos coletivos. Típica tutela diferenciada

Já tivemos oportunidade de assentar no capítulo anterior, mirando as lições de Norberto Bobbio (2004, p. 11), que a linguagem do Direito deve refletir as aspirações de movimentos que demandam a satisfação de novas carências morais e materiais.

Entretanto, deve existir uma afinidade entre essas exigências e a forma como são apreendidas no universo jurídico para que não se convertam em proclamações simbólicas, meros instrumentos de dominação, iludindo por meio da obscuridade ou ocultação a diferença entre o direito reivindicado e o reconhecido e protegido (BOBBIO, 2004, p. 11).

Esse raciocínio não colima ressuscitar a fase imanentista⁴⁰ e a sua visão de um processo civil do autor, aniquilando mais de um século de evolução dentro do qual virou uma disciplina autônoma em relação ao direito material que instrumentaliza.

Por outro lado é preciso assentar que o direito material e o processo são estruturas indissociáveis. Com precisão Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 43) nos informa que

[...] jamais houve – ou poderia ter ocorrido – isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre ele e o direito material. Isso é tão evidente que supor o contrário seria o mesmo que esquecer a razão de ser do processo, considerada a necessidade deste ser pensado à luz da realidade social e do papel que o direito material desempenha na sociedade.

Diante desta imbricação, valorosa doutrina passa a alvitrar que a tutela jurisdicional ficaria adstrita às hipóteses, em que efetivamente houvesse a promoção do direito material,

⁴⁰ Interessante correlação feita entre o direito de ação e os direitos coletivos colhe-se deste julgado: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. [...] 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas. (STJ, 1ª. T., REsp n. 510.150/MA, Rei. Ministro Luiz Fux, j. em 17.02.2004, publicado no DJ 29.03.2004, p. 173).

evidentemente prestada ao litigante tido com a razão no plano substancial, enquanto a singular prestação jurisdicional volta-se para o dever imposto constitucionalmente ao Poder Judiciário em dar uma resposta frente ao exercício do direito de ação dado o monopólio estatal sobre o *juris dictum* (BEDAQUE, 2006, pp. 28 e 29).

Na busca pela instrumentalidade e efetividade do processo, a tutela jurisdicional finda por confundir-se com a própria proteção do direito violado ou sob ameaça, de forma que ao ser ofertada uma sentença sem resolução do mérito isso não autoriza afirmar a negativa de tutela jurisdicional, mas tão só que a esta faltou o atributo da efetividade. É dizer, não foi plena, pois deixou de se posicionar – positiva ou negativamente – acerca das pretensões formuladas na inicial (GODINHO, 2007b, p. 58).

Nesta perspectiva de preocupação com a efetividade, surge a temática da tutela diferenciada atrelada a necessidade de adaptabilidade da tutela jurisdicional às vicissitudes das regras do direito material merecedor de uma especial forma de ser implementado em juízo.

Essa diferenciação envolve técnicas como procedimentos específicos, provimentos antecipatórios, cognição sumária e de evidência. A importância está no reconhecimento da necessidade do processo adaptar-se a diferentes situações decorrentes do direito material, que por serem variadas, não podem ser adequadamente tratadas em um único procedimento comum (BEDAQUE, 2009, pp. 25 e 26).

Em suma, a ciência processual é autônoma, mas a teoria da abstração do direito de ação em relação à regra material não pode chegar ao ponto de uma neutralidade ou indiferença às particularidades do direito material e à realidade dos sujeitos envolvidos, devendo estar pronta a oferecer exatamente o que o direito subjetivo reclama de seu titular (MARINONI, 2010, pp. 43 e 46).

Neste cenário é que se apresentam os direitos coletivos *lato sensu*, dotados de especificidades que vão desde a legitimidade ampla, inclusive com a participação da sociedade civil organizada, causa de pedir e pedido abertos, flexibilização das técnicas processuais, preferência pela tutela *in natura*, coisa julgada material somente quando esgotados os meios de prova e emitido um juízo de mérito, os amplos poderes instrutórios do julgador através das *defining functions*.

Em suma, há uma profusão de especificidades a indicar que tais mecanismos são sintomáticos de que a jurisdição coletiva é exemplo acabado da tutela diferenciada em nosso ordenamento.

Diante de bens massificados cujos titulares têm a nota da transindividualidade e que, via de regra, no aspecto objetivo possuem o timbre da indivisibilidade, preconizar-lhes como tratamento normativo um procedimento único, padronizado, é reflexo de uma concepção enviesada que confunde autonomia e neutralidade, numa palavra, é impor a lógica do processo comum a relações materiais coletivizadas que não encontram adequação satisfatória frente aos institutos e regras do processo individual.

O procedimento ordinário traduz a ideologia haurida de um Estado Liberal, cujo impacto no processo tem seu fundamento na igualdade formal: um único procedimento, ou procedimento padrão para atender a tudo e a todos (MARINONI, 2010, pp. 47 e 48).

Aqui sobreleva reivindicar as particularidades do processo coletivo, com a nuance dos direitos difusos em constante mutação no tempo e espaço, além de sua grande variabilidade, a impor uma adaptação da técnica em prol da promoção dos mesmos. Daí a enunciação como princípio da jurisdição coletiva a atipicidade dos instrumentos processuais capazes de propiciar adequada e efetiva tutela.

A atipicidade dos meios técnicos exhibe o tratamento como uma tutelada diferenciada a ser dispensada nesta seara, porquanto guarda uma relação íntima com a proposta de prestação *in natura*, devendo ser dada a primazia a satisfação da situação jurídica de vantagem, tal qual preconizada na regra material (CPCO-IDP, art. 2º, alínea “t” e art. 26, *caput* e § 2º), somente se voltando à compensação em pecúnia na impossibilidade de conferir aquela.

Com isso a atipicidade oferta aptidão para a prevenção ou recomposição integral e específica dos direitos ameaçados ou conspurcados, como um verdadeiro direito fundamental à técnica processual adequada, portanto diferenciada, ao direito material em concreto (ZANETTI JR., GOMES, 2012, p. 318).

A tutela diferenciada nada mais é que prestigiar ao máximo as singularidades dos direitos metaindividuais, colocando a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo (OLIVEIRA, 2003a, p.126), salientando que aquela pressupõe um programa normativo de proteção das posições sociais mais frágeis a exemplo do consumidor, do meio

ambiente, do usuário de serviços públicos, sem olvidar as minorias de gênero, etárias, étnicas e outras a compor os grupos vulneráveis.

Essa abertura possibilita ao julgador maior possibilidade de adaptar as regras procedimentais às necessidades do caso concreto, tornando-as mais flexíveis e adequadas às demandas coletivas, implicando, inevitavelmente, num assomo de poderes sob a batuta do juiz (GRINOVER, MENDES, WATANABE, 2007, p. 450).

Uma ponderação colhida dos escritos de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 171) é no sentido de que a tutela diferenciada não é sinônimo de discricionariedade judicial, devendo ficar claro

[...] não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades das pessoas.

Concordamos com a ressalva feita acima, mas é força convir o risco desta excessiva abertura gerar uma permissividade sem controle na adoção de técnicas moldadas a concretizar interesses coletivos a partir de um subjetivismo judicial, razão pela qual há um esforço conjunto de diversos setores jurídicos para que nosso ordenamento conte com uma codificação ou ao menos seja editada uma nova lei acerca da Ação Civil Pública, com ganhos de segurança, coesão, uniformidade principiológica e, em vista disso, maior possibilidade de controle sobre a atividade judicial na aplicação desta tutela diferenciada.

Emerge dessas colocações que o direito processual tradicional, com fortes resquícios do liberalismo, é infenso à concepção de uma tutela jurisdicional diferenciada (*ibidem*, p. 46).

Eis mais uma das razões para se sustentar, sem maior esforço, a existência de arsenal teórico próprio para o processo coletivo, autônomo em relação às diretrizes do processo civil tradicional de viés individual-liberal, afeito a demandas de menor impacto social.

A tutela diferenciada demonstra as especificidades do processo coletivo, atentando-se para que o procedimento de modo algum seja uma causa de injustiças ou desigualdades.

Por ilação é inadmissível e repulsivo ao panorama dos direitos fundamentais – aí incluídos os de natureza coletiva como defendido no início deste capítulo – que a técnica

processual se preste a servir a ideologias, programas ou interesses de grupos hegemônicos que solapam os fundamentos de nossa república (art. 1º, da CF).

3.6 Fundamentos metajurídicos para sustentação do processo coletivo como novo ramo do processo civil. Significação social e política das ações coletivas

Ficou estabelecido, nas linhas atrás, a insofismável existência de um ramo especializado do tronco processo civil, cujo ramo cuidaria das lides massificadas.

Dentro deste desenvolvimento apontou-se como lastro metodológico um modelo consentâneo com a tábua de valores inaugurados pela atual ordem constitucional, equilibrando as formas e fórmulas processuais com o atendimento a bens e interesses fundamentais a vida em sociedade: formalismo-substancial.

Numa segunda etapa, destacaram-se os princípios desta nova disciplina, afinando na exposição do ativismo judicial e da primazia no conhecimento do mérito das demandas coletivas.

Dando sequência, foi abordada uma faceta própria da jurisdição coletiva, por meio de adaptabilidade das técnicas processuais e procedimentais com o escopo de atender as suas especificidades.

Para avançar no sentido de sustentar a autonomia do processo coletivo frente ao individual – leia-se o paradigma que orbita entorno do Código de Processo Civil – é relevante realçar quais são os alicerces, por assim dizer, metajurídicos a sustentar essa posição de destaque da jurisdição coletiva.

Assim, apontaremos pelos menos dois elementos dotados de robustez a justificar esse descolamento: significação social e política.

Não seria completa essa pretensão de firmar o processo coletivo como uma nova disciplina sem que pesassem em seu favor fatores estranhos ao tecnicismo jurídico.

Se é fora de qualquer questão que uma das finalidades da atividade jurisdicional é alcançar a pacificação – escopo social –, ou seja, eliminar os conflitos mediante critérios justos (DINAMARCO, 2009, p. 156), então não poderia faltar a fundamentação sociopolítica da tutela coletiva, sintomaticamente marcada pelo seu grande alcance e forte impacto na vida das pessoas e organizações.

A perquirição destes aspectos é sobremaneira potencializada (ALMEIDA, 2015, p. 430) na tutela coletiva, pois muitos dos bens imbrincados – quer seja de natureza constitucional explícita ou implícita – refletem-se diretamente nos: i) níveis de bem-estar individual e, de forma exponencial, no âmbito social como ações e serviços de saúde, acessibilidade, meio ambiente, direitos do consumidor; ii) níveis de riqueza – políticas públicas de moradia, padrões mínimos de educação; iii) níveis de participação popular na gestão como a defesa do patrimônio público e ações eleitorais.

3.6.1 Da significação social da tutela coletiva

Como já tivemos oportunidade de mencionar ao longo do texto, coube a doutrina italiana (MENDES, 2014, pp. 96 e 97), em particular ao trabalho seminal de Mauro Cappelletti⁴¹, captar a emergência de carências novas no ambiente social em decorrência de um dinâmica travada nas relações sociais a partir da intensificação de um modelo de produção industrial em série, fomentando novas necessidades e, por consequência, um mercado consumidor também massificado.

A configuração moldada por uma por uma economia de massa, fez surgir interações onde o indivíduo passa a ser uma figura pálida, impessoal, relegada a uma posição inferior diante da pujante engrenagem, a oferecer serviços, ações e produtos em larga escala, tanto no domínio privado quanto no público.

Esse novo arranjo social foi um grande propulsor de atividades geradoras de conflitos inéditos ao patamar teórico e legislativo de então, permeado por características incapazes de serem assimiladas pelo modelo de regulação típico dos direitos subjetivos.

Face a conjuntura em comento lançou-se ao campo jurídico perplexidades e desafios diante de

[...] uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e consumo de massa, bem como de conflitos ou conflituosidades de massas (em matéria de trabalho, de relações entre classes, sociais, entre religiões). Daí deriva que as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas (CAPPELLETTI, 1977, p. 130).

⁴¹ Dentre eles podemos citar *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*, publicado em 1975.

Intui-se, então, uma nova categoria de interesses emergentes, ciosos de uma proteção efetiva, notabilizados pelo elevado número de pessoas afetadas, quando não indetermináveis, envolvendo grupos, classes e coletividade, algumas sem manter qualquer vínculo jurídico ou material entre si.

Surgem então os direitos difusos que pertencem a todos indistintamente, mas ao mesmo tempo não é exclusivo de ninguém. As situações mais evidentes são o do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CF) e a defesa do patrimônio público (art. 5º, LXXIII, art. 23, I e art. 129, III, todos da CF).

Em ambos emerge um atributo essencial a justificar seu reconhecimento e adequada disciplina jurídica: sua conotação social.

Esse *tertium genus* foi exposto por Mauro Cappelletti (1977, p. 132) em passagem que denuncia a inadequação do consagrado – até aquele momento como discorremos no tópico 3.1 deste capítulo – binômio a dividir a ciência jurídica entre o público e o privado.

Para além da dificuldade de enquadrar essas novas aspirações em um dos dois polos, mais relevante do que expor a insuficiência da forma de se apresentar o esquema clássico entre direitos objetivos e subjetivos públicos e privados, foi a transição captada por Ada Pellegrini Grinover (2000, pp. 11-13) ao demonstrar que esse apelo coletivo moveu o sistema processual de um paradigma individual para um social, de padrões abstratos para a preocupação com o caso concreto, numa guinada inspirada – ainda que inconsciente – no referencial jusfilosófico do Pós-positivismo focado na resolução de problemas por meio da racionalidade prática.

Esse gênero novo – coletivo *lato sensu* – impeliu arquétipos da ciência processual a formular soluções para macroproblemas, sempre crescentes, dado o modelo economicista de produção em larga escala, cada vez mais intrincado, de nossa era tecnológica e globalizada.

Após obtemperar, com certa dose de modéstia, ser desnecessário ostentar a formação de sociólogo para diagnosticar o sinal destes novos tempos conturbados por uma conflituosidade intensa, Mauro Cappelletti (1977, p. 130) evidenciou que esta nova classe de direitos de massa se mostrava incompatível com o desenvolvimento da disciplina processual existente, clamando por novos arranjos – daí o surgimento do microssistema tratado no tópico deste capítulo – legislativos e também uma nova mentalidade que renunciasse a alguns dogmas (MAZZEI, 2009, pp. 374 e 375).

O forte impacto social revela-se pela massificação em si a exigir respostas abrangentes molde a alcançar o grupo, classe ou a própria coletividade, cujas necessidades vitais demandam soluções que ponham fim a incerteza e por vezes até o caos social (OLIVEIRA, 2009, pp. 6, 34 e 35).

Na impecável imagem criada por Ada Pellegrini Grinover os interesses de massa revelam-se convergentes para um fim comum e indivisível, diversamente dos interesses individuais, subjetivos, que se apresentam como um feixe de linhas paralelas (2000, p. 17 e 18).

Discorrendo sobre o tema Kazuo Watanabe (2001, p. 723) nos lega uma aguda mudança no comportamento social com

[...] uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e não oficiais de conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais.

Esse aspecto é revelador de uma postura em que, além da sociedade civil organizada – ONG'S, associações, sindicatos, fundações – ser contemplada com a legitimação coletiva, paralelamente a essa possibilidade de mover a jurisdição, passa a se apresentar de forma proativa, menos dependente do poder totalizante do Estado, a que habitualmente lhe concedia migalhas num modelo assistencialista, transformando-se em agentes sociais de peso v.g. na formulação de políticas públicas, no controle da gestão, enfim, sendo um ator importante na construção dos rumos do país.

3.6.2 Da significação política das ações coletivas

A relevância política da jurisdição coletiva foi tratada, de passagem, ao longo deste trabalho tendo como ponto central nesta seção a possibilidade franqueada às formações sociais, no manejo de ações coletivas, trazer à pauta do Poder Judiciário matérias que outrora não tinham espaço no ambiente forense.

Neste passo, se fortalece uma concepção de democracia mais participativa, pois comumente em seu bojo abre-se concretamente a possibilidade de exigir, ampliar ou quiçá criar políticas públicas, desde que neste último caso, convirjam com algum postulado ou programa constitucional.

Pontue-se que nossa proposta passa ao largo da efervescente discussão acerca do controle judicial de políticas públicas, a sua própria legitimidade e parâmetros, mas é inegável reconhecer que se apresenta com maior intensidade tal tema no seio das ações coletivas. Com notável acuidade Carlos Alberto de Salles (1998, p. 61) pontifica que

[...] de forma diversa a outras lides de direito público, em que o objeto da prestação jurisdicional não deixa de ser um interesse privado de alguma forma afetado pela Administração, nas ações coletivas a matéria apreciada está estreitamente relacionada com as políticas públicas contidas nas disposições atinentes à matéria tratada.

Uma particularidade a reforçar esse viés político emana da eficácia *erga omnes* da decisão meritória tomada nas ações civis públicas (LACP, art. 16, LAP, art. 18 e CDC, art. 103), vinculando todo o universo de titulares do direito debatido (polo ativo).

Por evidente ao envolver pretensões – comumente dirigidas em face do Estado – a se corporificar em ordens ou prestações positivas com força vinculante sobre os integrantes de determinada coletividade, acaba por interferir na execução orçamentária atingindo recursos públicos, com isso suscitando a invasão indevida do Poder Judiciário – força contramajoritária – em funções tipicamente gerenciais e políticas afetas ao Executivo.

Sem embargo da celeuma que persegue o tema, algumas questões vão ganhando consistência quanto ao cabimento da judicialização de tais matérias.

Podem ser referidas as hipóteses de absoluta omissão do administrador em realizar direitos previstos na Constituição ou na legislação ordinária, a aplicação insuficiente ante previsão orçamentária mínima para prover serviços públicos fundamentais – saúde, educação –, a imposição do cumprimento de políticas públicas estabelecidas e devidamente discriminadas, mas que são solenemente negligenciadas ou mesmo na ausência de previsão orçamentária para implementar programas previstos na Carta Maior⁴².

Tomando de empréstimo a precisa lição de Rodolfo Camargo Mancuso (2002, p. 776 e 777), por política pública tem-se em mente

[...] a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, sem sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal,

⁴² Há inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça admitindo, no bojo da ação civil pública, que o Judiciário imponha ao Executivo o cumprimento de deveres estatais corporificados em políticas públicas, de tal modo a obrigá-lo a densificar programas constitucionais. Nessa vertente podem ser citados o REsp 575280/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/9/2004 e o REsp 510598/SP, 2ª Turma, rel. Min. João Noronha, j. em 17/4/2007.

sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Cabe um breve lembrete de que a implementação das políticas públicas versando direitos coletivos não passam necessariamente pelo embate na arena judicial, de modo que há um leque de instrumentos extraprocessuais, a exemplo da recomendação administrativa (arts. 26, VII e 27, IV da Lei Federal no. 8625/93), do termo de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º da LACP c/c art. 25, IV da Lei Federal no. 8625/93) e do inquérito civil (arts. 8º e 9º da LACP c/c art. 25, IV da Lei Federal no. 8625/93), abrindo um promissor espaço de consenso entre as autoridades estatais, as comunidades envolvidas e respectivos entes representativos (LEONEL, 2010, p. 729).

Essa significação política soa natural diante da dignidade constitucional conferida a inúmeros bens transindividuais. Como tivemos oportunidade de demarcar no decorrer do texto, o Constituinte capitulou no mesmo título (Título II, Capítulo I) direitos individuais e coletivos, noutros termos, deu mesmo patamar normativo a ambos.

Aqui merece resgatar a análise feita por Gregório Assagra de Almeida (2015, p. 420) ao chamar atenção da opção feita pelos autores do Texto Magno que ao invés de utilizarem a fórmula convencional e nominar aquela passagem (Título II, Capítulo I) com a expressão “pessoa”, indicativo da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, preferiu o termo “direitos coletivos” no plural, dando destaque a feição objetiva.

A própria transformação da realidade social, estampada no rol de objetivos lançados no art. 3º da *Lex Fundamental*, com as aspirações de minimizar as desigualdades e injustiças sociais são inimagináveis sem uma proteção integral e efetiva dos direitos coletivos.

Esse arcabouço resultou na formulação de dois postulados típicos da tutela coletiva. O primeiro deles, o da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, assegura ao legitimado se valer de um leque aberto de ações, procedimentos e provimentos para a defesa dos direitos de massa (GAVRONSKI, 2010, p. 55).

O outro exterioriza-se na máxima da legitimidade ativa concorrente ou pluralista por imposição constitucional radicada nos art. 129, § 1º, 125, § 2º e 103. Prima-se por uma interpretação aberta e inclusiva dos entes legitimados a defesa dos direitos massificados, instrumento por excelência do acesso à ordem jurídica.

Os dois postulados garantidores de uma cláusula aberta para outros direitos difusos, amparando uma amplitude de ações e técnicas diferenciadas para sua satisfação ótima – prestação

específica – e conjugados a um maior engajamento da sociedade organizada, inspiraram o aludido autor a considerar

[...] a ação civil pública um destacado mecanismo de lançamento de questões e conflitos ao judiciário, de dimensão política só comparável às decisões de inconstitucionalidade da lei, com o agravante de que se trata de um conflito concreto, que afeta diretamente toda uma comunidade ou minoria. (GAVRONSKI, 2010, p. 223).

Essa posição privilegia a vertente política encontrada nas ações coletivas com o incremento da participação da sociedade civil, dos vulneráveis sociais – através do Ministério Público e da Defensoria – na implementação desses interesses ao tempo que assegura a estes segmentos uma posição mais igualitária diante dos protagonistas – Estado e corporações econômicas – pelas lesões e ameaças aos bens coletivos (*ibidem*, pp. 55 e 56).

Semelhante preocupação foi esboçada por Swarai Cervone de Oliveira (2009, p. 35)

Bem organizada a sociedade tem condições de balancear o exercício do poder econômico de entes privados e de exigir a prevenção da ocorrência de danos ou a sua pronta reparação. Se, individualmente, o cidadão se via impotente diante de eventuais abusos cometidos por tais entes, uma vez organizados, coesos, encontram condições de defender seus interesses.

Mais uma vez, sorvendo os ensinamentos de Ada Pelegrini Grinover (2000, pp. 9-11), reafirma-se a forte carga política ínsita aos interesses difusos e coletivos, de clara dimensão social, vez que do esforço para tutelá-los emergiu inusitadas formas de gestão da coisa pública encabeçadas pelos corpos intermediários, com inequívoca participação destes entes nos destinos da sociedade.

Neste contexto, o Judiciário finda por ser um partícipe qualificado na busca pela boa gestão dos negócios estatais – repita-se, provocado pelo exercício da democracia participativa no uso das ações coletivas – sindicando, nos limites do permitido pela convivência dos poderes, as condutas adotadas pela Administração, ora promovendo o interesse público, ora preservando o patrimônio público em sua feição orçamentária (MANCUSO, 2010, p. 84).

Convém lembrar que essa judicialização de matérias de forte componente político, no delicado terreno da tutela de massa, é motivada, no mais das vezes, por incapacidade das instâncias administrativas em solucionar as pretensões de forma satisfatória.

Outrossim, mesmo que em ações civis públicas haja algum excesso que desborde na excessiva intromissão judicial nas áreas afetas ao Executivo e Legislativo, estremecendo o equilíbrio entre eles – vale lembrar que a separação rígida hodiernamente tem mais significação histórica, havendo propriamente funções típicas e atípicas num quadro de convivência entre poderes – é inquestionável, em nossa atual ordem constitucional, o poder de controle (*judicial review*) e repressão sobre condutas abusivas, omissivas ou comissivas dos representantes daquelas esferas (MANCUSO, 2010, 389).

Este papel de destaque conferido ao Poder Judiciário de interferir na gestão da coisa pública – impondo o cumprimento de metas e programas constitucionais e legais envolvendo direitos fundamentais – é potencializado particularmente diante da jurisdição coletiva, cuja nota marcante é a formação de megaconflitos envolvendo sujeitos indeterminados ou vastos segmentos sociais.

Outra característica distintiva da tutela coletiva na seara política diz com o tema do controle de constitucionalidade.

Costuma-se classificar (ALMEIDA, 2015, pp. 428 e 429; BARROSO, 2005, p. 136) em nosso ordenamento duas ordens de proteção coletiva, ambas veiculadas por canais jurisdicionais diversos.

A primeira delas abarcaria o arsenal de instrumentos voltados à preservação da unidade e supremacia do texto constitucional, tendo na ação direta de inconstitucionalidade o exemplo acabado de um processo objetivo, embora não se destine à promoção de direito subjetivos na própria demanda, finda por protegê-los, vez que seu maior desiderato é o resguardo e higidez de interesses maiores da coletividade albergados na Carta Política.

As afinidades deste sistema de controle abstrato com a tutela coletiva foi captada por Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 202) na seguinte passagem

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público.

Um outro canal agrega as ações coletivas para a tutela dos direitos e interesses metaindividuais indicando posições jurídicas de vantagem como objeto de pretensões subjetivas,

tendo como normas integradoras do microsistema a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O impacto exsurge da discussão acerca do controle difuso onde a decisão de mérito proferida no bojo de uma ação civil pública, cujo fundamento – *incidenter tantum* – seja a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Sua gênese deve-se à particularidade mencionada acima, da eficácia dos julgamentos proferidos nas ações coletivas alcançar todos os integrantes do grupo ou coletividade inseridos no polo ativo da demanda (art. 16, da LACP), cujo potencial de pessoas afetadas é vastíssimo quando se está em presença, por exemplo, de interesses difusos.

A aludida eficácia *erga omnes* redundaria em extirpar do ordenamento aquela norma eivada do vício máximo consistente em contrariar princípios ou regras constitucionais, quando fosse ventilado tal pedido ou mesmo no controle difuso.

Depois de alguma vacilação entre os doutos e alguns tribunais (MENDES, 2005, p. 203), o Supremo Tribunal Federal⁴³ pôs fim a celeuma, tendo pontificado a possibilidade do controle na via difusa por meio deste valoroso instrumento de tutela coletiva, no entanto a inconstitucionalidade somente poderia se apresentar como causa de pedir, jamais como pretensão principal.

Com razão foi afastada tal repercussão, vez que subverte claramente todo o sistema de controle de constitucionalidade vigente no país, com ampliação indevida de entes legitimados, usurpação da própria competência do STF, além de ignorar a base processual da ação civil pública que é justamente debater um caso concreto a envolver nuances fáticas para enquadramento do direito metaindividual a ser perseguido (*ibidem*, p. 202).

A posição prevalecente não esvazia a significação política da tutela coletiva, já que como referido linhas atrás, compreende-se no universo dos processos coletivos as ações voltadas precipuamente ao controle de constitucionalidade.

Como anotou Teori Zavascki (2006, pp. 59 e 60), essas são formas de tutelar coletivamente direitos individuais, reafirmando-se que as ações coletivas tem forte similitude com a noção de processo objetivo com a flexibilização da técnica processual em busca do conhecimento do mérito, o abrandamento do princípio da demanda, notabilizando-se a causa de

⁴³ Importante precedente encontra-se no julgamento do RE 424993, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJE 19/10/2007, deliberado pelo pleno.

pedir aberta com a proposta de alteração de seus elementos objetivos nos moldes preconizados no PL no. 5.139/2009, art. 10, § 1º e art. 16 (OLIVEIRA, 2010, p. 659).

3.7 O processo coletivo e o acesso à ordem jurídica justa. Uma sociedade marcada por conflitos massificados

Para a emergência da tutela jurisdicional coletiva foi fundamental uma mudança nas relações sociais, cuja mutação constante aliada a uma celeridade sem precedentes na história da humanidade afetou todos os aspectos da vida em sociedade.

Como já assentado, mudou-se o eixo tradicional das interações intersubjetivas para um conjunto de relações intrincadas, impessoais, com conteúdo padronizado que atende a injunções econômicas.

Consolida-se um modo de produção, trabalho e negociações massificados (CAPELLETI, 1977, pp. 130 e 137) que sublima as particularidades de grupos, segmentos e estratos sociais que se sentem vilipendiados por essa nova engrenagem. Com isso os interesses destes setores foram suplantados pela busca de mais ganhos e produtividade em grande escala, cimentando uma desproporção social, cultural e econômica a afrontar os ideais de isonomia material e justiça social.

Assim sintetizou esse panorama, revelador de um gritante contraste, Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 11)

crescente complexidade das relações sociais; as transformações sociais rápidas e profundas; a criação assistemática de leis que privilegiam mais a eficácia de planos econômicos do que a equidade e a justiça das relações jurídicas; a crescente administrativização do direito que é utilizado como instrumento de governo, economia de massa a gerar intensa conflituosidade.

Apesar do aforisma latino esculpido por Ulpiano na sentença *ubi societats ubi jus*, os ordenamentos jurídicos com seus esquemas tradicionais estavam muito distantes de contemplar os novos reclamos.

Em verdade, como nos informa Marcio Flávio Mafra Leal (1998, p. 98), foram os movimentos sociais emancipatórios – no final da década 50 – empunhados pelas minorias de

gênero – mulheres – e étnicas – negros, em particular nos Estados Unidos – quem provocaram o Direito diante da segregação e jugo a que estavam submetidos.

Posteriormente se insurgiu a sociedade civil organizada por meio dos ambientalistas e grupos em defesa do consumidor tanto nas sociedades dos *common law* quanto nos sistemas de raiz romano-germânico.

No Brasil, essa ascensão se deu em momento posterior diante de um processo de industrialização e implementação tardia do sistema capitalista, por conseguinte, os atritos e lesões daí advindos afloraram com certo retardo em relação aos países desenvolvidos (CERQUEIRA, DONIZETTI, 2010, pp. 2 e 3).

Essas novas exigências viram-se impedidas do acesso à ordem jurídica justamente pelo vácuo legislativo existente e mesmo por situações jurídicas de vantagem há muito consolidadas em favor de setores majoritários (SALLES, 2003, p. 39) sob o manto dos dogmas burgueses da igualdade formal, do liberalismo econômico e do individualismo calcado no respeito à autonomia privada.

Essa pressão impulsionou a inevitável transformação do processo para acompanhar esse novo cenário de uma sociedade conflituosa e multifacetada. O aumento vertiginoso de agravos gestados nesse avançado estágio das interações sociais tornou-se uma injunção por diferentes mecanismos de acesso e tutela jurisdicional adequada.

Imprescindível pontuar que não estamos sustentando o nascedouro dos interesses metaindividuais no curso das mudanças sociais operadas no século XIX, apenas salientando que essa produção, consumo e perigos sociais de grande escala é que oportunizaram a sua consolidação como direitos fundamentais.

Até porque, consoante assentou Elton Venturi (2010, p. 172), essas demandas antecedem a sociedade massificada tendo surgido espontaneamente no interior da vida comunitária ao longo da história.

Com os avanços no plano normativo, essas aspirações revelaram a eficácia de atuação dos chamados degraus intermediários – sindicatos, associações, grupos de pressão – como destinatários destas carências, se fortalecendo a tal ponto que Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 129) anteviu uma espécie de “concorrência” com o próprio Estado.

Esse agigantamento do denominado terceiro setor, como portador de interesses de massa com forte impacto social, chegou ao ponto da imperiosa necessidade de controlá-los para evitar

um desvirtuamento de suas finalidades precípua, daí a exigência de pertinência temática para a configuração do interesse de agir (LACP, art. 5, V, alínea “b”).

A presente preocupação demonstra o quanto o processo coletivo se especializou para acompanhar as vicissitudes de seu objeto, qual seja, as relações sociais padronizadas e complexas, como apanhou o citado autor ao considerar acertado que as entidades representativas de interesses difusos e coletivos se submetam a esse requisito

[...] cremos que somente esta última vertente é realista e sustentável, dado que há tempos já estamos sob o império de uma “ordem coletiva”, agora exacerbada por uma sociedade de massas, (mal)acomodada num mundo globalizado. (..) O fato é que há uma *tendência natural* a que os interesses da coletividade se coalizem, “filtrados” em núcleos surgidos *espontaneamente*, antes de ascenderem aos centros nevrálgicos do Estado (*ibidem*, p. 130).

Essa cadeia intrincada de relações numa sociedade massificada conduz a um receio natural de que o Estado perca espaço, melhor dizendo, deixe de ostentar o poder sobre a prospecção, definição e escolhas políticas envolvendo direitos difusos, já que estes passam a contar com organizações e grupos cada vez mais peritos nas respectivas áreas com o correlato fortalecimento de suas posições no campo social e político.

Esse receio é injustificado, como bem anotou Rodolfo de Camargo Mancuso (*ibidem*, p. 134), pois a multiplicidade e abertura cognitiva dos valores e bens metaindividuais, que têm sua gênese justamente na complexidade dessa sociedade massificada, impede que ambos pertençam ao domínio de quem quer seja, sendo despropositado falar em tutor ou representante exclusivo de interesses difusos presentes, que dirá daqueles ainda a porvir.

A legítima autonomia operacional e principiológica da jurisdição coletiva, que se desgarrar – de modo algum de forma absoluta – dos cânones do processo tradicional de cariz individual encontra ressonância na realidade que lhe é subjacente, impelindo o Judiciário a debater dilemas modernos – no campo político, econômico e social – e para tal, se valendo deste novo ramo processual que traz à cena sérias discórdias de nossa comunidade global, a exigir conhecimentos interdisciplinares e de alta complexidade científica (MENDES, 2009, p. 94).

Face estes novos desafios delineados por esta sociedade de massa, impregnadas por contatos cada vez mais impessoais, onde se perde a individualidade dada à propagação de condutas e relações seriais, padronizadas, com a formação de inéditos ajustes sociais com a introdução de novos protagonistas – coletividades, grupos, classes, associações – de contornos

imprecisos e até indetermináveis, neste turbilhão é que desponta o processo coletivo afeiçoado a lidar com esse cenário desafiador.

No particular, cabe trazer à colação a observação feita por Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. (2011, pp. 33 e 34) quando aludem a esse novel paradigma social e seu impacto na ciência processual

[...] a "tradicional dicotomia público-privado" não subsiste às realidades de uma "sociedade de massa", que, por suas relações, provoca situações de "litígios ou litigiosidade de massa" forçando o "alargamento e invocação de novos instrumentos, novos conceitos e novas estruturas" para atender às novas conformações exigidas e oferecer uma tutela adequada às novas situações e direitos. [...] Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os defeitos ou dificuldades; melhor dizendo, os limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direitos com titulares indeterminados e de "litigiosidade de massa".

Eis aí outra especificidade do processo coletivo, como válvula de escape para graves insatisfações sociais, a defesa de minorias, a promoção de bens e interesses de forte apelo social, tendo como matéria-prima a ser lapidada os conflitos massificados – de reprodução em escala, com repercussões negativas e positivas também amplificadas – próprios da modernidade em oposição aos ingredientes típicos do processo civil comum, ambientado na velha parêmia entre Tício e Mévio.

4 OS MODELOS PROCESSUAIS E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA

Ficou assentado no capítulo precedente, a presença de diversos fatores a legitimar o *status* do processo coletivo como um ramo do processo civil, notadamente o delineamento de um microsistema portador de matizes normativos ímpares, consentâneos com as características dos direitos supraindividuais.

Mantendo o fio condutor com a proposta aqui defendida, discorreu-se sobre duas máximas a informar a interpretação e aplicação das suas regras, as quais têm estreito liame na expansão dos poderes instrutórios do órgão judicial, superando entraves impostos por posturas formalistas, de um dogmatismo estéril, arrostando todos os percalços a investigação dos fatos e julgamento de fundo nas ações coletivas.

Abordou-se, outrossim, os alicerces extrínsecos ao universo jurídico a demandar um programa normativo capaz de dar vazão a interesses massificados, com forte apelo social. Destacou-se a função da jurisdição coletiva como instrumento apto ao exercício da democracia participativa, franqueando à sociedade civil organizada a oportunidade de ser partícipe da construção de decisões políticas fundamentais à dinâmica social.

Ultrapassadas essas etapas, aproxima-se do referencial teórico subjacente a atividade instrutória oficial, e por inferência, da própria significação que deva se emprestar ao Poder Judiciário diante da pós-modernidade portadora de uma litigiosidade exacerbada.

Aqui volta à cena a polarização que domina a ciência jurídica, entre o Positivismo e o modelo em transição, Pós-positivismo, este alvitando uma maior pujança à jurisdição para lidar com as graves disputas no seio do tecido social.

No campo jurídico dá-se a disputa pela primazia entre o sistema inquisitivo e dispositivo com forte repercussão sobre as funções do juiz no curso do procedimento.

Então, nas linhas que se seguem enfrentar-se-ão as discussões acerca de qual arquétipo deve imperar.

Dessume-se, igualmente, uma disputa ideológica que põe em relevo uma visão privatista do processo e do próprio papel dos entes estatais na regulação dos atos privados,

esposando uma postura mais contida deste, ao passo que a vertente publicista empunha uma bandeira de um Estado mais presente e regulador, minimizando o dogma da autonomia das partes, cujo reflexo na seara processual é a de um juiz mais ativo na condução e instrução do processo, impelido pela busca de uma prestação justa e efetiva.

Colimando um regramento do sistema processual inspirado pelo ideal democrático, surge um modelo calcado numa simetria entre os sujeitos processuais, num ambiente cooperativo, adotado em diversos ordenamentos ocidentais, cuja proposta de aplicação no âmbito coletivo consta das principais propostas de sua codificação.

Na linha teórica defendida nesta dissertação, serão apontadas as vantagens deste modelo que só reforça a tutela dos bens coletivos, aperfeiçoando os seus instrumentos processuais, mantendo a iniciativa judicial na busca da prova, agora convivendo com um agir mais marcante das partes e seus representantes.

4.1 A posição da Magistratura na atual modernidade

No capítulo introdutório desta dissertação discorreremos sobre a transição de paradigmas por que passa a ciência jurídica. Ali consignou-se, particularmente, o modelo até então imperante – positivismo jurídico – seus fundamentos filosóficos e teóricos, confrontando-os com os novos pilares alvitados pelo Pós-positivismo.

A nova matriz jusfilosófica surge das inquietudes da modernidade, permeada por fortes dissensos morais, políticos e econômicos, trazendo à arena social novas e graves discussões a desafiar uma roupagem jurídica não apenas inovadora, mas que se mostre apta a responder as suas demandas.

Subjacente ao universo jurídico temos uma comunidade global, acelerada, que aboliu as distâncias dado ao incremento tecnológico (CARDOSO, 2010, p. 85), decorrência do ápice do modo de produção capitalista - intensa industrialização – que se impõe em todos os aspectos de nossa existência, rompendo com as tradições, solapando crenças e ideologias tanto nas ciências duras quanto nas sociais, provocando insegurança jurídica e ceticismo naquilo que se convencionou denominar de pós-modernidade (MARQUES, 1999, p. 239).

Essas perplexidades podem ser sintetizadas nas preocupações lançadas por Luis Roberto Barroso (2013, p. 102)

As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, a intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico.

O Direito como um típico fenômeno cultural e social não passou incólume a esse turbilhão de mudanças, de tal modo que os dogmas positivistas no campo hermenêutico, na teoria das fontes, da forma de atuação do aplicador da norma, além de seus referenciais filosóficos, foram questionados, dando lugar a este novo arquétipo em construção.

Neste passo, a função jurisdicional sofre inevitavelmente para se adaptar aos novos ares.

O panorama atual demonstrou que as fórmulas normativas abstratas, a discricção judicial – atuação legalista e contida – são insuficientes para responder aos inéditos reclamos, dando lugar a um maior protagonismo judicial, com ênfase na solução para o caso concreto. Migra-se da lei como núcleo irradiador para equacionar as disputas para a figura judicial responsável pela melhor resolução singular àquela demanda (BARROSO, 2013, p. 103).

Esse pragmatismo⁴⁴ impele o magistrado a se inteirar da realidade circundante, seus influxos sociais, econômicos e políticos. Afinal, como anotou Pedro Lenza, a jurisdição se insere nas prestações materiais devidas pelo Estado, além de sua contraface como um direito fundamental, sendo mais que razoável aos consumidores deste serviço público que seus agentes principais estejam alinhados com o ambiente social onde atuam, sem o que ficará severamente comprometida a realização de uma ordem jurídica justa (2008, p. 301).

Hodiernamente exige-se do julgador que se dispa do padrão napoleônico exaltado pelo Positivismo exegético, neutro, indiferente (PESSOA, 2011, p. 105).

Nas sintomáticas palavras de Luiz Flávio Gomes (1993, p. 99) o recomendável é que

[...] o juiz da era tecnológica cumpra um papel bem distinto do juiz napoleônico, legalista e positivista, autômato, cuja imagem poderia ser sintetizada nestas cinco palavras: *la bouche de la loi*. O juiz contemporâneo, sem fugir do marco jurídico-constitucional (porém também sem abrir mão dele), pode – e deve – desempenhar a sua tarefa de distribuir Justiça de modo socialmente mais justo.

⁴⁴ Cujas operacionalizações se dá no emprego da razão prática focado na seção 1.4.2 do capítulo um.

A figura tecnicista acima combatida se encaixa na descrição feita pelo professor François Ost (1993, p. 169) – que elaborou uma tipologia do padrão judicial – denominada de modelo jupiteriano. Este espelhava o arquétipo positivista de mero proclamador do direito, como emanção do saber inquestionável do seu produtor – Legislativo – num sistema hierárquico piramidal.

Compartilha dessa visão inovadora do paradigma ativista, Barbosa Moreira (1988, p. 389), chegando a cunhar pejorativamente essa postura distante de magistrado “estátua”, nota marcante de um modelo a ser superado. A pretexto de um agir em conformidade com o predicado da imparcialidade, termina por imprimir um reprovável distanciamento, numa quase negligência com o resultado justo da lide.

Por certo esses avanços deram margem a questionamentos, centrando as críticas no risco de violar a imparcialidade da atividade jurisdicional, maculando a integridade dos julgamentos e, em última instância, conspirando contra o propósito deste agigantamento judicial: a busca pela justiça material assegurada pelo acesso à ordem jurídica efetiva e justa.

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 44) contrapõe-se a esta suposta debilidade, consignando haver um falso dilema entre neutralidade e imparcialidade do juiz, acoimando-a de uma tentativa deplorável de afastar o Judiciário das peculiaridades dos direitos em disputa, imunizando-o dos desnivelamentos sociais e econômicos entres os litigantes: “nem o juiz nem o processo podem ser neutros”.

Esposando idêntico entendimento, Swarai Cervone de Oliveira (2009, p. 59) citando o magistério de Luigi Comoglio observa que

[...] la tendenza verso una direzione elastica del processo, adeguata ala realtà mutevole dele situazioni da tutelare, non lascia spazio ala concrezione tradizionale dell 'apoliticità' e dela 'neutralità' dell organo giudicante⁴⁵.

O maior realce das funções judiciais também pode ser apontado como uma decorrência da natureza publicista do processo civil contemporâneo (PESSOA, 2011, p. 105).

Neste prepondera o interesse estatal na correta aplicação e observância do ordenamento – sobretudo os programas constitucionais – sobrepondo-se ao interesse privado das partes.

⁴⁵ Numa tradução livre: a tendência é para uma direção elástica do processo, adequada a realidade mutável das situações a tutelar, não deixando espaço para a concretização de uma tradicional despolitização e neutralidade do órgão judicante.

Diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 70).

O risco da parcialidade é igualmente afastado pelo contraditório e pela inexorável fundamentação das decisões judiciais (LENZA, 2008, p. 309).

Esta preocupação tende a ser minimizada sob a égide do modelo cooperativo, em que todo ato judicial decisório – que possa afetar interesse ou pretensão de um dos litigantes – ainda que em matéria cognoscível de ofício será precedida de uma consulta e diálogo, conforme preceitos colhidos nos arts. 6º e 10º do Novo Código de Processo Civil.

As novas funções judiciais mais intensas no curso do procedimento são desdobramentos da transição de um modelo liberal para o social, onde despontam os direitos fundamentais que dão corpo a Constituição como novo vértice de atuação da sociedade, cujos valores estão aninhados em seu interior, portanto demandam sua realização.

Ademais, nesse paradigma normativo, a legislação que densifica o texto constitucional é permeada por técnicas legislativas que oportunizam o poder criativo do juiz, retirando-o da letargia imperante na concepção tradicional do século XIX, confinado num modelo de separação dos poderes estrito o qual relegava o Poder Judiciário a uma posição débil (CAPPELLETTI, 1993, p. 23).

Deflui destes posicionamentos o inevitável alargamento dos poderes depositados na figura do julgador para conduzir o processo, especialmente em presença de direitos de profunda repercussão social – coletivos *lato sensu* – como uma manifestação de um quase sacerdócio outorgado ao Poder Judiciário de perseguir a tutela jurisdicional efetiva e justa.

É consequência natural da própria feição de nosso Estado Democrático de Direito, centrado na busca de melhorias no campo social (art. 3º, da CF), que o magistrado seja mais atuante no decorrer do *iter* procedimental, afastando-se do imperativo individualista – consectário da concepção liberal – de assistir equidistante o embate das partes.

Nesse mesmo sentido pontifica Pedro Lenza (2008, pp. 303 e 304)

[...] a ampliação dos poderes instrutórios do juiz em nada alterará o fim último da marcha processual que será a realização da Justiça, devendo, sim, o magistrado tomar partido do sujeito que lhe tenha convencido e demonstrado ter a razão, a partir do

material probatório produzido nos autos. [...] O juiz deve ter uma participação mais efetiva, especialmente, quando o objeto da discussão envolva bens transindividuais.

Considerando o forte interesse público primário ínsito aos bens metaindividuais, predominantemente indisponíveis, é de ser rechaçada essa neutralidade judicial, como propugnado por Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 27) ao alertar que diante da magnitude da tutela coletiva há de se institucionalizar meios contundentes para sua otimização, afastando manobras protelatórias, colusão, fraudes e outros expedientes reprováveis.

Recorrendo ainda aos modelos judiciais de François Ost (1993, pp. 170-174), há um vislumbre da figura do juiz Hércules, visceralmente ligado aos anseios do Estado Social. Como uma verdadeira deidade, o julgador chama para si responsabilidades na promoção de direitos prestacionais, vocacionados a debelar mazelas sociais impostas por uma comunidade global desigual. Há, por evidente, um assomo do ativismo judicial a sobrepor-se ao dogma do legislador racional, com predominância das decisões sobre os esquemas abstratos na busca do justo no caso concreto.

Paralelamente a estes avanços no campo da dogmática processual, como um verdadeiro pressuposto a esta pujança experimentada pelo Poder Judiciário, é preciso realçar a evolução histórica por que passou no curso do constitucionalismo e suas vertentes no *common law* e na Europa continental.

Embora sem pretensões de proceder a um resgate histórico exaustivo, uma vez que não é o objeto principal de nosso estudo, é inegável a relevância do seu traçado histórico recente devido ao impacto sobre a função judicial.

Desde o século XIX até o nascedouro no novo milênio, a atividade jurisdicional submeteu-se a um rearranjo tanto sob o prisma de sua funcionalidade, quanto na relação com os demais poderes, modificações essas aneladas a uma retração ou avanço no prestígio político-institucional do Poder Judiciário, que, nas precisas palavras de Nicola Picardi (2008, p. 6), representa o movimento pendular entre a hegemonia ora da legislação ora da jurisdição.

Com a derrocada do absolutismo na Europa alvitrou-se um modelo jurídico no qual a lei detinha uma supremacia inabalável, cabendo uma posição subalterna ao juiz, incapaz de uma atuação inovadora, uma autêntica ideologia neutralizadora da atividade judicial (CAMBI, 2010, p. 175).

Nesse momento histórico, o Poder Judiciário era insipiente na conformação institucional do Estado Liberal, ao menos num paralelo com sua configuração atual, e os juízes eram, em grande medida, egressos da aristocracia, cuja pertença à classe dominante tinha a pretensão de garantir posições de poder (BOURDIEU, 1989, p. 242).

Impensável um judiciário autônomo, dotado de autogoverno, com seus membros ostentando garantias tais como independência funcional e inamovibilidade, movidos pelo dever de imparcialidade e imbuídos da defesa das garantias democráticas e direitos fundamentais albergados no Texto Maior.

Sob a égide de Constituições liberais, aquele ocupava uma posição vinculada ao Executivo, sendo refratário a qualquer veredicto de conteúdo político. Vigia o Positivismo regido pelo dogma do legislador racional, mentor de um sistema hermético e completo.

No presente arranjo a cognição judicial era de tal maneira rasa que a figura do juiz se confundia com o de mero burocrata, servil à vontade soberana do povo exteriorizada pelo fruto do trabalho legislativo, portanto, cego a qualquer pretensão de correção (ZANETTI JR., 2005, p. 177).

Esse panorama sofreu modificações com o alargamento da competência jurisdicional ocorrida nos Estados Unidos – nos albores do século XIX – fincando-se um novo marco jurídico, onde a Constituição foi alçada ao cume do ordenamento, confiando-se ao Judiciário a sua guarda (BONAVIDES, 2004, pp. 305-309, MACHADO, 2004, p. 289).

A proeminência em questão harmonizou-se justamente com o ideário dos regimes democráticos. No entanto, essa jurisdição constitucional ainda não lhe conferia um papel de maior relevância no campo das escolhas primárias – opções políticas – o que efetivamente sucedeu após os conturbados eventos – notadamente as duas guerras mundiais – que sacudiram o mundo.

O choque civilizatório provocado pela barbárie dos conflitos armados, com o escancaramento de posturas filosóficas e políticas voltadas ao aniquilamento da dignidade humana (BARROSO, 2013, p. 120), faz surgir então o resgate por valores éticos e humanos através de organismos internacionais que positivaram – Declaração Universal de Direitos do Homem - direitos que no plano dos ordenamentos dos países se apresentam como fundamentais.

Sob o influxo do novo constitucionalismo, a erigir os direitos fundamentais – notadamente de 2ª e 3ª dimensões – como um pilar civilizatório e emancipatório nas relações

intersubjetivas e entre os particulares e o poder estatal, opera-se a transição do Estado Liberal ao Social (BONAVIDES, 2004, pp. 231-237; SARLET, 2012, pp. 37, 62, 47, 48 e 151).

Modifica-se o paradigma anterior de mero reconhecimento formal dos direitos, no qual as liberdades públicas consistiam em pretensões negativas, onde se exigia uma postura de abstenção do Estado a salvaguardar a propriedade individual, o patrimônio e certa liberdade ambulatoria.

É certo que o *Welfare State* não cumpriu satisfatoriamente os problemas sociais, tendo mergulhado em crise de legitimidade ante sua incapacidade de transformação do *status quo* (ALMEIDA, 2008, p. 170).

Destarte, erige-se um novo referencial – Estado Democrático de Direito – que se mantém fiel a cânones do Estado Social, mas busca ir além no sentido de alcançar justiça social (igualdade material) por meio da modificação das condições de existência, tudo sob o manto de mecanismos democráticos (ZANETI JR., 2005, pp. 235-237).

Agora há uma nova conformação do Estado, tendo como consectário a alteração na relação entre os poderes, vez que este novel sistema ético de referência demanda a satisfação de direitos de cunho prestacional – direitos fundamentais de 3ª dimensão – próprios de nossa era, a exigir providências positivas, corporificando-se, no mais das vezes, em políticas públicas a demandar investimentos às expensas do erário (ALEXY, 2008, pp. 442-446).

Então há uma diferente percepção do papel da magistratura, dada a incorporação de uma nova tábua de valores – direitos fundamentais – com eficácia irradiante, cujo conteúdo impõe a realização material de direitos levando até a esfera judicial questões até então de atuação exclusiva do legislador e administrador. Justamente na tarefa de sua densificação é que desponta a criatividade e o próprio ativismo (CAPPELLETTI, 1993, pp. 56-60).

A evolução sumariada acima alcançou-nos – ainda que tardiamente devido ao período ditatorial – tendo igualmente como alicerces para esse agigantamento das funções judiciais os vetores controle de constitucionalidade e a promoção dos direitos fundamentais, ambos delineados na Constituição Federal de 1988.

Na seara jurídica, o referencial teórico passa a ser o reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de renovada interpretação constitucional, pilares estes que convergem na sua implementação,

necessariamente, por um poder, que na esmagadora⁴⁶ maioria dos ordenamentos ocidentais, identifica-se no Judiciário, tendo como ápice os Tribunais Constitucionais (BARROSO, 2008, pp. 240-244).

Pondere-se, igualmente, que esta ascensão judicial fortemente atrelada ao reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais, impõe ao julgador a tarefa de ser uma quase tábua de salvação para ver cumpridas as promessas normativas, convertendo-o

[...] no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático, o último pacto de uma sociedade sem projetos”. (GARAPON, 2001, pp. 173-174).

O conjunto destes fatores, indubitavelmente, pavimenta o caminho para o fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ser protagonista de grandes debates nacionais, de dilemas sociais e morais, ocupando espaço – que deveria ser primordialmente do Estado – outrora pertencente aos grupos de pressão, partidos, entidades civis representativas – associações, sindicatos – e que num certo período de absenteísmo proporcionou até a formação de um Estado paralelo em grandes centros urbanos a exemplo de milícias, grupos de extermínio e outros, como instâncias de poder com capacidade de resolução de conflitos.

4.2 Engajamento do Estado-Juiz na tutela coletiva enquanto direito fundamental. A composição justa dos conflitos

Já enfrentamos no capítulo dois (seção 1.2) a necessidade de enriquecimento do conteúdo da inafastabilidade do acesso à jurisdição, agregando-lhe predicados materiais a informá-lo como uma máxima voltada à aplicação da norma inspirada por parâmetros de justiça e efetividade.

⁴⁶ Exemplos emblemáticos de resistência a um controle de constitucionalidade centrado em um Tribunal ou mesmo por meio de uma jurisdição difusa – diversos órgãos dotados de competência jurisdicional para declarar inconstitucionalidade de um ato normativo – são os modelos francês e inglês que tiveram de se adequar a imposições da comunidade europeia – notadamente a Declaração Européia de Direitos Humanos –, de modo que o primeiro por meio da reforma constitucional de 23 de julho de 2008 abriu espaço para um procedimento de controle de constitucionalidade, enquanto na Inglaterra foi editado o *Constitutional Reform Act*, datado de 2005, tendo sido instalado o respectivo Tribunal Constitucional no ano de 2008.

No presente tópico, dar-se-á ênfase a este norte hermenêutico sob a ótica do seu aplicador, o Poder Judiciário, por meio de sua vinculação estrita à implementação dos direitos fundamentais, em particular no plano coletivo que é o referencial dogmático desta dissertação.

Assentada a existência de inúmeros direitos coletivos dispersos ao longo da Constituição – v.g. arts. 5º, LXXII, 6º, 14, § 9º, 18, § 4º, 170, V, 196, 205, 225, *caput* – aliado ao postulado de acesso à ordem jurídica, fez emergir a construção de garantias processuais para que ao epílogo do procedimento a tutela conferida aos litigantes se revista da efetividade, adequação e equidade.

Então se consolida a denominada constitucionalização do processo com a inserção de princípios e institutos consagrados daquele ramo abarcados nominalmente no rol de direitos fundamentais, moldando todo o arcabouço normativo que lhe é inferior e fornecendo um vetor hermenêutico para compreensão e aplicação do direito por seus operadores (THEODORO JR., 2009a, p. 235).

Em verdade, como vem sendo ressaltada pela doutrina (GOMES, ZANETTI JR., 2012, p. 317; ALMEIDA, 2003, p. 142), há uma intensa relação entre a Constituição e o processo coletivo parametrizada pela sua constitucionalização.

Diante desta posição de destaque conferida às normas constitucionais, há uma missão depositada nas mãos do Estado-Juiz de adequar a ordem jurídica à realidade socioeconômica numa imersão na dinâmica cotidiana para dar concretude a esses valores metaindividuais fundamentais, como condição imperiosa a garantir um acesso a ordem jurídica justa (GRINOVER, 1993, p. 283).

O engajamento do magistrado na realidade circundante é elemento decisivo para o fortalecimento da jurisdição coletiva, ocupando um patamar tão essencial quanto as próprias reformas legislativas ou mesmo a introdução de técnicas processuais diferenciadas, como se infere dos escritos de Boaventura de Souza Santos (1995, p. 32)

Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados sem a qual a ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas das reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça que se pretende. As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral. [...] É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida [...] ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideias sociais e políticas disponíveis na sociedade.

Nesta senda, fica patente uma irreversível mudança de postura do Poder Judiciário, notadamente em presença dos interesses difusos já que intimamente ligado à busca pelo acesso à ordem jurídica e à composição da lide com base em critérios capazes de dar respostas efetivas aos justos anseios dos vários setores da sociedade civil (LENZA, 2008, p. 137).

Essa aderência à realidade – que se pretende impregnada pelos programas, metas, princípios e valores albergados na Constituição – é um sintoma da própria evolução das linhas metodológicas do processo civil, aqui se afeiçoando aos ditames do formalismo-valorativo – tratado amiúde na seção 3.3, do capítulo terceiro – dentre os quais busca refrear a fase autonomista, de tal maneira que há uma mudança na forma de conceber o processo como mero instrumento técnico em um instrumento ético e político colimando uma justiça substancial por meio da atuação dos direitos fundamentais.

Com a instauração de uma nova ordem pública constitucional (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2001, pp. 84 e 85), irradiante e conformadora de todo o sistema jurídico, notabilizada pelo seu caráter analítico com forte impacto na seara processual, houve uma natural tendência a publicização do processo.

Surge de forma inexorável diante de um modelo de Estado intervencionista, voltado a propósitos como erradicação da pobreza, desigualdades regionais, reverenciando direitos sociais e econômicos, ao tempo em que colima a inserção do ser humano na coletividade, especialmente no Brasil com uma massa crítica ciosa por usufruir direitos de solidariedade (LENZA, 2008, p. 126).

Há um afastamento dos cânones próprios do Estado Liberal, demarcado pelo irrefreável respeito à autonomia privada, por vezes egoística e danosa socialmente, invertendo-se a balança da jurisdição em prol de interesses da coletividade quando em contraste com valores individuais na seara processual civil, tudo no afã de se aproximar do desejável acesso à tutela jurisdicional demarcada pela equidade.

Esse pêndulo impulsionado pela constitucionalização do processo foi captado por Cândido Rangel Dinamarco (2009, pp. 22 e 48) ao registrar que

[...] o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado Social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. [...] Sempre que dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiação de preceitos e princípios constitucionais.

Essa eficácia totalizante da Constituição conduz cada vez mais a aproximação do processo ao direito material que instrumentaliza, por conseguinte se insere na vida cotidiana de forma marcante, tutelando situações substanciais permeadas por valores humanos e éticos, enfim, reforçando a realização de um processo justo (THEODORO JR., 2009a, p. 235).

Por evidente, este processo justo é enriquecido pelo modelo constitucional de Estado já aludido, de tal forma que seus destinatários públicos ou privados – eficácia vertical e horizontal – não receberam uma licença incondicional para se debruçar sobre os fenômenos sociais, conforme suas conveniências, estratégias e motivações próprias, esboçando de forma contingencial o conteúdo da justiça material, num verdadeiro *prêt-à-porter* servil a interesses cambiantes.

Diante deste arquétipo, a figura judicial avulta em responsabilidade, pois terá a tarefa de implementar esse acesso à ordem jurídica justa pela promoção dos valores imperantes na sociedade e refletidos no texto constitucional, garimpando na sua tábua axiológica a matéria prima para dar vida aos direitos fundamentais, como veiculadores de aspirações e conquistas emancipatórias.

Quando diante de desafios decisoriais de cunho coletivo – a exemplo da implementação de políticas públicas para tutela de direitos minoris – o Poder Judiciário deve se portar como guardião maior dos bens metaindividuais fundamentais, concretizando-os por meio de uma atuação proativa, criativa, pragmática, colocando-se como partícipe dos destinos da sociedade (COSTA, 2012, pp. 650 e 651).

Os benefícios experimentados pela coletividade com a densificação dos bens de espectro transindividual levou a citada estudiosa (*ibidem*, p. 651) a sustentar, com supedâneo na eficácia vertical das normas constitucionais fundamentais, que o julgador pelo dever de proteção deve suprir até mesmo lacunas do legislador, por inferência, ainda que ausente uma regra processual, isto não será óbice a ofertar uma resposta estatal justa por meio da jurisdição coletiva, portadora por excelência de mecanismos aptos a assegurar uma existência social mais digna.

Como debatido no tópico anterior, essa nova configuração afasta a postura neutral – exigida do ponto de vista político-partidário – do Poder Judiciário, já que lhe incumbe um compromisso político-institucional com as opções materializadas, soberanamente, na Carta Cidadã.

É certo que esse agigantamento frente a outros poderes levanta o temor de rompimento do seu maior predicado que vem a ser a independência. No entanto, é preciso demarcar que na atual conjuntura constitucional seria uma mácula gravíssima sua desvinculação ao tecido social, ignorando seus dramas, expectativas e valores, tão caros quando se têm em perspectiva conflitos coletivos causadores de instabilidade e potencialmente ameaçadores à harmonia⁴⁷ social (SOUZA, 2011, p. 76).

Discorrendo sobre a função da tutela coletiva como fator a contribuir para referida estabilidade, aduz Rodolfo de Camargo Mancuso (2012b, p. 92):

[...] a Jurisdição coletiva revela-se como uma receptora de interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão *umentando a pressão social*, operando assim a via judicial como uma sorte de *válvula de escape*, em boa parte porque as grandes tensões sociais e os megaconflitos geralmente não encontram guarida oportuna e eficaz junto às instâncias do Executivo e do Legislativo.

Sob esse prisma, a jurisdição coletiva tem se mostrado um caminho auspicioso para arrefecer as assimetrias reais e se aproximar da tão almejada justiça social, inculpada no art. 3º da Constituição Federal, competindo ao magistrado ser um fiel promotor destes objetivos lançados pelo Constituinte através de sua intensa conexão com nossa sociedade massificada e multifacetada, marcada por incessantes e inéditas exigências (LANES, 2012, pp. 301 e 302).

Cabe também consignar, em reforço a esse comportamento comprometido dos órgãos jurisdicionais com a tutela de massa, a própria natureza das questões nele debatidas, que transcende a posições meramente individuais, atrelando-se a necessidades de primeira ordem de toda uma comunidade, revestindo-a da condição de bens indisponíveis⁴⁸ (art. 129, III, da CF/88, arts. 5º, § 3º, 9º e 15, da LACP e art. 9º da LAP) e imprescritíveis, em suma, o processo coletivo volta-se a defesa do interesse público primário.

⁴⁷ Recordemos os movimentos sociais impulsionados pelo descontentamento com a qualidade e a majoração da tarifa de transporte público, ocorridos nos idos de junho de 2013 no Brasil. Mencionada reivindicação, de nítido cunho difuso, foi responsável por imantar uma série de outras insatisfações que irmanadas levaram a população a realizar inúmeros protestos sem precedentes em nossa história, chamando atenção da comunidade internacional. Neste turbilhão que agregou reclamações de toda ordem – desde a melhoria na prestação de serviços públicos, passando pelo combate a corrupção generalizada até a contenção de gastos públicos – criou-se um ambiente de apreensão, uma certa desordem, doses de vandalismo e o inevitável confronto com as forças de segurança do Estado.

⁴⁸ Há de se pontuar que dita característica é inegável em presença de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, ao passo que em relação aos individuais homogêneos, apesar do tratamento processual molecular, alguns se mostram inequivocamente disponíveis. Essa distinção se reflete no regime da prescrição, de modo que aos primeiros as ações coletivas são tidas como imprescritíveis.

Seguramente é um grande desafio criado por este organograma normativo inaugurado a partir de 1988, o qual conferiu uma superlativa competência ao Poder Judiciário, na esteira do acesso irrestrito, e diante dele é inadmissível uma posição contemplativa, indiferente à inépcia e inércia dos outros atores públicos no atendimento dos bens de espectro metaindividual, postura essa reputada inconstitucional precisamente por negar proteção suficiente a direitos e interesses de fortíssima relevância social.

A posição perfilhada neste escrito é de rechaçar a postura judicial indiferente às escolhas axiológicas da comunidade (DINAMARCO, 2009, 191).

O trato com as demandas coletivas – notabilizadas pela transcendência, indisponibilidade e relevância social – demanda ampla cognição judicial e um labor exegético em sintonia com os escopos sociais do processo. Na síntese de Swarai Cervone de Oliveira (2009, p. 58) “exige-se do juiz maior dose de comprometimento com a realidade que o cerca e com as consequências de sua decisão”.

4.3 O caráter publicista do processo como manifestação da emergência dos valores constitucionais

O avanço do constitucionalismo em meados do século XIX alavancou para o centro dos ordenamentos – ao menos nos países ocidentais – a Constituição num movimento carreado por mudanças na própria feição e funções assumidas pelo Estado nos respectivos estatutos políticos de cada nação.

Tamanho deslocamento de eixo trouxe consigo alterações expressivas nos saberes jurídicos, no método de interpretação e aplicação da norma, com a emergência dos direitos fundamentais, num ambiente mais propício à participação política e num renovado prestígio conferido ao Poder Judiciário.

No entanto, antes de sua ascensão lhe antecedeu uma compreensão liberal tanto da funcionalidade estatal quanto das relações entre o poder público e os seus cidadãos. Vigia um panorama onde quanto menor fosse a interferência daquele nos negócios e na vida dos últimos, tanto mais estaria assegurada a liberdade – valor burguês por excelência – assim como se alcançaria melhores condições de desenvolvimento.

Era o primado da autonomia privada – concepção individualista – cuja projeção no âmbito da ciência processual concebia a entidade processo como “coisa das partes”. Uma visão acabada desta engrenagem nos fornece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003b, pp. 23)

A concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. [...] Como em outros campos, acreditava-se no livro jogo das forças sociais.

Pode-se apontar nesta quadra histórica – que cobre o século XIX até a 1ª Grande Guerra – as seguintes premissas: i) rígida separação dos poderes, com hegemonia do poder legiferante, ao passo que havia uma neutralidade política do poder judicial; ii) prevalência do princípio da legalidade e da subsunção racional-formal; iii) o Poder Judiciário com um perfil reativo, atuando nos limites fixados por lei quando provocado; iv) predomínio de litígios individualizados e v) veneração da segurança jurídica (ZANETI JR., 2005, pp. 230-231)

Rompe essa configuração aquilo que Boaventura Santos Souza denominou de questão social, por conseguinte também há uma derrocada do Estado Liberal, tendo o período testemunhado

[...] o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista [...] e com ele, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada etc.). Tudo isso deu origem a explosão de conflitos sociais de tão vastas proporções que foi em relação a ela que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época (SANTOS, MARQUES, PEDROZA, 1995, p. 33).

Sucedem-se o Estado-Providência, nomeadamente caracterizado por uma inflação legislativa para contemplar a proliferação de novos arranjos e vindicações sociais, num ambiente institucional com arrefecimento do modelo clássico de separação dos poderes, ao tempo em que há um forte conteúdo promocional dos direitos (justiça distributiva).

Apresentam-se aos tribunais novos campos de litigação, por conseguinte, modifica-se não apenas o perfil dos seus veredictos, mas desenha-se novo significado sociopolítico.

Exsurge o dilema de se curvar ou não a esta nova função promocional impulsionada pela supremacia constitucional eivada de escolhas e programas dirigentes sobre o ordenamento e seus destinatários. Neste contexto, emerge o protagonismo, assumindo o Poder Judiciário um papel

ativo, confeccionando soluções inovadoras – criatividade – ainda que *contra legem*, porém legitimadas pelo vínculo com a Lei Fundamental (*ibidem*, 1995, pp. 34 e 35).

Um aspecto bem nítido sobre o tema é a intensa conexão da ciência processual com o avanço do constitucionalismo, cuja manifestação em nosso ordenamento caracterizou-se pelo extenso rol de princípios e regras de cariz processual ao longo da Lei Fundamental, concentrando-se os principais axiomas no elenco das garantias e direitos fundamentais do art. 5º.

Sobre tal imbricação discorreu Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 52)

A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.

A ebulição causada por este novo figurino amplificou os escopos sociais e políticos da jurisdição, voltada agora a eliminar as crises do direito material por meio de uma resposta adjudicada com equidade sob o manto de regras e princípios com assento no Texto Magno, vale dizer, o declínio do direito privado com a correlata publicização do direito processual através do fenômeno da constitucionalização.

A nova perspectiva espraia-se sobre diversas etapas do procedimento, partindo do pressuposto de que o processo insere-se numa atividade – poder-dever – consistente na resolução dos conflitos no meio social, impregnado de inegável interesse público, justificando-se o incremento de poderes e instrumentos depositados na figura judicial molde a legitimar a prestação jurisdicional afeta – exclusivamente, diga-se de passagem – ao Estado.

De acordo com o escólio de Daniel Penteado Castro a publicização (2010, p. 75)

[...] consiste no desaparego do sincretismo do direito privado para assim tornar o processo civil ramo do direito público. O interesse do Estado-juiz passa de mero espectador passivo do acompanhamento do exercício de faculdades, ônus e prerrogativas das partes dentro do processo, assumir feição mais ativa, destinada a realizar um bem maior, calcado na aproximação de certeza dos fatos necessária à aplicação concreta da lei, com vistas propiciar a pacificação social.

A acentuada publicização do processo além de provocar a indisponibilidade de direitos, atraindo uma atuação mais inquisitiva, revela um marcante interesse público a suplantar os

limites objetivos e subjetivos do litígio, subjugando eventual autonomia das partes em determinadas situações jurídico-processuais (DINAMARCO, 2009, p. 51).

As características em comento se coadunam justamente com as singularidades do processo coletivo, como a transcendência, acentuada indivisibilidade do seu objeto, indisponibilidade – via de regra – do bem jurídico controvertido e a relevância social identificada no interesse público primário, dado o impacto das demandas de massa na qualidade de vida da sociedade, sua estabilização e aptidão para promover justiça social.

Por tais razões, a visão publicista do processo vem sustentando posições doutrinárias onde o magistrado tem o compromisso de conferir efetividade ao direito material – principalmente aqueles de matriz constitucional – mantendo-se atento aos fins sociais do processo, e para alcançar esse desiderato, sua participação na formação do conjunto probatório é mais intensa ao tempo em que se agigantam seus poderes instrutórios (BEDAQUE, 2013, p. 123).

Como já enfrentado no tópico anterior deste capítulo, o publicismo manifestado na ampliação dos poderes instrutórios suscitou a infringência a isonomia entre as partes, culminando na mácula a imparcialidade. No entanto, essa objeção tem sido refutada com veemência pela doutrina, destacando-se as ponderações de José Roberto dos Santos Bedaque (*ibidem*, pp. 106, 108 e 123)

[...] somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social: o da igualdade real entre as partes. [...] Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual. [...] Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo.

Inferre-se dessas discussões que na esteira do publicismo há um inegável recuo do princípio dispositivo – que será abordado na seção seguinte – e um correlato aumento da inquisitividade, justificando-se na natureza pública do processo seja pelos seus escopos sociais e políticos, seja pelo próprio avanço constitucional empreendido pela Carta Cidadã com a imersão em suas páginas de diversos institutos processuais.

Esse publicismo (ativismo) rivaliza com a vertente denominada de privatismo (garantismo).

Nos dizeres de Robson Renault Godinho (2014, p. 87) essa linha metodológica, sem necessariamente desprezar a autonomia das partes, deve manejá-la em sentido diverso do privatismo clássico molde a lhe imprimir um conteúdo consentâneo com a perspectiva

constitucional e com uma teoria dos direitos fundamentais como barreiras à irrestrita vontade dos litigantes.

Esse ativismo autoriza uma postura mais contundente na atividade jurisdicional ainda que haja um vácuo legislativo, franqueando uma criatividade em nome do compromisso constitucional com a jurisdição, qual seja, assegurar o acesso à ordem jurídica justa. Na companhia de Jorge W. Peyrano, Glauco Gumerato Ramos (2009, p. 13) conclui que o discurso ideológico dessa corrente é que

[...] o ativismo judicial confia nos magistrados. É sabido que os códigos processuais civis mais recentes depositam na mão dos juízes cíveis um amplo número de faculdades-deveres para melhor cumprir sua incumbência de distribuir o pão da Justiça.

A rigor, a publicização em comento, já que sustentada neste avanço do constitucionalismo sobre o processo civil, deve caminhar na direção de um processo democrático onde os poderes judiciais – ainda que avantajados por conta das peculiaridades do direito material como nas lides coletivas – convivam com a autonomia das partes, ambos balizados pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Ausente esse escopo o processo civil contemporâneo flerta com posições autoritárias, assimétricas dentro da relação processual. Novamente nos valem da lição de Robson Renault Godinho (2014, p. 87) ao advertir sobre as armadilhas teóricas na assunção de posições extremadas

Deve-se evitar uma espécie de “patrimonialismo processual”, em que há violação da “igualdade jurídica e das garantias institucionais contra o arbítrio” e “torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta”. [...] Nesse sentido, o paternalismo e o messianismo se aproximam, sempre por meio de uma postura solipsista, e o processo democrático se afasta. Não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*.

Por tais razões esse viés publicista não é imune a críticas. Como já dito a corrente oposta – garantismo ou privatismo – investe contra essa proeminência de forças no órgão jurisdicional por divisar que tal dinâmica compromete seriamente o devido processo legal e por via transversa põe em ameaça a segurança jurídica diante do criacionismo judicial. Para seus prosélitos, a categoria a ser valorizada seria o processo aí abarcando a cláusula do *due process of law* e suas derivações como ampla defesa, contraditório e imparcialidade (RAMOS, 2009, p. 14).

Com efeito, há um ponderável risco de que uma manifestação ativista, como método, subliame algumas garantias constitucionais. Esse temor leva a ponderar que

[...] nada mais perigoso para um Estado de Direito que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial. (GODINHO, 2014, p. 115).

Justamente diante destes desafios é que surgem os aportes teóricos do Pós-positivismo – analisados no capítulo inaugural – com os métodos interpretativos vocacionados à correção normativa na atividade judicial, conferindo maior objetividade e controle pelas partes.

Acresça a isso, o modelo processual cooperativo abraçado pelo novo Código de Processo Civil (arts. 6º e 10º), a instaurar um maior diálogo entre os sujeitos processuais, enfim, ferramentas promissoras a superar eventuais desvios praticados pelo Poder Judiciário.

Em suma, o publicismo deve ser enriquecido por este paradigma mais democrático, onde a busca incessante pela promoção do direito material possa ser construído pelos partícipes da lide, simetricamente, sem comprometimento das garantias fundamentais do processo. Os poderes instrutórios do juiz, tão necessários na jurisdição coletiva, de modo algum podem travestir-se em artifício intelectual para que a jurisdição se desnature num ato arbitrário.

4.4 As dimensões dos poderes instrutórios judiciais sob a égide dos princípios dispositivo e inquisitivo. Aspectos controvertidos

Na ciência processual, há diversos modelos de estruturação do processo, todos conforme a máxima do devido processo legal, cujo conteúdo normativo se abre para diversas concepções desta verdadeira cláusula geral.

Barbosa Moreira (2007, p. 40) nos informa que no quadro dos ordenamentos ocidentais é bastante conhecida a oposição entre dois grandes esquemas jurídicos: aquele de raiz romano-germânico e o anglo-saxônico mais conhecidos pela locução *civil law e common law*.

O antagonismo entre os dois se manifesta de diversas formas, revelando-se com nitidez no que toca a “divisão do trabalho” no curso do processo entre o órgão jurisdicional e as partes, em particular durante a etapa probatória.

Costuma-se apontar, tendo como substrato essa dicotomia, dois grandes princípios: o dispositivo e o inquisitivo. Ambos, por sua vez, deitam raízes respectivamente no sistema adversarial e inquisitorial, o primeiro representativo do *common law* enquanto o segundo predomina na maioria dos países ocidentais, dentre eles o Brasil (MOREIRA, 2007, p. 41).

Importa registrar que ambos têm recebido diversas denominações, contudo conservando as mesmas linhas mestras, de tal modo para fins dessa dissertação serão tomadas como sinônimas⁴⁹ as expressões sistema inquisitivo, ativismo ou publicismo ao passo que adversarial se confunde com o princípio dispositivo, privatismo ou garantismo processual (GODINHO, 2014, p. 86).

O *adversarial system* opera na relação processual tratando-a como um embate, transcorrendo todo o seu iter procedimental sob a forma de uma disputa entre dois contendores que se postam diante de um árbitro, que na hipótese se apresenta como um órgão jurisdicional, atuando equidistante de ambos numa posição neutra e passiva para preservar sua missão de decidir (DIDIER JR., 2013, p. 208).

Nesta configuração não requer muito esforço para concluir pela primazia na atuação dos litigantes, por ilação, da autonomia privada como valor imperante na seara processual, aos quais incumbe a dianteira na sua condução e desenvolvimento (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2011, pp. 70 e 71) .

Não seria exagero considerar que há uma crença ideológica que subjaz a este paradigma no sentido de que a livre atuação das forças sociais, corporificadas nas figuras de cada um dos contendores, garante melhor funcionamento da prestação jurisdicional, afinal são quem melhor tem condições de expor, provar e defender seu direito material em juízo.

A matriz teórica indica uma filosofia calcada no liberalismo político reinante no século XIX, expressivo de uma postura individualista que destinava ao julgador uma atividade supletiva das partes, denotando a desconfiança nos órgãos estatais, mesmo aqueles com atribuições jurisdicionais.

O processo era visto como um mecanismo assegurador de direitos subjetivos, abstraindo maiores ambições na defesa de interesses da coletividade como a pacificação social, prevalência

⁴⁹ Já é ponto pacífico dentro da ciência que toda classificação padece pelo confinamento a que reduz seu objeto, mas esse viés redutor não é capaz de suplantar as vantagens didáticas e a praticidade em seu emprego, de modo que as nomenclaturas aqui tomadas como de mesma identidade servem a esse propósito.

dos valores comunitários albergados pelo ordenamento, dentre outros que ultrapassam o mero interesse dos contendores (BEDAQUE, 2013, pp. 77, 78 e 116).

Outro ponto de destaque é a suposição de uma igualdade das partes, e como tal deveriam atuar com autonomia no curso da relação processual segundo seus interesses, tendo a maior parte das atividades ao seu cargo, ficando vedada a pesquisa oficial diante da premissa de uma simetria idealizada.

Notabiliza-se o sistema adversarial pelas máximas da oportunidade, o princípio dispositivo e a iniciativa da parte em matéria probatória, numa palavra, imperam os vetustos brocardos *ne procedat judex ex officio* e *judex judicare debet secundum allegata et probata partibus*.

Eis as convicções acerca da tarefa judicial extraídas deste arquétipo

[...] os fatos que importam ao processo são os que foram *afirmados* pelas partes – e por ninguém mais! –, bem como que a prova deve ter por objeto somente os fatos controvertidos através de uma atividade *verificadora*, e não por uma atividade de *investigação*, já que os meios de prova a serem produzidos são aqueles que foram propostos pelas partes conforme o princípio da legalidade, sendo que na *verificação* por parte do juiz não vale tudo, pois não se pode sacrificar direitos que se consideram superiores a própria verdade (AROCA, 2013, p. 506).

Pelo excerto acima evidencia-se que a função da jurisdição através da relação processual não consiste em declarar certos e determinados fatos, numa busca pela verdade como finalidade última da prova civil, importando-lhe sim tutelar direitos subjetivos consoante a regulamentação principiológica e legal do processo (*ibidem*, p. 507).

O ponto central a que chega essa vertente é de que o julgador seja efetivamente um terceiro e imparcial, o *último garante* dos direitos que a ordem jurídica consagra aos litigantes, em qualquer relação processual, sendo irrelevante qual o ramo do Direito a reger o conflito.

O modelo dispositivo abomina a iniciativa probatória do juiz, residindo nas partes total liberdade para influir na prova, de tal modo que aquele fica jungido aos limites da demanda fixados por elas (CPC, arts. 128 e 460 e NCPC, arts. 141 e 492), os quais, *prima facie*, não podem ser ampliados, havendo uma rígida sujeição à regra da congruência ou correlação (BEDAQUE, 2013, pp. 94 e 103).

Por sua vez o sistema inquisitorial notabiliza-se pelo protagonismo judicial. Desta maneira, quanto mais amplas forem as suas perspectivas de atuação dentro do processo então será razoável afirmar que o modelo processual se amolda ao publicismo.

Caracteriza-se por conferir amplos poderes tanto na direção quanto na instrução do processo, numa assimetria preordenada a prestigiar o interesse público na função jurisdicional, por conseguinte franqueia-se ampla liberdade ao julgador de investigar os fatos da causa em busca da reconstrução, o mais fiel possível da realidade.

Essa largueza de atribuições transita desde o dever de gestão processual, abarcando poderes relacionados à direção do processo, o participar com maior intensidade na composição do acervo probatório, chegando até a adequação do procedimento às singularidades da relação substancial controvertida (*ibidem*, 2013, p. 94).

Lastreando-se no magistério de Ricardo Barros Leonel (2011, p. 372) é possível verificar que a inquisitividade fundamenta-se na

[...] natureza pública da relação processual, a busca da maior precisão na apuração dos fatos e a necessidade de realização da justiça afastam a alegação de parcialidade, de quebra da igualdade e do equilíbrio das partes, em razão da prova *ex officio*. A nova visão das funções do juiz no processo se justifica pelo entendimento de que o instrumento deve servir a finalidade de pacificar de forma justa.

É certo que os opositores a este cânone lançam dúvidas sobre a imparcialidade da função judicial diante da sua hipertrofia, em contraposição ao padrão que reputam ideal, qual seja, de um juiz passivo com mera obrigação de decidir, não de perquirir ou investir sobre o material probatório em busca da verdade ou maior verossimilhança dos fatos deduzidos (DIDIER JR., 2013, p. 208).

Ora, em nenhuma circunstância se propõe alijamento ou menosprezo pelo comportamento probatório das partes, que manterão incólume suas estratégias e pretensões.

A postura probatória do magistrado ocorrerá como uma somação de esforços para alcançar uma verdade possível, jamais em substituição aos litigantes, mas juntamente com eles, como emanção de um instrumentalismo em busca da tutela efetiva e justa (LEONEL, 2011, 372).

Ademais, tornou-se clássica a análise de Barbosa Moreira (1994, pp. 95-96) quanto à imunização do juiz face o vício de parcialidade, pontificando que sua postura ativista na instrução é a mais acertada para o alcance da pacificação dotada de equidade

Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; [...] a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que

estariamos colocando o juiz na desconfortabilíssima posição de ter de ser sempre parcial, quer atue, quer não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser imparcial omitindo-me.

Importa assinalar um crescente reconhecimento legislativo destes poderes instrutórios, registrando-se que em nosso país a jurisprudência vem se firmando em prol dessa amplitude da determinação oficial da prova (GODINHO, 2014, p. 104).

Corroborando essa tendência é emblemático o seguinte julgado:

Está assentado nesta Corte Superior o entendimento de ser possível ao magistrado determinar, de ofício, a realização das provas que julgar necessárias, a fim de firmar devidamente o seu juízo de convicção, sem que isso implique violação do princípio da demanda, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. A iniciativa probatória do juiz, no direito pátrio, é ampla, podendo agir *ex officio* para assim chegar à verdade real, no interesse da efetividade da justiça (STJ, AgRg no Ag 1154432/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06.11.2012, Dje 14.11.2012).

Mesmo os processualistas que fazem coro em desfavor da iniciativa oficial na esfera probatória, ao considerarem inadequada a situação onde os fatos são resgatados pelo juiz como resultado de sua própria investigação, findam por admitir, contraditoriamente, que “um sistema dessa natureza está, possivelmente, a serviço da verdade.” (AROCA, 2013, p. 507).

Os limites dessa inquisitividade serão enfrentados em tópico próprio no derradeiro capítulo dessa dissertação, mas, por ora, já podemos adiantar que essa atuação judicial, sob um pretexto democrático e louvável, não se dará de forma arbitrária, solipsista. Sobre esse necessário controle obtemperou Robson Renault Godinho (2014, pp. 105, 106 e 111) que esses poderes jamais poderão

[...] travestir-se numa condução autoritária e tendenciosa do processo, com uma investigação desenfreada ou busca “poppereana” de provas para preencher lacunas de conhecimento que, em tese, favoreceriam uma das partes, extrapolando preclusões e violando limitações probatórias. Note-se que, em simetria com as regras que fixam o ônus probatório, os poderes instrutórios do juiz somente incidem em casos de incompletude da prova e permanência de dúvida.

No sentir de José Roberto dos Santos Bedaque (2013, pp. 102-103), ao menos no campo probatório, o código de processo civil ainda em vigor, teria abraçado o modelo europeu-continental do *inquisitorial system*, afastando-se do seu antagonista, mencionando ao longo de sua monografia sobre o tema – referência na literatura nacional – diversos dispositivos que romperiam com o postulado da congruência (art. 461, § 4º, 645, § único, do CPC) e

simultaneamente consagrou amplíssimos poderes probatórios (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440, do CPC) exercíveis na inércia das partes e até mesmo contra suas vontades.

Na presente quadra do constitucionalismo, como demonstramos ao longo deste capítulo, há uma certa hegemonia do Poder Judiciário frente a outros poderes, especialmente diante do sistema de controle de constitucionalidade e da imersão em temas que fogem ao modelito estritamente jurídico, a exemplo do controle de políticas públicas.

Nesta medida a jurisdição, como função estatal imbuída dos escopos sociais e políticos, informada pelo interesse público que se sobrepõe aos dos litigantes, naturalmente converge para um reforço dos poderes instrutórios do juiz. Na linha de pensamento esposada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, pp. 71 e 72) infere-se que

O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440) [...] Conclui-se, pois, que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora. Tal tendência é universal. [...] Essa marcha para o denominado *processo civil autoritário* é consequência da colocação publicista, correspondendo àquilo que se convencionou denominar "socialização do direito".

A doutrina (CAPPELLETTI, 1993, p. 6) tem alvitrado um outro propósito a justificar o modelo inquisitorial: a isonomia material entre os litigantes, que como registrado acima, é sublimada pelo sistema adversarial que solenemente chancela os desequilíbrios materiais, fomentados por aspectos econômicos, sociais e culturais.

José Roberto dos Santos Bedaque (2013, p. 107), louvando-se no magistério de Barbosa Moreira, é enfático em afirmar que o comportamento proativo do juiz conduz a igualização das partes. Citando o consagrado processualista carioca pontua que

[...] o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldades de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes..

Tamanho o maniqueísmo que se instaurou entre os processualistas modernos em torno da apologia de um destes modelos que Juan Montero Aroca (2013, pp. 503 e 505), um dos seus expoentes na Espanha, qualifica de autoritários os pressupostos teóricos a sustentar o sistema inquisitivo.

A contundente insurgência do processualista espanhol é atribuída ao caráter publicista a dominar a corrente contrária, responsável por erigir como tarefa primordial da jurisdicional a aplicação da norma ao caso concreto, a observância do ordenamento, impelindo para tal o magistrado à busca da verdade como categoria essencial do processo e, por sua vez, na ótica do autor deixa de ser o garante, como terceiro entre as partes, e transmuda-se em juiz parcial pela perda da neutralidade a serviço da verdade material (AROCA, 2013, 506).

Da confluência de posições na linha acima descrita surgiu uma doutrina intitulada de garantismo processual, fundada no trabalho do jusfilósofo Luigi Ferrajoli (2002, p. 683-760), tendo como alicerce a convicção de que os dados culturais certamente reverberam sobre a edificação do processo e no modo de exercício do poder.

Partindo desta crença, vislumbrou-se no assomo de poderes judiciais e no seu contínuo protagonismo numa manifestação inequívoca de uma concentração de forças em um órgão estatal, desproporcional e destoante de uma perspectiva democrática, relegando as partes a uma posição inferiorizada, praticamente expropriadas da reconstrução dos fatos, numa assimetria dentro da relação processual típica de um autoritarismo.

O extremismo da polarização entre os adeptos do processo adversarial – garantismo processual – e do modelo inquisitorial, obnubilando as vantagens e avanços que cada um deles pode proporcionar aos bens e valores constitucionais, levou Eugenio Paccelli de Oliveira (2010, p.19) a sintetizar assim seu panorama em nosso país

[...] a questão *garantista* vem sendo posta ao nível de um *patrulhamento ideológico*, do qual emerge sempre a pergunta, tida como definitiva e soberana, repetida à exaustão: você é ou não garantista? Se a resposta for tão singela quanto à indagação, o alinhamento será automático: vanguarda do *bem* ou a retaguarda do *mal*. Sem meio termo, sem meia verdade, sem dúvida alguma. Quem dera as coisas, a prática e as teorias e, enfim, o mundo da vida fossem de tamanha e reduzida complexidade. (Grifos do autor).

A exacerbação dessa posição perfilhada pelo garantismo processual não passou despercebida por uma parcela mais ponderada da doutrina processual (DIDIER JR., 2013, p. 210 e GODINHO, 2014, pp. 86-87) ao rechaçar a tentativa de atrelar um desses paradigmas a qualquer regime político, seja democrático ou despótico, como se os pilares teóricos do processo rendessem sempre vassalagem ao repertório político dominante em determinada nação.

Seria rematada ingenuidade acreditar que as escolhas políticas não interferem sobre o sistema processual, até porque como visto no item 2.1 deste capítulo, o engajamento social do

Poder Judiciário descortinou aquela visão de uma pseudoneutralidade, que certamente não há em nenhum ramo do Direito, mormente com o fenômeno da constitucionalização.

No entanto, essa associação é indevida tendo sido alvo da indignação de José Roberto dos Santos Bedaque (2013, p.110) ao pontificar que

[...] a concepção de que o reforço da autoridade do juiz, que dá origem ao chamado processo inquisitivo, corresponde a regimes não democráticos de governo, é absolutamente equivocada. Não há nexos necessários entre regime político liberal e ausência de poder instrutório do juiz, nem entre regime autoritário e poder de iniciativa.

Ao largo dessa acesa discussão, é preciso assentar a inocuidade do esforço em reconhecer o domínio exclusivo sobre determinado ordenamento processual de algum dos sistemas em comento. A rigor, pode-se reconhecer uma prevalência de uma dessas esferas sobre etapas ou temas processuais, isto porque esse purismo metodológico só cabe num modelo ideal.

Neste passo, impõe-se transcrever as colocações de Robson Renault Godinho (2014, p.88)

Não é fácil, “quando se sai dos tipos ideais puros e se entra na história, com suas mesclas e impurezas”, fixar com exatidão o âmbito ideológico e cultural de um processo estatal, sobretudo porque inexistem compartimentos estanques que forneçam um exato modelo de processo em determinada quadra histórica recente, na medida em que componentes privatistas e publicistas convivem ao longo do tempo, ainda que em uma relação um tanto difícil.

Trilhando as premissas deste raciocínio, é possível sustentar que tanto a dispositividade quanto o modo inquisitorial se apresentam, v.g. na i) instauração do processo; ii) na fase probatória; iii) na delimitação do objeto litigioso; iv) na análise das questões de fato e de direito (matérias cognoscíveis de ofício, outras não), vi) nos recursos (efeito devolutivo como regra geral, recorribilidade, efeito ativo, poderes do relator). Assim, competirá ao legislador inclinar-se em cada um deles pelo paradigma privatista ou publicista (DIDIER JR., 2013, p. 209).

De qualquer forma, há que se acrescentar que a aproximação ou o distanciamento deverá guardar uma estreita conexão com a relevância dos interesses e bens jurídicos a serem tutelados.

Destarte, em presença de direitos dotados de indisponibilidade, de amplo espectro social a exigir defesa destacada, esse incremento de poderes atende ao caráter público da jurisdição (OLIVEIRA, 2009, pp. 50 e 52).

Como defendido acima, a postura judicial mais atuante na fase instrutória não descarta a participação das partes na dialética ínsita ao debate. Seria equivocado divisar neste avanço de poderes uma espécie de atuação probatória em substituição às partes.

Transpondo para uma visão mais democrática do processo, seria compreender um agir em colaboração ao esforço probatório daquelas, tendo em perspectiva a relevância social dos direitos coletivos para a vida em comunidade. Aqui se abre espaço para as *defining functions* – abordadas na seção 5.2 do capítulo cinco – do juiz na tutela coletiva, cuja atuação é mais incisiva que nas lides individuais. Semelhante conclusão é extraída das colocações de Ricardo Barros Leonel (2011, p. 373)

Esta postura instrumentalista do juiz com relação a prova se potencializa no processo coletivo, em função da dimensão da situação substancial trazida a juízo, pela profusão de interessados no resultado da demanda. Se a postura "formalista" do juiz inerte, que se contenta com a verdade "formal", é prejudicial na demanda individual, a gravidade das consequências será maior na coletiva. A "injustiça" não será apenas voltada aos litigantes, mas a toda a coletividade.

Naturalmente as partes ainda se mantêm sobre o controle no que tange a deflagrar a demanda, a determinação de seu objeto e o apontamento dos fatos que embasam a lide, enfim, seus contornos objetivos (BEDAQUE, 2013, pp. 96, 97 e 102), embora seja certo que, em presença de bens metaindividuais, o esquema clássico da causa de pedir e do pedido interpretados rigidamente ceda o passo em nome da significação social e política da tutela coletiva, como se infere dos arts. 10, §1º e 16 do PL no. 5.139/2009 e CBPCO-IBDP, art. 2º, alínea "F" e art. 5º.

Em suma, numa perspectiva constitucional, plasmada pela teoria dos direitos fundamentais, é que deve ser modelado o publicismo em harmonia com a autonomia das partes, sem o necessário retorno ao privatismo exacerbado, permitindo que ela conviva com os poderes judiciais (GODINHO, 2013, p. 87).

Neste entrechoque das duas correntes, premidas pela conformação constitucional do processo, surge um novel modelo intitulado de cooperativo do qual nos ocuparemos na seção seguinte.

4.5 A perspectiva do modelo cooperativo para o processo coletivo e o novo Código de Processo Civil

Na seção anterior, foram expostos os pontos sensíveis dos modelos adversarial e inquisitivo, bem como a repercussão do repertório teórico de cada um sobre a expansão dos poderes instrutórios judiciais.

Foram apontados os fatores debilitantes e promissores de ambos, sempre buscando sua relevância para o objeto deste estudo que é o processo coletivo.

De forma sintética, é possível apontar uma dicotomia envolvendo desde o referencial político-filosófico – liberalismo *versus* paradigma do Estado Social – até a estruturação normativa com prevalência ora da autonomia privada ora da publicização dando o tom em alguns aspectos do procedimento.

Ficou demonstrado que os sistemas em tela sempre conviveram, simultaneamente, em diversos ordenamentos – inclusive o nosso – arrostando um pensamento maniqueísta responsável, por vezes, pelos debates acalorados sobre qual estereótipo deveria imperar (*ibidem*, pp. 86 e 88).

A colisão, ou quiçá o reconhecimento dos méritos pontuais de cada um dos sistemas, fez nascer uma proposta onde convergem aspectos de ambos, apostando numa mudança de mentalidade por parte dos atores jurídicos voltada a edificar um processo mais equânime, participativo, o qual prioriza a pacificação com justiça, ao invés de enveredar pela obsessiva certeza judicial dificilmente alcançável (PINHO, 2013, p. 290; MANCUSO, 2012, p. 86).

Na confluência desta dicotomia entre o projeto inquisitório e o garantismo exacerbado, cabe trazer a lume as ponderações de Robson Renault Godinho (2013, p. 98) ao fazer apologia do modelo cooperativo

O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo judicial, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

Esse antagonismo também se reproduz nos debates teóricos e pretorianos acerca dos direitos e interesses coletivos, onde se revela uma exigência crescente por mais efetividade dada à ascensão na vida moderna das relações massificadas, sempre instando o Direito a novas e

adequadas regulamentações, e por sua vez acaba se defrontando com o padrão normativo em vigor, comumente calcado no processo civil individual.

Há uma relação movida por uma disputa de espaço no universo jurídico, onde as ações coletivas anseiam por mais reconhecimento, autonomia operacional e metodológica, enfim, maior tutela, num caminhar tortuoso que em alguns momentos infligi reverses no plano legislativo a exemplo das Leis⁵⁰ 8.437/92 e 9.494/92 que tentam esvaziar os seus avanços (MENDES, 2014, pp. 206 e 207).

Analisando essa nova modelagem sob o prisma da tutela de massas Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 47) conclui:

Se não é possível um meio-termo totalmente satisfatório entre os polos individual e coletivo, o caminho deve ser o que leve ao reconhecimento de uma sociedade pluralista, numa “democracia participativa”, onde aquela indesejável “concorrência” fique substituída pela *colaboração* da sociedade civil na gerência da coisa pública, com a prévia fixação de certos limites e condições. (Grifos do autor).

O novo ideário fundado na maior participação das partes, em cooperação, num modelo mais simétrico entre julgador e litigantes, no qual impera um processo civil de cariz mais democrático, já ocupa, há algum tempo, a agenda programática do processo coletivo, tanto que suas diretrizes se encontram devidamente inseridas no anteprojeto CPCO-IBDP⁵¹, nos artigos 2º, alíneas “e” e “f” e 5º, § único, assim também no Projeto de Lei 5.139/2009⁵² em seus artigos 3º, incisos VII e VIII e 9º.

⁵⁰ A primeira se volta à concessão de decisão liminar, condicionando-a prévia oitiva do representante judicial do poder público demandado, tanto no bojo do mandado de segurança coletivo quanto na ACP, a teor da redação de seu art. 2º. A outra é uma tentativa de limitar sobremaneira a eficácia territorial da decisão proferida em ACP, circunscrevendo a coisa julgada à competência territorial do órgão jurisdicional prolator, como se infere da redação do art. 16 da LACP, modificada pela lei em comento.

⁵¹ “Art. 2º. Princípios da tutela jurisdicional coletiva - São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

[...]

e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;

f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;

[...]

Art. 5º. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o § 3º do artigo 10.”

⁵² “Art. 3º. A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios:

[...]

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

Como as propostas legislativas acima indicadas não receberam o mesmo impulso que alavancaram a nova codificação processual civil individual, o modelo cooperativo debutou em nosso ordenamento nos artigos 5º, 6º, 10º, 139, IX, 357, § 1º e 3º da Lei Federal 13.105/2015.

Num primeiro momento a lógica a mover esse novo paradigma esbarra no pragmatismo da vida moderna, da qual o universo forense é um reflexo.

Nele há uma descrença diante de nossa cultura da conflituosidade, numa sociedade marcadamente demandista. A guinada cooperativa, a seu turno, requer uma recodificação de valores e hábitos, voltada ao diálogo e participação (SILVA, 2013, pp. 161, 162).

O padrão que impele as partes ao confronto, numa visão binária – dinâmica adversarial que opõe vencedor e vencido –, tem sua gênese na própria formação acadêmica dos profissionais do Direito ao desenvolverem o pensamento segundo

[...] o modelo adversarial dos tribunais, constroem as suas demandas distorcendo as verdadeiras necessidades e ocultando as verdadeiras razões, substituindo-as por pedidos legais com argumentos que eles consideram mais convincentes que as verdadeiras motivações. [...] procura vencer e impor a posição de uma parte sobre a outra. Nesse sentido, um certo “tudo vale” orienta as ações dos advogados formados para vencer (VEZZULLA, 2013, pp. 68 e 84).

Essa crítica mordaz guarda estreita relação com a noção habermasiana de agir estratégico. Nela os interlocutores ou falantes atuam egoisticamente no processo de comunicação, violando um dos atributos para que as condições de entendimento e cooperação ocorram: sinceridade (HABERMAS, 2002, pp. 132-133).

Com isso, não alcançam o agir comunicativo, segundo o qual os participantes além de comportarem-se cooperativamente, devem preencher as três pretensões de validade em qualquer diálogo: i) verdade em relação aos fatos; ii) sinceridade quanto as intenções e sentimentos; e iii) correção normativa em relação aos valores de determinado organismo social (CARDOSO, 2013, p. 60).

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e”.

[...]

Art. 9º. Não haverá extinção do processo coletivo por ausência das condições da ação ou de pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício, quando cabível, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis em prazo razoável a ser fixado pelo juiz.”

Nesta linha de ideias, a atuação das partes numa lide se amoldaria a um agir estratégico e não para buscar um entendimento sob o signo de uma ética do discurso – composta das pretensões referidas acima – onde subjaz práticas pautadas pela boa-fé e lealdade como pressupostos do consenso. Daí a perplexidade registrada por Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira (2010, p. 90) ao assentarem que

Para bem servir a justiça os ordenamentos jurídicos modernos têm previsto normas de cooperação entre as partes e o órgão judicial. Algo que pareceria jocoso e inimaginável aos defensores do rígido dogmatismo e do antagonismo virtual entre os demandantes (processo como guerra), começa a ser considerado essencial aos processos e procedimentos contemporâneos, o *compartilhamento responsável* dos poderes e deveres no processo.

Em nossa era pós-moderna uma das formas de legitimar a função jurisdicional é aperfeiçoar a comunicação do órgão judicial com os demais atores processuais, buscando senão o caráter isonômico desta interação ao menos um ponto de equilíbrio dos poderes do magistrado –, cujo ativismo não há como fazer retroceder ante as atuais injunções sociais, políticas e culturais – com as faculdades e deveres das partes e seus representantes (OLIVEIRA, 2003b, p. 27).

A inovação legislativa advinda com a cooperação vem na esteira de outros ordenamentos ocidentais, podendo ser mencionados o art. 7, I, do CPC português⁵³, o art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês, art. 101, 2 do CPC italiano e § 139 do *ZPO* do direito tedesco.

O arquétipo em análise se inclina para uma dinâmica consentânea com a democracia. Logo, se mostra adequado falar em um modelo participativo de processo como técnica de construção de um sistema processual onde desaparece, em algumas etapas do procedimento, o protagonismo das partes ou do órgão judicial.

Aqui fica evidente a superação da controvérsia entre o privatismo e publicismo, merecendo registro as colocações de Haroldo Lourenço (2015, p. 49)

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma *condução cooperativa do processo*, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

⁵³ Já com a nova codificação editada por meio da Lei no. 41/2013, de 26 de junho de 2013.

Como já foi dito, o paradigma em foco revela-se mais adequado a um regime democrático, se notabilizando pela proposta de formação de uma comunidade de trabalho num prisma policêntrico e participativo, numa palavra, estruturado a partir de um modelo constitucional de processo (NUNES, 2008, p. 215).

As inovações na concepção processual não afetam unicamente os papéis dos sujeitos processuais. Consoante observou Humberto Dalla Bernardina Pinho (2013, pp. 291 e 292) elas atingem

[...] também a própria concepção ética acerca da relação das partes entre si, e delas com o magistrado. [...] no modelo cooperativo todos aqueles que atuam no processo, incluindo o magistrado, devem fazê-lo com lealdade, somando-se à boa-fé subjetiva a sua vertente objetiva.

É justamente a boa-fé objetiva, na compreensão de alguns autores, apontada como o fundamento basilar da cooperação (PINHO, 2013, p. 293; DIDIER JR., 2013, p. 211).

A partir desse alicerce, a literatura processual propõe deveres decorrentes dirigidos tanto às partes quanto aos órgãos jurisdicionais, numa relação paritária, dialógica, cuja síntese é um veredicto resultante da atividade processual em cooperação, produto das discussões travadas ao longo do arco procedimental.

Cabe aqui invocar Daniel Mitidiero (2011, p. 114), quando discorre sobre o real sentido desta paridade ou simetria de posições no curso do procedimento, demarcando que ela se apresenta na condução do processo, durante a fase probatória, mas cessa no momento da decisão, instante em que passa a ser assimétrica.

Reverberando a doutrina portuguesa, Humberto Dalla Bernardina Pinho (2013, p. 294) esclarece que os referidos deveres⁵⁴ direcionam uma atuação ativa e participativa do juiz, apontando os seguintes: i) de esclarecimento; ii) prevenção; iii) consulta; e iv) auxílio.

Tamanho o vulto desse novo paradigma na futura codificação que a colaboração foi erigida pelo art. 6º do NCPC ao *status* de dever. Este, por sua vez, é preenchido por um forte conteúdo ético. A efetivação dos valores subjacentes ao processo depende de um real comprometimento por parte de todos os seus atores no sentido de concretizá-los.

No que concerne aos deveres acima elencados, em relação à figura judicial, passaremos a descrevê-los sucintamente.

⁵⁴ É preciso advertir, por se tratar de um paradigma recente, sobre a imprecisão quanto ao rol de deveres derivados do princípio cooperativo.

O dever de esclarecimento indica que o juiz busque aclarar suas dúvidas diretamente com as partes, antes que profira qualquer decisão incorrendo no risco de adotar uma compreensão distorcida das alegações expostas. Previnem-se com a adoção deste procedimento pronunciamentos que “revelem não o que foi apurado no processo, mas a falta de informação do magistrado” (*ibidem*, p. 294).

Esse esclarecimento milita em favor da paridade de armas vez que o julgador, diante de elementos fáticos ainda enevoados, buscará elucidar aspectos obscuros ou não claramente explicados pelos litigantes, ao invés de se valer da cômoda regra da distribuição do ônus da prova diante do *non liquet*.

Nessa mesma vertente de assegurar um tratamento isonômico às partes é que se apresenta o dever de prevenção.

Diante da investigação oficial outorgada ao juiz de perquirir algumas questões, v.g. a presença de condições da ação e pressupostos processuais, qualquer vício relacionado a elas não redundará em imediato julgamento de extinção do feito. Antes, porém, deverá ouvir as partes repelindo o modelito assimétrico de outrora, submetendo o manancial processual à manifestação das partes, a exemplo do que sucede na hipótese de indeferimento liminar da peça vestibular regulada no art. 284 do CPC/1973.

O dever de prevenção, na lição de Fredie Didier Júnior (2013, pp. 291 e 292), tem um leque de incidência amplíssimo, indicando algumas situações no curso do procedimento que podem reclamar sua invocação como

[...] explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte. [...] O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.

A posição vanguardista do processo cooperativo, por certo, rompe com o fetichismo segundo o qual o órgão judicial não deve se antecipar em relação a algumas questões de fato e de direito, num censurável pré-julgamento.

Ora, seguindo a premissa de uma estrutura mais democrática, onde há uma verdadeira comunidade de trabalho entre as partes e o julgador, essa postura se mostra uma decorrência natural do diálogo imperante. Aqui é preciso ao operador do direito se desgarrar do dogma do

processo como um campo de batalha, e para tal só uma recodificação de valores e uma renovada mentalidade, permitindo um salto rumo à verdadeira cooperação.

Desta forma é que se apresenta o dever de prevenção, na faceta quase revolucionária registrada linhas atrás por Fredie Didier como “sugestão de uma certa atuação”, enquanto outros processualistas são ainda mais contundentes em dizer que há um real dever de indicação por parte do magistrado, de forma clara e específica, de qual vício ou deficiência deva ser sanada pela parte (NCPC, art. 139, IX).

Tal proposição se alinha ao que já vem sendo aplicado pelo processo civil alemão, numa dimensão, por assim dizer, mais ousada desta dinâmica cooperativa quanto ao

[...] dever de indicação (*Hinweispflicht*), consistente no dever o órgão judicial de provocar as partes à discussão sobre as questões de fato e de direito, de modo a deixar claras as suas argumentações. [...] é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se (PINHO, 2013, p. 304).

De outro tanto, o dever de consulta se fundamenta nesta nova perspectiva de contraditório como poder de influência ao invés de mera ciência e reação possível. É uma faceta participativa do contraditório, aliada ao diálogo necessário, que reclama do julgador antecipe sua impressão e opiniões. Essa postura possibilita às partes o acompanhamento das suas posições, ao tempo em que possam trazer elementos de convicção para contribuir ou demover certos entendimentos.

A concepção do processo como uma relação paritária, em uma comunidade de trabalho entre as partes e julgador, implica dizer que este de modo algum, em qualquer pronunciamento decisório, lançará mão de fundamentos fáticos, explicações e documentos invocados ou produzidos pelas partes, salvo se estas tiverem sido capazes de debater acerca deles em contraditório (PIRES, 2014, p. 99).

De igual modo é vetado invocar teses jurídicas, ainda quando se refiram a matérias cognoscíveis de ofício, sem ter anteriormente chamado as partes a trazer suas observações, ressalvado, por elementar, as hipóteses de tutela de urgência, poder geral de cautela, dentre outras, cujo contraditório será postergado (OLIVEIRA, 2003a, p. 30).

A exegese acima deduzida foi adotada expressamente pelos Estatutos Processuais francês e português, sendo aplicável inteiramente ao regramento contido no art. 10 do NCPC.

Apesar da similitude com estes modelos, nosso texto se mostrou tímido em relação a descrição dos deveres decorrentes da cooperação, perdendo nosso legislador a oportunidade de ser minudente quanto a este relevante aspecto, assim evitaria debates estéreis no plano dogmático, da mesma forma abreviaria intermináveis dissensos judiciais até a matéria ser finalmente enfrentada pelos tribunais superiores (PINHO, 2013, p. 305).

Isto porque é de extrema relevância que tais deveres tenham uma previsão clara e objetiva, apartando-se de uma normatização indeterminada quanto ao seu conteúdo e extensão.

O posicionamento em análise tem o potencial de evitar graves danos às partes, favorecendo a elaboração de decisões mais justas, além de afastar pronunciamentos inesperados, por conseguinte, ofensivos ao renovado contraditório participativo e à segurança jurídica.

Outros benefícios podem ser colhidos do dever de consulta. Com efeito, sob o manto do modelo cooperativo

A efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo também contribui para a legitimação das decisões judiciais, podendo, até mesmo, diminuir a propensão à irrisignação das partes com as decisões desfavoráveis, mas de cuja formação elas mesmas participaram (PINHO, 2013, p. 307).

Por fim alvitra-se o dever de auxílio, mais uma vez inspirado na doutrina portuguesa.

Ele consiste no auxílio proporcionado pelo julgador às partes no intento delas transporem obstáculos ao exercício de direitos, faculdades e ao mesmo tempo para cumprirem ônus e deveres. Para lhe dar vazão poderia o juiz sugerir alterações do pedido, conformando-o a precedentes jurisprudenciais, enfim, lhe competindo remover qualquer embaraço (DIDIER JR., 2015, p. 131).

O citado autor, diante da configuração do art. 7º do NCPC, rechaça a existência deste dever de auxílio, reputando-o perigoso à segurança jurídica, sustentando que essa tarefa incumbe ao representante judicial da parte (*ibidem*, p. 131).

Os aludidos deveres também se dirigem às partes, como alerta Fredie Didier Júnior (*ibidem*, p. 214), porém como a linha investigativa deste trabalho é dimensionar os poderes judiciais face aos paradigmas de estruturação do processo, deu-se ênfase a sua repercussão na esfera judicial.

Relevante pontuar que a cooperação não se converte em um dever imposto a uma das partes a ajudar a outra, subsidiando o *ex adverso* com argumentos, substância fática ou qualquer

elemento em seu próprio prejuízo. A colaboração em testilha é, sobretudo, para se imprimir uma dinâmica processual célere, justa e movida por intensa participação nos moldes democráticos.

O que se colima é uma atuação ética e correta dos litigantes na exposição dos fatos e na defesa de suas posições jurídicas, afastando-se de expedientes fraudulentos, maliciosos e ardis (PINHO, 2013, p. 305).

Isso remete a um dever de lealdade entre todos os participantes. Mesmo assentados em polos diversos, são corresponsáveis ao bom andamento do feito e, por influência do contraditório, à prolação da justa decisão.

Essa finalidade última supera as diferenças dos envolvidos e lhes coloca na condição de colaboradores necessários. Naturalmente, como já dito anteriormente, isso não equivale a uma postura altruísta capaz de levar a renúncia de direitos ou pretensões.

Da conjugação destes deveres, numa inovadora sistemática de implementação da cognição, o contraditório foi guindado a elemento normativo estrutural do modelo cooperativo, a tal ponto que todos os sujeitos com potencial de serem alcançados pelo julgado são assegurados o direito de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação (THEODORO JR., 2009b, p. 15).

Este postulado fundamental passa a exigir que o magistrado se situe no rol dos sujeitos do diálogo processual. O contraditório, dito participativo, passa a ser condição de aprimoramento do julgado e não meramente uma regra formal a validá-lo (DIDIER JR., 2015, p. 125).

O redimensionamento do contraditório, impulsionado pelo modelo cooperativo, impõe a instauração de uma discussão prévia acerca de qualquer questão, processual ou de mérito, de direito ou de fato, prejudicial ou preliminar, que desemboque em ato de natureza decisória. Existe, assim, um dever de consulta imposto ao juiz, que determina “o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório” (THEODORO JR., 2009b, p. 16).

Retomando a construção de François Ost acerca dos três parâmetros de juízes, há um deslocamento do juiz Hércules, próprio do Estado Social, para uma comunidade deliberante composta pelos sujeitos processuais em posição isonômica, de pleno diálogo e cooperação (1993, pp. 26 e 29).

Surge a figura do juiz Hermes, apropriada ao processo cooperativo, que na mitologia grega é o deus mensageiro, porta-voz dos desígnios das divindades (KURY, 2003, p. 194),

dotado do dom da comunicação, por conseguinte, vocacionado a formar essa comunidade de trabalho com o dever de equilibrar a relação processual.

Outro aspecto debatido é se de fato há um princípio ou sistema cooperativo dotado de densidade normativa a impor tais deveres. Há vozes discordantes refutando sua força por não vislumbrarem quais consequências advindas, por exemplo, da recusa das partes em cooperarem ou questionando a possibilidade de sancionar-se a burla a alguns dos deveres já analisados (STRECK, 2012, p. 17).

Tal contrariedade esbarra, *prima facie*, na própria existência de regras expressas no NCPD, sendo elementar sua eficácia dentro do sistema processual. Outrossim, é perfeitamente sustentável que sua inobservância enseje

[...] inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental do processo justo, possibilidade de responsabilização judicial e, especificamente no caso do dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (MITIDIERO, 2011, p. 64).

Inspirados nestes imperativos éticos de boa-fé e lealdade, o processo coletivo deve lançar mão dos aportes do sistema cooperativo como contributo a minimizar a crise experimentada no plano material, molde a alcançar uma resposta mais próxima de um ideal democrático, justo e eficaz no plano jurisdicional, ainda que contrariando os interesses particulares de uma das partes.

Abordando a relevância da cooperação na tutela coletiva Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira (2010, p. 98) destacam que

No processo coletivo, tais deveres assumem especial relevância. Em primeiro lugar, porque tal processo permite a molecularização dos litígios e, assim, representa importante instrumento de acesso à Justiça e viabilização da atividade judiciária. Além disso, também se destina à solução de lides de relevo social, permitindo inclusive a implementação de políticas públicas definidas na Constituição.

Em suma, é imprescindível alinhar o processo na atual quadra histórica pós-moderna, reconhecendo a legitimidade do exercício da jurisdição mediante uma melhor e mais acabada comunicação do julgador com os demais atores a intervir no procedimento, perseguindo o equilíbrio entre os poderes instrutórios do primeiro com os correlatos direitos, faculdades e deveres das partes e dos seus representantes.

5 AMPLIAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NAS AÇÕES COLETIVAS

Depois de apresentar as correntes jurídicas imbrincadas com a fixação do espectro de atuação judicial, perpassando pelo embate entre os sistemas dispositivo e inquisitivo, tendo como pano de fundo o atual perfil do Poder Judiciário, findou-se por reconhecer que ambos se fazem presentes em nosso sistema processual.

Apesar desta constatação, firmou-se o entendimento de que na fase instrutória há um predomínio da visão publicista do processo a legitimar um assomo de poderes e funções centradas no órgão decisório, em homenagem a magnitude dos bens e valores coletivos, sua relevante significação social e política, responsáveis pela promoção de direitos fundamentais e garantidores da própria harmonia social (SOUZA, 2011, p. 76).

Na esteira do posicionamento esboçado neste trabalho, partiu-se de uma indeclinável progressão dos poderes judiciais (GODINHO, 2014, p. 88), lastreado, dentre outros argumentos, na própria missão constitucional outorgada ao Poder Judiciário de último reduto para a salvaguarda dos direitos fundamentais (MARINONI, 2010, pp. 144 e 172).

Dentro deste enredo, surge uma nova forma de estruturação do processo, o modelo cooperativo, já trabalhado pela literatura especializada nos temas do processo coletivo, albergado pelos principais trabalhos legislativos voltados ao seu apuro técnico, convergindo para ratificar a existência do empoderamento judicial, no entanto equilibrado com as faculdades e direitos dos litigantes, numa interação paritária na fase cognitiva, justamente para reforçar a atividade de reconstituição dos fatos, fase fundamental para a fruição do bem jurídico litigioso.

Lastreado em tudo o quanto exposto no capítulo precedente, nesta etapa do trabalho, diante do seu corte epistemológico, centraremos a análise sobre a especificação dos poderes instrutórios, esmiuçando a amplificação da postura judicial nas lides consumeristas e ambientais como referências a serem encampadas pelos demais diplomas do microssistema.

Neste diapasão será abordada a fase probatória num prisma constitucional, a fundamentar o afastamento da clássica teoria estática do ônus da prova, redundando em sua inversão e modulação como manifestação de uma tutela diferenciada servil aos ditames do direito material, particularmente quando estes se refiram a interesses da coletividade.

Em reforço à tutela coletiva aponta-se a teoria da distribuição dinâmica da prova, a qual dota o julgador de mais mecanismos a buscar a reprodução dos meios probatórios, conferindo um

tratamento mais isonômico aos litigantes, tendo em mira proporcionar os mesmos efeitos conferidos pela norma substantiva acaso não houvesse sido violada, numa palavra, aproximando a prestação jurisdicional dos valores equidade e efetividade.

Será debatida, por sua vez, a imprescindível contenção a esse adensamento de forças no curso do procedimento, demonstrando-se os riscos da hipertrofia judicial ao tempo em que, com substrato nas próprias máximas constitucionais de cunho processual, é sustentável a convivência destas relevantes funções judiciais com os poderes das partes.

Em arremate, far-se-á um apanhado das vantagens que esta proeminência judicial na fase probatória traz para a sociedade civil, particularmente para os entes sociais legitimados à tutela coletiva.

5.1 Os paradigmas já consolidados no plano coletivo e as dinâmicas probatórias nas lides consumeristas e ambientais

Tanto nas lides individuais quanto nas coletivas, é ponto pacífico de que o processo busca a aplicação do ordenamento jurídico a uma determinada relação. Neste intuito os sujeitos processuais devem carrear elementos de convicção a sustentar as respectivas pretensões, revivendo em juízo os fatos a embasarem-nas.

É justamente neste ponto que ambos os sistemas se apartam, de modo que haverá uma distinção entre o comportamento judicial e a dinâmica de coleta da prova ditadas pela natureza do direito material.

Essa interferência foi captada por Robson Renault Godinho (2007a, p. 393) ao considerar que “a inversão do ônus da prova é condicionada pelas peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça”.

Roberto de Almeida Borges Gomes (2012, p. 462) captou a diversidade entre ambos na disciplina probatória asseverando que haverá um tratamento mais ténue em presença de direitos individuais, ao passo que para ofertar uma tutela jurisdicional adequada haverá um regime mais rigoroso sobre o ônus da prova nas lides coletivas.

A ascensão destes mecanismos afetos ao órgão decisório decorre da própria pujança dos direitos metaindividuais, que tocam com segmentos, agrupamentos sociais e até mesmo toda uma coletividade – interesses difusos –, por conseguinte portadores de forte impacto social.

Outrossim, não se olvide a sua dimensão política vez que a jurisdição se apresenta como o último bastião na defesa de direitos fundamentais, franqueando a sociedade civil a posição de partícipe nas decisões tomadas pelos entes públicos, num importante mecanismo para o exercício da democracia participativa (OLIVEIRA, 2009, pp. 36 e 60).

Diante de sua significação, se agigantam as funções judiciais, cuja projeção no campo processual induz uma atuação mais incisiva, à altura dos bens litigiosos, perseguindo uma reconstituição dos fatos em juízo o mais próximo possível do que sucedeu na realidade fenomênica (RODRIGUES, 2007, pp. 245 e 246).

Já o sistema processual clássico, escorado num modelo individual, permeado por relações jurídicas privatistas, envolvendo bens disponíveis e de forte conteúdo patrimonial, contenta-se com uma atividade probatória mais branda, guiada pela iniciativa das partes, e só de forma tímida pelo juiz (DONIZETTI, CERQUEIRA, 2010, pp. 303-305).

Infere-se que o paradigma em questão não atende às especificidades dos direitos metaindividuais, cuja efetividade em juízo demanda, nas colocações de Marcelo Abelha Rodrigues (2007, pp. 245, 246 e 247), uma postura judicial

[...] voltada à busca da justiça, dotando-o de ilimitados poderes instrutórios, pautados na ética, que lhe permitam ser um caçador da verdade. [...] para tanto, deve ser ativo, participativo e inquieto em relação à busca das provas que irão trazer o seu convencimento.

Como já assentado, à exaustão, o processo coletivo constitui um microsistema com vasos comunicantes que se complementam e subsidiam-se, garantindo uma interação constante da legislação que o compõe (MAZZEI, 2009, pp. 380 e 382).

Em seu interior desponta o Código de Defesa do Consumidor como um diploma de cunho mais abrangente, operando como norma de “superdireito processual coletivo comum”, onde se extrai o principal arcabouço normativo para a defesa em juízo dos bens metaindividuais de nosso ordenamento (ALMEIDA, 2015, pp. 439 e 440).

Dentre as regras protetivas voltadas a esse grupo vulnerável, surge o direito à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), observados alguns requisitos, como mecanismo para minimizar as disparidades na relação com o fornecedor, potencializando a defesa deste direito coletivo *lato sensu*.

Outra técnica processual para promoção dos direitos coletivos vem se consolidando na seara ambiental.

O patrimônio ambiental – difuso por excelência – abarcando o mínimo para conservação de nosso ecossistema, para a manutenção de nosso modo de vida, marcado pela nota da indisponibilidade, demanda, certamente, uma tutela que contemple seus atributos, consequentemente fomentando a iniciativa oficial, pois diante da magnitude do bem jurídico é inadmissível ao Poder Judiciário contentar-se com o impulso probatório das partes (TRENNEPOHL, 2009, p. 416).

Essa área tem a complexa função de disciplinar e proteger bens essenciais à existência humana, ao tempo em que acaba se imiscuindo na regulação de atividades produtivas e mesmo na circulação de mercadorias, harmonizando essa sua vocação protetiva com o próprio eixo de desenvolvimento necessário a qualquer nação.

Terence Trennepohl (2009, p. 414) captou essa intrincada empreitada ao consignar que

O direito ambiental (material e processual) apresenta-se como instrumento de adequação de políticas de crescimento, promovendo um ajustamento dos custos privados aos custos públicos e sociais. [...] também apresenta objetivos econômicos, mas que não podem ser distanciados da preservação, compelindo o desenvolvimento a uma atitude mais racional e controlada de insumos naturais.

Diante destes escopos, os valores e interesses ambientais impulsionaram a construção doutrinária e jurisprudencial, a qual busca uma máxima efetividade do mesmo por meio da tutela coletiva, concebendo a inversão do encargo probatório lastreado em princípios norteadores desta disciplina jurídica, em particular o da precaução.

Diversamente do que sucede no *Codex* consumerista, essa flexibilização da carga probatória não partiu de um referencial normativo a disciplinar o direito ambiental, mas sim de um dos seus princípios mais caros: o da precaução.

Em suma, este cenário demonstra que em obséquio à magnitude dos direitos massificados foram desenvolvidas técnicas processuais consentâneas a proporcionar um acesso efetivo e justo, numa autêntica manifestação de uma tutela diferenciada (GOMES, 2012, pp. 466, 468 e 469).

5.1.1 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

Como dito linhas atrás, o Código de Defesa do Consumidor contém normas gerais processuais de forte impacto sobre o microssistema coletivo.

Fazendo um corte epistemológico do tema, seguindo a proposta deste trabalho, voltaremos a atenção ao campo probatório, dentro do qual a lei consumerista prevê a inversão em favor do consumidor como um direito básico (art. 6º, VIII), em contrapartida impõe ao fornecedor o encargo de demonstrar a veracidade dos fatos.

Este regramento é a antítese do modelo a reger o processo civil individual, calcado num receituário liberal – realçando os valores segurança e isonomia formal – apropriado para conflitos envolvendo direitos disponíveis, onde há uma primazia da autonomia privada (GOMES, 2012, p. 462),

A regra protetiva em comento realça a natureza das relações consumeristas como sendo normas de ordem pública (art. 4º, I, do CDC), densificando o direito fundamental de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF).

Indiscutível ser o consumidor o elo mais débil do vínculo travado com o fornecedor, comumente representado por agentes econômicos, pessoas jurídicas, concessionários de serviços públicos, enfim, dotados de maiores recursos, um extenso banco de dados, possuindo trato com demandas judiciais, contando com aparato jurídico e técnico predispostos a esse fim, em suma, uma gritante disparidade no plano material e social (MENDES, 2014, p. 42).

Neste diapasão, não parece haver dúvida desta regra se dirigir a um tratamento mais igualitário, convergindo para o postulado da isonomia material, bem assim oferta um instrumento apto a facilitação do acesso à ordem jurídica justa.

Conforme já antecipado, o legislador no art. 6, VIII, do CDC condicionou a inversão ao preenchimento de dois requisitos: hipossuficiência e verossimilhança, conforme as regras de experiência.

Num primeiro momento, a hipossuficiência foi identificada como uma variável de cunho econômico. Isso porque havia uma sinonímia entre hipossuficiência e vulnerabilidade, num equívoco evidente, pois esse atributo é inerente à condição de quem se apresenta como consumidor (art 4º, I, do CDC) na relação jurídica, o que seguramente favorece os mecanismos para facilitar sua defesa em juízo.

No entanto, como ponderado por Cláudia Lima Marques, tal circunstância não conduz a uma inversão automática do esforço probatório. Primeiro por que se trata de uma condição inata, pressuposta, dispensando exame *in concreto*. Essa fragilidade é externa à situação processual. Segundo porque na relação processual a hipossuficiência precisa ser demonstrada não se travestindo da feição de uma presunção *juris et de jure* (MARQUES, 2006, p.145)

Essa exegese partiu dos próprios coautores do CDC (WATANABE, 2001, p. 734), mas consolidou-se uma compreensão ligeiramente divergente a abarcar aspectos informativos, técnicos e sociais sem desprezar totalmente aquele primeiro fundamento.

Deste modo, a sua definição fica atrelada à ausência ou à deficiência de conhecimentos por parte do consumidor quanto ao produto ou serviço objeto da lide, observadas as singularidades da demanda.

Com efeito, nestas interações, o consumidor

[...] participa apenas da última etapa do processo produtivo (*consumo*), ao passo que o fornecedor detém os mecanismos de controle desse processo (*produção, distribuição, comercialização*). Por esta razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, a qualidade e segurança dos produtos e serviços a ele oferecidos (ANDRADE, 2015, p. 134).

Tal requisito, portanto, relaciona-se diretamente com a questão probatória devendo o magistrado perquirir a desigualdade de conhecimentos técnicos inerentes à atividade do fornecedor, tendo como parâmetro as condições do consumidor para produzir a prova (GIDI, 1995, p. 36).

Por sua vez, a verossimilhança é um atributo que reveste o fato invocado pelo consumidor a sustentar sua pretensão. Verossímil será o pressuposto fático que se assemelha a um fato verdadeiro, crível segundo as regras ordinárias de experiência.

Nesta hipótese comporta ao julgador uma avaliação, conforme o que ordinariamente acontece (*id quod plerumque accidit*), acerca das alegações do autor para verificar o grau de probabilidade dos fatos terem ocorrido na forma narrada. Havendo uma forte razoabilidade neste sentido, prescinde-se da prova do consumidor, recaindo sobre o fornecedor o encargo de contrapô-la (OLIVEIRA, 2009, p. 83).

A rigor, como anotou Kazuo Watanabe (2001, p. 733), a verificação desta exigência legal encontra-se fora do âmbito probatório, tratando-se de uma presunção relativa posta em favor do consumidor, dispensando-o da demonstração do fato (s) levantado (s) na peça de

ingresso. Numa palavra, inexistente o fenômeno da inversão do ônus da prova, mas propriamente uma presunção que acarreta ao demandado o fardo de ilidir a verossimilhança.

Cabe salientar que verossimilhança, revestindo o fato de uma aparência de verdade, não implica um juízo de procedência em favor do consumidor, apenas lhe garante a inversão.

Tem prevalecido – entre os doutos e nossos Tribunais⁵⁵ – a compreensão quanto à independência de cada um deles, bastando a evidência de apenas uma para autorizar a inversão (LEONEL, 2011, p. 364; MARINONI, ARENHART, 2011, p. 51).

Importa consignar que há vozes isoladas pretendendo vê-los como requisitos cumuláveis, vale dizer, ambos precisam estar presentes para ocorrer a inversão. (DINAMARCO, 2005, p. 80).

Antonio Gidi é um dos que ignora a partícula “ou” da dicção legal ao esgrimir a posição de que a verossimilhança deve estar presente juntamente com a hipossuficiência, pois entende que verossímil é um atributo para qualquer pressuposto fático (GIDI, 1995, pp. 33-41).

Há de se rechaçar tal posição, pois a verossimilhança não produz inversão. Se o fato carece de um mínimo de credibilidade, então inexistente qualquer ônus para o fornecedor de realizar a contraprova. Se o julgador reputou-o inverossímil no saneador, não há razão para, na sentença, imputar algum encargo ao demandado, porquanto o fato continuará despido de aparência de veracidade, de modo algum se vislumbrando prejuízo ao fornecedor.

De qualquer modo, não paira discussões sobre a ampla liberdade judicial na apreciação destes requisitos, assim também quando detectados surge um dever ao julgador para que, fundamentadamente, proceda à inversão (GOMES, 2012, p. 464).

Uma questão que ainda suscita debates diz respeito ao momento procedimental de realização dessa inversão.

A posição que concebe esta técnica como uma típica função objetiva do ônus, por ilação, propõe sua incidência no momento de proferir a sentença. O argumento definitivo decorre de uma interpretação legalista, afeiçoada ao Positivismo apontado no capítulo inaugural como um paradigma em superação. Se a inversão tem previsão no art. 6º, VIII, do CDC, então seria descabido levantar a ocorrência de um elemento surpresa a comprometer o contraditório.

⁵⁵ Valendo por todos, cumpre destacar o julgado extraído do STJ, 4ª T., Resp 140. 097/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, RT 785/184.

Ricardo Barros Leonel (2011, p. 365), que refuta tal exegese, apresenta outro argumento da corrente favorável a uma regra de juízo

Com a propositura da ação, na petição inicial são indicados a causa de pedir e o pedido, identificando-se a relação de consumo. Isso reforçaria a argumentação de que ficaria patente para os contendores a possibilidade de equacionamento da demanda com inversão do ônus da prova. Dai a não ocorrência de surpresa para os litigantes, tampouco de violação ao devido processo legal ou ao contraditório e da ampla defesa.

Alinhando-se à proposta defendida neste escrito, a qual deposita no processo cooperativo o referencial teórico a embasar um contraditório participativo com maior diálogo entre os sujeitos, além dos inovadores deveres de consulta e esclarecimento (arts. 9º e 10º, CPC/2015) a impedir qualquer julgamento sem prévio conhecimento das partes (DIDIER JR., 2013, pp. 214-215), soa intuitivo a defesa da inversão como regra de procedimento.

Deveras, deliberada em momento anterior à instrução permite o manejo do contraditório tanto havido como reação possível quanto na sua vertente mais moderna como direito à influência na formação do provimento final (LOURENÇO, 2015, p. 66).

Com isso assegura-se uma real isonomia entre os litigantes no que tange as oportunidades, visto que ocorrerá numa etapa procedimental que franqueia possibilidade da parte onerada produzir as provas e se desincumbir do respectivo fardo, dantes inexistente.

Aqui sobreleva a precaução quanto a decisões surpresa, por evidente, ofensivas ao contraditório e ao próprio devido processual legal do qual deflui. De tal modo, alvitra-se a sua determinação por ocasião do despacho saneador (ANDRADE, 2015, p. 131).

A função objetiva representada pela regra de juízo inibe as partes de verificar suas reais possibilidades de trazer a juízo os elementos de cognição e formular estratégias para demonstrar os fatos a embasar suas pretensões. Dificulta até mesmo a definição de quais meios de prova serão relevantes.

De igual modo, não se pode sustentar que as partes produzam todas as provas que possam cogitar e estejam ao seu alcance, correndo o risco de fazê-lo até contra seus próprios interesses na causa, numa verdadeira roleta processual, já que a inversão é regra conhecida de antemão.

Ora, isso transformaria o ônus em verdadeira obrigação processual a pesar sobre o fornecedor de demonstrar todos os fatos suscitados na lide, tornando legal a inversão que o

próprio legislador definiu como judicial, tanto que deve ser verificada no caso concreto a presença de um dos seus requisitos. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2010, p. 87).

Outro argumento robusto a corroborar essa interpretação emerge de um princípio típico da tutela coletiva: primazia no conhecimento do mérito.

Ao tratarmos dele no capítulo terceiro, ficou sublinhada a importância do Poder Judiciário em superar filigranas processuais, deixando de lado um rigorismo formal estéril para avançar sobre a matéria de fundo, proporcionando o equacionamento do conflito de massa, cuja larga extensão dos atingidos, a amplitude social e o impacto na harmonia comunitária, recomendam o enfrentamento do âmago da relação substancial, o reconhecimento ou denegação da situação coletiva e sua respectiva tutela em concreto.

Sobreleva na regra de procedimento a efetiva tutela do direito lesado ou ameaçado na busca de uma isonomia material, ao reverso do que sucede com a propositura da inversão como regra de juízo onde a preocupação é evitar o *non liquet*.

Ora, aplicar a inversão como regra de juízo é lançar mão de uma ficção para evitar ofensa a inafastabilidade da jurisdição – *non liquet* – sem o devido esgotamento dos meios probatórios, correndo-se o risco da decisão final fundar-se em uma presunção sem a escorreita apreciação do mérito, numa verdade puramente formal (DONIZETTI, CERQUEIRA, 2009, pp. 302 e 303).

Diante da concepção do microsistema há uma forte vertente⁵⁶(OLIVEIRA, 2009, p. 82; LEONEL, 2011, pp. 367-369) propondo a inversão a todos os demais diplomas quando a observância da regra estática pudesse conduzir a um prova difícil ou mesmo inviável, acarretando a própria negativa da tutela jurisdicional.

Referida interpretação tem o aplauso de expressiva doutrina e vem ganhando corpo na jurisprudência⁵⁷.

É certo que esta posição não é compartilhada por todos. Há uma resistência fundada numa interpretação literal do art. 6º, VIII do CDC.

⁵⁶ Que tenderá paulatinamente a decrescer com o advento do sistema cooperativo, em particular com a admissão da teoria dinâmica da prova, ainda que sua incidência seja supletiva ao esquema estático. Recordando que apesar deste paradigma ter ingressado em nosso ordenamento pelas mãos do novo Código de Processo Civil, tal guinada no modelo de estruturação do processo já vinha sendo defendida pela doutrina especializada no processo coletivo tanto que ambos constam em todas as propostas de codificação e reforma.

⁵⁷ A exemplo do julgamento feito pelo STJ, 2. T., REsp 883.656/RS, rel. Min. Herman Benjamin, D.J. 28/02/2012.

O argumento principal reside num mero aspecto topográfico. Aquele dispositivo não seria alcançado pelo disposto no art. 21 da LACP, o qual determina a aplicação dos comandos processuais contidos na lei consumerista, mais precisamente em seu Título III, porquanto a regra da inversão estaria localizada no Título que regulamenta as normas de direito material do Código.

Um raciocínio como este se centra numa interpretação gramatical, fazendo *tabula rasa* da sua essência processual, vez que disciplina um aspecto fundamental do direito constitucional à prova, que vem a ser a repartição dos encargos probatórios cabíveis a cada uma das partes. Consequentemente, a regra da inversão é norma de procedimento, sendo abarcada pela *mens legis* do art. 21 da LACP que se volta a uma integração processual entre todos os diplomas do microsistema (ANDRADE, 2015, pp. 132 e 135).

Outro argumento invocado informa que, partindo da premissa de que o ônus seria uma regra de julgamento, tal inversão representaria um sério ônus ao demandado, de tal modo ostentaria a natureza de uma regra restritiva de direitos – ampla defesa e contraditório –, exigindo uma previsão legal para sua aplicação extensiva fora do âmbito das relações consumeristas (ANTUNES, 2005, 464).

O argumento legalista deve ser combatido, vez que a ausência de norma expressa jamais poderá constituir-se em óbice à concretização de direitos fundamentais marcados pela indisponibilidade, transcendência e relevância social. Ademais, sua eficácia não se dirige apenas ao Estado-legislador, “o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem *necessárias* para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa a ele submetida” (MARINONI, 2010, pp. 144 e 166).

Pensamento diverso conduziria a imposição a outros bens transindividuais, diversos da relação consumerista, do sistema rígido da repartição do ônus da prova proposto pelo processo civil ortodoxo, de inquestionável inspiração individual, regido por vetores – patrimônio, contrato, isonomia formal – opostos ao cenário coletivo.

Negar tal inversão prevista no CDC aos demais bens coletivos *lato sensu* seria tratar de forma distinta, direitos gestados sob a mesma dinâmica social, revelados pelas mesmas injunções de um mundo globalizado, conflituoso e marcado por relações massificadas.

Uma outra questão que se apresenta na inversão é impedir que ocorra a chamada *prova diabólica reversa*.

Como um dos pilares da inversão é equilibrar as oportunidades dentro do processo, minimizando assimetrias reais existentes fora dele, seria ofensivo à pretendida isonomia material que do seu emprego resultasse, para o fornecedor, a inviabilidade ou excessiva dificuldade de fazer a contraprova.

Neste passo, tal raciocínio é igualmente empregado quando se aplica a teoria dinâmica da prova, cujo aprofundamento será feito em seção própria deste capítulo.

Necessário pontuar que distribuição (art. 333, *caput*, do CPC/1973) e inversão não são termos sinônimos e sim institutos diversos.

A primeira atua tanto no aspecto subjetivo atrelado à natureza dos fatos a sustentarem a pretensão, preparando a conduta das partes, quanto na ocasião do julgamento para afastar o *non liquet* evidenciando também sua função objetiva. A inversão é um mecanismo que pressupõe que o encargo, desde o ajuizamento da ação, já caberia à parte contra quem foi estabelecida a inversão, destacando-se apenas seu aspecto subjetivo (RODRIGUES, 2008, 158).

Ademais, como a própria dicção legal – “a critério do juiz” – revela a inversão se dá *ope iudicis*, existindo um juízo de valoração feito pelo órgão decisório, enquanto isso a regra estática fixada pelo legislador determina o conteúdo do pronunciamento no que tange ao encargo de provar e suas consequências.

Outro aspecto a ser ressaltado é a possibilidade desta inversão ocorrer *ex officio*, pois como visto, as normas atinentes à defesa dos direitos do consumidor tem caráter público expresso (art. 1º, do CDC), além do seu assento constitucional, contribuindo decisivamente para a formação deste microssistema.

Malgrado o avanço no acesso à jurisdição coletiva, proporcionado pela técnica da inversão, a mesma não fica imune à desaprovação, questionando-se seu nível de correção e equidade dado que o pronunciamento final pode assentar-se no mesmo juízo de incerteza pela ausência de esgotamento dos meios probatórios à semelhança do regime estático imposto pela codificação em vigor (LOURENÇO, 2015, p. 98).

Marcelo Abelha Rodrigues (2007, p. 253) dirige sua crítica a esse modelo, já antevendo a superioridade na adoção da teoria do ônus dinâmico proposta pelos projetos de codificação e depois encampada pelo CPC/2015. Eis como se manifestou sobre a insuficiência da inversão

[...] é, a nosso ver, uma hedionda manipulação do processo, utilizado de modo inidôneo para corrigir uma isonomia meramente formal (desigualdade real). É dizer, em outros termos, o seguinte: “estou em dúvida, mas nesse caso, em vez do art. 333, I, do CPC,

vou estabelecer que o fornecedor seja penalizado pelo julgamento em prol do consumidor, porque este é hipossuficiente economicamente”. Ora, isto é julgar com a mesmíssima incerteza.

Necessário reconhecer o avanço para a tutela coletiva deste mecanismo facilitador do acesso e da concretização dos direitos metaindividuais, como uma forte contribuição aos atores jurídicos da necessidade de buscar uma paridade de armas no âmbito das ações coletivas, que são eminentemente marcadas por assimetrias econômicas, técnicas e informacionais.

No entanto, ficou patente que a tutela coletiva urge por uma técnica universal a reger a repartição do ônus probatório, afastando discussões sobre a integração do CDC a outros diplomas, ao tempo em que oferte um disciplinamento capaz de uma investigação dos fatos mais próxima da realidade, como propõe a teoria dinâmica do ônus da prova, que será objeto de exame em outro tópico deste capítulo.

5.1.2 A atividade probatória nas lides ambientais

Outra manifestação de uma tutela diferenciada (GOMES, pp. 468 e 471) voltada a conferir uma prestação jurisdicional justa e adequada, no âmbito coletivo, diz respeito à modificação da carga probatória nas ações coletivas para promoção de bens ambientais.

Como já destacado acima, a invocação desta técnica se coaduna com o *status* de direito fundamental da pessoa humana atribuído à proteção ambiental, aqui compreendida em toda a sua dimensão a abarcar elementos asseguradores à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico (SILVA, 2007, p. 58).

A própria fundamentalidade dos interesses ambientais (MILARÉ, 2005, p. 63) legitima o Poder Judiciário a reverter o *onus probandi* para o empreendedor, pois que têm o domínio sobre as etapas de produção e circulação dos insumos e produtos potencialmente poluidores, inferindo-se sua maior capacidade de reproduzir a dinâmica dos fatos em juízo.

Diante destes atributos nota-se a essencialidade dos bens ambientais, no entanto na atual quadra padecem de vulnerabilidade ante a crescente e desordenada exploração dos recursos naturais impulsionada pelo capitalismo.

Ademais, as violações perpetradas contra si têm potencial para atingir um número considerável de vítimas, com grande dispersão (pulverização), cujas consequências, comumente, são de difícil reparação em pecúnia, e quando ocorrem são insuficientes a restabelecer o *status*

quo ante dadas as singularidades dos atributos e qualidade do meio ambiente (MILARÉ, 2011, pp. 1070, 1123 e 1124).

Em decorrência destas peculiaridades do bem jurídico ambiental Roberto de Almeida Borges Gomes (2012, p. 471) empunha a posição segundo a qual

Atribuir ao Ministério Público, e por consequência a toda sociedade, em algumas situações, a regra comum de distribuição de ônus probatório em uma ACP ambiental é adjudicá-lo um fardo imensurável. Em decorrência da essencialidade deste bem para a qualidade de vida de um número indeterminado de indivíduos se faz necessário um tratamento diferenciado sobre questões instrutórias nas ACPs ambientais.

Volviendo a atenção para repartição dos esforços probatórios é possível distinguir na literatura especializada, bem assim em precedentes jurisprudenciais, três fundamentos em favor da inversão nas lides ambientais: i) hipossuficiência e verossimilhança, usando como parâmetro a codificação consumerista; ii) princípio da precaução; e iii) aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.

A primeira hipótese, pela simetria com o regime do CDC aplicado como regra geral do microsistema coletivo, envolve a mesma definição empregada naquele diploma para a hipossuficiência, aqui figurando a sociedade como um dos polos da relação em contraposição ao agente poluidor, tido como hipersuficiente (CAMBI, 2005, p. 104.).

De igual modo a sua compreensão passa dela desigualdade no plano econômico e técnico, esse abarcando a escassez de informações, nível educacional, preparo e assessoramento jurídico, dentre outros desníveis a demonstrar a patente inferioridade em relação ao empreendedor.

A hipossuficiência ultrapassa discussões financeiras. Se assim não fosse seria despicienda a inversão, bastando assegurar uma isonomia formal timbrada por aspectos materiais cujo equilíbrio já é assegurado pela assistência judiciária gratuita disciplinada na Lei Federal no. 1.060/50 (GOMES, 2012, p. 476).

A verossimilhança, já tratada na seção anterior, concentra-se na forte plausibilidade dos fatos suscitados pela parte autora, merecendo destacar que bastaria apontar uma atividade potencialmente poluidora para a sua satisfação.

Tal entendimento deriva da disseminação dos atos de degradação ambiental, tornando extremamente dificultosa a comprovação do nexo causal e do próprio dano pelas vítimas.

Por sua vez, sendo marcado o direito ambiental por conhecimentos multidisciplinares, na atmosfera probatória, com certa frequência, exige-se perícia e estudos⁵⁸ como indicadores técnicos decisivos ao provimento final (TRENNEPOHL, 2009, pp. 416 e 419).

Diante desta complexidade, até mesmo para o Poder Judiciário, que seguramente louvará seu veredito em provas periciais de forte cunho científico, seria demasiado rigoroso impor ao litigante (ofendido) o regime comum probatório regulado pela codificação individual.

O rol de dificuldades que recairia sobre a coletividade afetada, tivesse que exhibir a prova em juízo, foi esmiuçado por Landolfo Andrade (2015, p. 138) ao considerar que a infringência ao patrimônio ambiental

[...] não raro tem causadores múltiplos, quando não incertos, vítimas pulverizadas e por vezes anônimas, e danos de manifestação retardada ou de caráter cumulativo, atingindo não apenas a integridade patrimonial ou física das gerações presentes e futuras, mas também interesses da sociedade em geral.

Antes de partirmos para o segundo fundamento, imperioso registrar posicionamento recusando este artifício exegético de utilização do CDC, pois como dito linhas atrás o meio ambiente ecologicamente equilibrado já possui densidade normativa suficiente para prescindir da *interpositio legislatoris* para sua efetividade (MARCHESAN, STEIGLEDER, 2003, p. 14).

O segundo argumento para a inversão e, seguramente, mais ventilado pelos Tribunais e estudiosos diz respeito à incidência do princípio da proteção.

Preceitua este mandamento que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida ou incerteza científica – *in dubio por natura* – diante de ameaça de danos sérios ou irreversíveis (MACHADO, 2003, p. 55).

O postulado em questão pretende maximizar a proteção ao meio ambiente por meio de antecipação de danos e prevenção de perigos, ainda que não sejam concretos.

Por seu intermédio é possível adotar medidas eficazes e economicamente viáveis para precaver-se da degradação, mesmo que a ciência não tenha um veredito seguro sobre a ausência ou detecção de níveis toleráveis de poluição (ANDRADE, 2015, p. 136).

⁵⁸ Podendo ser mencionado o Estudo de Impacto Ambiental, exigido constitucionalmente nos arts. 170, VI e 225, IV, da Carta Federal, cujo resultado será confeccionado um Relatório de Impacto Ambiental.

Muito embora não esteja textualmente na Carta Federal de 1988, ele pode ser deduzido do direito fundamental à saúde (art. 6º, *caput*, da CF) e também do regramento constitucional que impõe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*, da CF).

Na esteira do magistério de Antonio Herman Benjamin (2008, p. 21), é possível extrair deste princípio uma consequência prática no campo processual que vem a ser a inversão do ônus da danosidade a incidir sobre o responsável pelas intervenções ambientais.

Deste modo, as características do patrimônio ambiental, reforçadas pela máxima da precaução, autorizam a formação de um juízo de probabilidade da ocorrência danosa, mesmo diante de um estado de incerteza científica sobre o empreendimento ou conduta.

Novamente lançando mão das observações de Landolfo Andrade (2015, pp. 138 e 139), pode-se asseverar que a precaução fixa um

[...] dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade.

Por essa posição, que tem contado com a chancela de nossos pretórios⁵⁹, havendo dúvidas sobre os perigos de uma atividade à saúde humana ou ao ecossistema, cabe ao aventado degradador o ônus de provar a inexistência do dano, que não foi o seu causador ou mesmo que a intervenção é inofensiva (GOMES, 2012, p. 477).

Necessário pontuar que existem gradações envolvendo a extensão da precaução. Estas oscilam entre uma certeza quanto à ausência absoluta de risco – vertente radical – passando pela corrente minimalista que prega riscos sérios e irreversíveis sem ventilar a inversão, culminando na intermediária, adotada pela doutrina pátria, propondo a demonstração de risco científico crível, vale dizer, tomando a probabilidade ao invés da certeza (MILARÉ, 2011, p. 1072).

A última hipótese autorizativa da uma nova repartição dos esforços probatórios relaciona-se com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova⁶⁰.

Como já exaustivamente demonstrado, o universo probatório na tutela coletiva do meio ambiente distingue-se pelo grau de complexidade, assinalado pela multidisciplinaridade, além das

⁵⁹ Em particular o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes favoráveis a essa flexibilização do encargo com supedâneo na precaução, fazendo-se menção ao Resp no. 883.656/RS, j. em 09/03/2010, Resp no.1060753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 01/12/2009 e ao Resp no. 1049822, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 23/04/2009.

⁶⁰ Que será objeto de maior detalhamento neste capítulo.

assimetrias sob diversos aspectos entre os titulares deste bem difuso e o responsável pela atividade poluidora.

Sob este prisma revela-se excessivamente oneroso e difícil ao legitimado coletivo – qualquer que seja, mesmo os entes estatais e Ministério Público – assumir essa incumbência de provar o dano, nexos causal, reproduzindo os fatos em juízo quando quem têm o domínio sobre a atividade perigosa, detém as informações técnicas sobre ela é o empreendedor que, por essas mesmas razões, é o único apto a saná-lo (TRENNEPOHL, 2009, p. 420).

A par da maior facilidade do agente degradador em provar os fatos juridicamente relevantes, vige em nosso ordenamento a responsabilidade objetiva (art. 14, § 1º, da Lei Federal no. 6.981/81) pelos danos ecológicos, ficando internalizados os riscos da atividade interventiva (GOMES, 2012, p. 478).

Há então a desnecessidade do autor coletivo empreender atividade cognitiva voltada a exhibir todos os elementos que configuram a responsabilidade civil, dentre eles perquirir a culpa do agente poluidor.

Emerge destes três fundamentos ao afastamento do modelo estático uma ênfase na função subjetiva do ônus da prova, alterando o esquema legal pautado por uma disciplina estanque, a qual atua como uma regra de julgamento apta ao afastamento do *non liquet*, onde domina o aspecto objetivo do encargo.

Esse prestígio da função subjetiva indica a preocupação em coligir mais elementos para que as partes e, principalmente, o julgador possa alcançar uma verdade possível acerca dos fatos controvertidos, aproximando-se de uma resposta judicial mais equânime e adequada à relevância do direito material em debate.

Com isto propõe-se um atuar judicial mais firme nesta etapa nevrálgica do arco procedimental, considerando para a repartição dos esforços probatórios não a qualidade da parte a postular e sim as vicissitudes do direito material. Assim, importa

[...] para a adequada proteção deste direito transindividual, se faz necessária a inversão do ônus da prova: a certeza do fato alegado cede lugar aos elementos indiciários de probabilidade de degradação, em decorrência da natureza da matéria envolvida e não do sujeito processual que está buscando tutelá-lo (GOMES, 2012, p. 472).

Por fim, tangenciando levemente os objetivos desta dissertação, cabe mencionar o tormentoso tema dos custos financeiros da inversão.

O primeiro ponto é extremar a flexibilização da regra estática com a responsabilidade pelas despesas daí decorrentes. São situações distintas, tanto que há entendimento jurisprudencial⁶¹ admitindo a inversão do ônus pelos custos da produção da prova.

Quando se trata de meio de convencimento postulado por ambos os litigantes ou determinado por iniciativa oficial há uma oscilação de posicionamentos judiciais, uns compreendendo que a inversão implica também as despesas correlatas outros rechaçando-as.

No entanto, considerando que a inversão atende ao princípio constitucional que busca assegurar um acesso qualificado à ordem jurídica, primando pela desejável paridade de armas na relação processual, por conseguinte, permeado por estes valores constitucionais, há de prevalecer a interpretação de que, junto com a redistribuição dos esforços probatórios também a acompanha o ônus pelo custeio da prova, tanto quando postulada pelas partes quanto determinada *ex officio* (CAMBI, 2003, p. 22).

Se há um requerimento unilateral, à parte alcançada pela inversão não se pode impor a transferência de responsabilidade financeira quando nada postulou, transmudando a natureza de ônus em uma verdadeira obrigação de provar.

Malgrado o acerto desta exegese sob o ponto de vista da ciência processual, recordando os fundamentos constitucionais desta técnica, que naturalmente devem se sobrepor ao dogmatismo estéril em nome do formalismo substancial (ANDRADE, 2015, p. 130), é imperioso que a parte adversa sofra as consequências da sua inércia, deixando de adiantar o pagamento dos gastos necessários à realização da prova assume o risco de uma decisão desfavorável.

5.2 Poderes judiciais em espécie e sua aplicabilidade aos processos coletivos

Nos capítulos anteriores, debruçou-se sobre o papel do Poder Judiciário na atual conjuntura social, apontado pelos estudiosos como um relevante ator público na hercúlea tarefa de transformação da realidade, fazendo-o por meio da concretização dos direitos e garantias sociais fundamentais (ALMEIDA, 2003, p. 530).

⁶¹ STJ, Resp 436731-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 26/11/2002. Nesta mesma linha colhe-se um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 4ª Câmara Cível, nos EDcl no. 70002338473, rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. em 04/04/2001.

Igualmente ficou assentada a insuficiência do modelo processual clássico a responder aos desafios do novo milênio, impregnado de conflitos de massa, numa atmosfera de um mundo globalizado, de alta competitividade e conflituoso.

Então, passa-se a edificar um novo arquétipo processual diante do reconhecimento da predominância da dimensão coletiva sobre a individual por suas notórias vantagens de custo e rapidez em lidar com controvérsias de largo espectro, ofertando uma resposta unitária (tratamento molecular da lide) sob o influxo de um tratamento mais isonômico e participativo (MANCUSO, 2012b, pp. 87 e 88).

Para chegar a estes resultados moldou-se um novo perfil técnico para o julgador, agora reunindo maiores atribuições no curso da lide justamente para atender a essas expectativas que, ao cabo, prestigiam o acesso à ordem jurídica justa.

Como o tema deste trabalho versa sobre poderes instrutórios do julgador, dentro desta linha epistemológica enriquece a sua discussão elencar suas principais manifestações.

A análise a esse respeito se dará, primordialmente, sob o ângulo da jurisdição coletiva sem, contudo, deixar de lado o apontamento de alguns parâmetros do processo civil ortodoxo.

De partida deve-se esclarecer a natureza jurídica destes poderes. Lastreado no magistério de José Roberto dos Santos Bedaque (2013, pp. 158 e 162) repele-se, de plano, que estes se revelem como manifestações essencialmente discricionárias, com uma forte conotação arbitrária.

Na abordagem do Pós-positivismo no capítulo inaugural verificou-se que a técnica legislativa mais consentânea com a resolução de dilemas decisoriais emprega conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, recorrendo à locuções semanticamente fluidas.

Isso, como evidenciado, conduz a uma maior liberdade cognitiva e, por conseguinte, favorece a criação de soluções à margem de balizas positivadas, numa atividade criativa do direito.

Ressai destas considerações a inexistência de um juízo de conveniência e oportunidade a qualificar como uma autêntica discricionariedade judicial nos moldes em que se apresenta ao administrador.

Conforme pontifica Mauro Cappelletti (1993, p. 42), a interpretação e criação do direito não são aspectos inconciliáveis, ao reverso, como a matéria-prima do exegeta é a linguagem, toda sua equivocidade e imperfeição favorecem uma abertura de sentidos, possibilidades e com elas

emergem a controvérsia, a inovação e mesmo certa dose de perplexidade e insegurança. Nas palavras do processualista italiano

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. [...] quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias.

Em suma, vislumbra-se neste feixe de poderes oficiais ao longo do procedimento um autêntico exercício de atividade exegética das normas sob a conformação de um sistema constitucional permeado por características típicas do Pós-positivismo, onde se realça a normatividade dos princípios e se renova a hermenêutica do texto constitucional com ferramentas aptas a este novo paradigma da ciência jurídica.

É certo que tal maleabilidade na compreensão dos textos sofre censura, como já vimos no capítulo primeiro, pelo seu grau de subjetividade a conduzir a decisionismos travestido da invocação de princípios constitucionais usados como argumentos retóricos.

Trazendo a lume a posição de José Roberto dos Santos Bedaque (2013, p. 162), é de rigor

[...] distinguir poder discricionário de interpretação da lei, que consiste na busca da solução desejada pelo legislador, ou seja, daquela mais adequada à situação jurídica descrita no processo. [...] Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada.

Por sua vez, já que o recorte do tema nesta seção engloba os poderes instrutórios, tomando de empréstimo a metalinguagem jurídica, pode-se dizer que instruir indica um somatório de atos e diligências no curso do rito, nos moldes estabelecidos pela norma processual, que devem e podem ser realizados com vistas a esclarecer questões de fato e direito objeto da controvérsia (CASTRO, 2010, p. 139).

Tendo em linha de observação o processo civil contemporâneo, cabe ao juiz: i) os poderes de dirigir o processo, compreendendo o controle e fiscalização dos atos das partes no plano da legalidade e legitimidade; ii) dar seu impulso, buscando a duração razoável; iii) atuar, de ofício, para afastar ações ou omissões indevidas; iv) primar pela paridade entre as partes; v) prevenir e sancionar fraudes ou colusões e; vi) velar pela regularidade e dignidade no seu desenvolvimento (OLIVEIRA, 2009, pp. 49 e 52).

Da enunciação acima, observa-se que atividade judicial contempla todos os estágios do procedimento, daí a razão para discorreremos neste tópico sobre os poderes judiciais em espécie, que não se restringem apenas à fase probatória, mas a todo ato de cognição envolvendo a postulação, saneamento e a instrução, apesar desta última ter um peso considerável para o desate da lide, repercutindo sobre a própria estruturação do ordenamento processual.

No plano do processo individual avultam hipóteses de atuação oficial no curso do procedimento, porém sem relação direta com o exercício dos poderes instrutórios. São elas: i) apreciação de matérias de ordem pública *ex officio*; ii) possibilidade de determinar a reunião das ações propostas em separado, constatada conexão ou continência entre elas; iii) sobrestamento do feito até que a questão prejudicial externa seja resolvida no juízo penal; iv) declaração da própria incompetência quando absoluta; v) poder geral de cautela; vi) julgamento antecipado da lide; vii) punição por litigância de má-fé.

Quanto à investigação oficial há a cláusula probatória outorgada pelo art. 130 do CPC/1973, replicada na nova codificação (art. 370, CPC/2015), numa clara vertente publicista consagradora de plenos poderes para buscar os elementos de convencimento (BEDAQUE, 2013, p. 129).

Acrescenta o aludido autor que essa atividade não é supletiva à intervenção das partes, de modo algum se subordinando à distribuição estática fixada no art. 333, *caput*, do CPC/1973. Assim exarou seu pensamento:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. [...] não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo. (BEDAQUE, 2013, p. 130).

Com isto não se quer minimizar a participação das partes em momento crucial do procedimento, aclamando uma hipertrofia judicial destoante do modelo cooperativo que prega uma postura judicial a fomentar a atividade probatória das partes, em colaboração, além de promover o constante debate, sob a égide de um contraditório participativo (RODRIGUES, 2007, pp. 245 e 246).

É louvável que o juiz mova esforços para a obtenção da prova, em colaboração com o empreendimento probatório das partes, lançando mão do regime estático como um derradeiro refúgio cognitivo.

Essa posição proporciona uma tutela jurisdicional tendente a um maior grau de justiça e efetividade, pois lastreada em um provimento que buscou reconstruir os fatos da forma mais fidedigna como transcorreram no plano da vida.

De mais a mais, soam pertinentes as ponderações de Barbosa Moreira (1985, p. 148) sobre a divisão de trabalho entre as partes e julgador, numa interação que mais se aproxima de uma complementariedade recíproca do que um protagonismo unilateral. Desta forma pronunciou que

[...] em matéria de prova, deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais 'ousada' que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa dos litigantes. [...] o papel do juiz e das partes são aqui complementares; [...] E não custa reconhecer que, de fato, ao menos no comum dos casos, por óbvias razões, dos próprios litigantes é que se obterá, com toda a probabilidade, aporte mais substancial.

Ainda na etapa instrutória podem ser identificadas as seguintes providências adotadas *ex officio*: i) determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342, CPC/1973); ii) ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder (art. 355, CPC/1973); iii) quando o documento ou coisa estiver em poder de terceiro este será citado para responder em 10 (dez) dias (art. 360, CPC/1973); iv) ordenar à parte a exibição parcial de livros e documentos (art. 382, CPC/1973); v) proceder a inspeção pessoal (art. 440, CPC/1973).

Esse inventário acerca dos poderes judiciais, em particular os instrutórios, são nitidamente ampliados no novo CPC (LOURENÇO, 2015, p. 92). Tal assertiva é facilmente verificável quando se faz um cotejo entre o elenco de atribuições contido no art. 125 do atual Estatuto e o art. 139 do novo *Codex*.

O dispositivo do CPC/2015 alargou-os não apenas numericamente – passaram de quatro a dez incisos - mas também com uma extensão qualitativa a tal ponto que o julgador está autorizado a dilatar prazos, alterar a ordem de produção dos meios de prova, sempre movido pela efetiva proteção do direito material em discussão, numa autêntica manifestação da busca por uma tutela diferenciada.

No que tange à jurisdição coletiva é de se esperar um maior envolvimento judicial na tarefa de gestor da fase cognitiva e probatória. Isto porque

A repercussão social da ação coletiva e da decisão a ser emanada recomenda/determina, sem dúvida, uma dose maior de comprometimento do juiz, seja na fase instrutória, seja na própria tomada de decisões, quando devem influir não apenas os aspectos jurídicos, mas também aqueles de cunho político e social (OLIVEIRA, 2009, p. 50).

Do rol a ser dissecado abaixo é nítida a ampliação dos poderes oficiais nas ações coletivas, se alinhando ao sistema norte-americano vigente nas *class actions* que traça um elenco de forte intervenção judicial por meio das *defining functions* (MILARÉ, CASTANHO, 2007, p. 261).

Essa perspectiva é decorrência das singularidades dos direitos e interesses objeto do microsistema coletivo, tendo recebido um reforço nos projetos de codificação coletiva.

Ricardo Barros Leonel (2011, p. 373) afirma que a postura judicial intervencionista tem no processo coletivo seu *locus* adequado. Partindo da perspectiva do direito positivo o referido autor enumera as seguintes situações⁶²

[...] (a) previsão de que o magistrado deva adotar de ofício providências que assegurem o resultado prático equivalente ao da prestação pretendida e não atendida; (b) imposição de multa diária independentemente de pedido do autor; (c) realização de medidas necessárias, como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra e impedimento de atividades nocivas, além de requisição de força policial.

A par destes poderes previstos expressamente na legislação que compõe o microsistema processual, há outros tantos alvitados pela literatura especializada, os quais foram incorporados em menor ou maior extensão nos anteprojetos de codificação e no PL no. 5.139/2009.

Evidentemente são preconizados pela dogmática processual como propostas *de lege ferenda*, no entanto, como se verá, alguns já gozam do reconhecimento jurisprudencial, outros já foram incorporados ao ordenamento processual comum.

Independentemente desta circunstância há que se pontuar a funcionalidade do processo como mecanismo para a realização e tutela das situações substanciais, notadamente aquelas de matriz constitucional. Ademais, em direção a uma tutela jurisdicional justa e efetiva compete ao julgador conferir densidade e concretude aos direitos fundamentais (MARINONI, 2010, pp. 144, 166 e 172).

⁶² O elenco destas medidas processuais encontra-se referida nos seguintes dispositivos: art. 84, *caput* e §§ 4º e 5º da Lei no. 8.078/90; art. 11 da Lei no. 7.347/85 e art. 213 e parágrafos da Lei no. 8.069/90.

Nesta senda, a ausência de um referencial normativo contendo uma regra processual jamais poderia ensejar o esvaziamento do direito fundamental à tutela jurisdicional malferindo, em última instância, os interesses e bens materiais a serem implementados pela via judiciária.

Assim, mostra-se de suma relevância ao objeto deste estudo esmiuçar os poderes judiciais preconizados nestes trabalhos legislativos, que muito têm contribuído para a emancipação metodológica do processo coletivo, aperfeiçoando técnicas e institutos da ciência processual em nome da promoção de interesses e bens supraindividuais de forte conotação social e política.

Todas as iniciativas colimam a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional, com a redefinição do perfil do julgador consagrando-lhe diversos poderes, enfim, pondo a técnica processual ao seu dispor para alcançar a satisfação das situações substantivas.

Como assentaram Paulo Henrique Lucon e Daniela Gabbay (2007, p. 84) o “Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos pode fazer emergir um novo modelo procedimental, com configuração mais elástica e adaptável aos conflitos de natureza difusa e coletiva.”

Distinguem-se pela sua importância os seguintes momentos: i) a fixação do objeto da tutela coletiva (causa de pedir e pedido); ii) na relação entre demandas; iii) na aferição da legitimidade (representatividade adequada); iv) na instrução (teoria dinâmica da repartição do ônus de provar); v) certificação da ação; vi) fixação dos pontos controvertidos e, vii) audiência preliminar.

O primeiro deles – delineamento do objeto – é extremamente inovador frente à regra vigente no processo individual. De acordo com o art. 5^{o63}, do CPCO-IBDP e art. 15^{o64} do PL n. 5.139/09 é admissível alterarem-se os elementos objetivos da demanda, em qualquer etapa, tendo como marco final o pronunciamento de mérito.

⁶³ “Art. 5º. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10.”

⁶⁴ “Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.”

Cabe apenas a advertência quanto ao respeito aos princípios constitucionais do processo, em particular o contraditório, de modo a conferir a parte adversa oportunidade de se pronunciar adequadamente a respeito e, desejando, se contrapor através de novos meios de prova.

As ambas as disposições estão afinadas com os fundamentos do processo cooperativo ao privilegiar um contraditório participativo.

Essa mudança é sintomática de um dilargamento dos poderes judiciais, cabendo-lhe o controle do requisito ético do pedido que vem a ser a boa-fé de quem deseja introduzir elemento novo à demanda (COSTA, 2012, p. 653).

Há o rompimento com o vetusto sistema de preclusões da codificação comum ao fixar o saneamento como termo *ad quem* para essa providência.

Acrescente-se ainda a possibilidade do julgador de interpretar extensivamente esses elementos objetivos, afastando-se do ideário (art. 293, CPC/1973) ditado pelo paradigma individual o qual

[...] não se coaduna com as características próprias da tutela coletiva, cuja relevância social não permite ter seu objeto adstrito a um rol taxativo, daí a importância preconizada à atividade do julgador, na interpretação do pedido e da causa de pedir, o que deve ser feito de forma extensiva, seja para facilitar a reunião de processos, seja para permitir a alteração do objeto litigioso (COSTA, 2012, p. 654).

É certo que o maior rigor no sistema comum tem em mira assegurar a estabilização da demanda (art. 264, CPC/1973), pondo limites a infundáveis recuos na marcha procedimental, primando pela celeridade. Entretanto, no universo coletivo essa barreira represaria novas pretensões, provocando o efeito adverso da proliferação de ações (LUCON, GABBAY, 2007, p. 84).

A maleabilidade no trato com o pedido e a causa de pedir é compreensível diante do desenrolar do rito onde, comumente, após o julgador inquirir os fatos, coletar provas e ouvir os envolvidos é que vem à tona a necessidade de alterá-los.

Antonio do Passo Cabral (2009, pp. 63-64) nos apresenta um fundamento contundente para essa abertura cognitiva, ao ponderar que a narrativa de um dano coletivo ou difuso, p. ex. ambiental⁶⁵, é sumamente tormentosa dada à dispersão geográfica dos afetados, com impressões

⁶⁵ O caso da mineradora localizada da cidade de Mariana/MG, onde houve o rompimento de uma barragem em novembro de 2015, é sintomático de quão intrincada é a questão ambiental. A ruptura provocou um acidente sem precedentes em nosso país, com o alastramento de resíduos tóxicos por milhares de quilômetros afetando incontáveis ecossistemas, vítimas dispersas geograficamente, cuja extensão e profundidade estão longe de serem mensuradas.

peçoais e danos variáveis difíceis de serem vertidos numa descrição fática coesa. Isso sem olvidar a mutabilidade das situações fáticas coletivas e suas repercussões, por vezes retardadas no tempo, sobrevivendo à própria a lide.

Ademais, a própria legitimação extraordinária afasta a comunidade atingida dos entes autorizados a estarem em juízo, conseqüentemente distanciando o legitimado coletivo dos eventos danosos, situação oposta a uma pretensão individual onde o seu titular tem proximidade visceral com os fatos lesivos ao seu interesse (CABRAL, 2009, pp. 63-69).

O segundo aspecto está entrelaçado com o controle do objeto da lide, o qual permite a verificação de situações de conexão, litispendência e continência.

Se é possível ampliar o pedido e seu fundamento fático, por evidente, isto propiciará a reunião de ações conexas, contribuindo para a coerência do sistema judicial ao evitar decisões conflitantes sobre matérias e situações semelhantes, emitindo uma resolução unitária para o conflito.

A reunião dos processos é uma diretriz contida tanto no PL n. 5.139/09 (art. 5^{o66}) quanto do CPCO-IBDP (art. 6^{o67}), cuja dicção deixa claro que o julgador, diante da hipótese concreta, tomará essa iniciativa, premido mais pela magnitude dos bens coletivos a tutelar, do que propriamente pelos requerimentos da parte autora (art. 5^o, § 1^o, PL n. 5.139/09) (COSTA, 2012, p. 655).

Referida diretriz tem uma relevante função prática diante da concomitância de ações individuais contendo pedido e fundamentos conexos a uma ação coletiva, evitando a pulverização de demandas.

A dificuldade consistiria apenas em cientificar o litigante individual de que sua pretensão pode ser satisfeita com o aproveitamento da coisa julgada coletiva, reservando-lhe a escolha por suspender e aguardar o deslinde daquele ou prosseguir na sua iniciativa isolada.

Isto tudo demonstra o grau de complexidade de traduzir essas variáveis numa narrativa fática voltada a demonstrar a causa de pedir. Assim também como objetivar um pedido cujos danos ainda não cessaram e inexistente uma data fatal para o fim da degradação.

⁶⁶ “Art. 5^o A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a 3 mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver: [...] § 1^o Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.”

⁶⁷ “Art. 6^o. Relação entre demandas coletivas - Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:”

Para implementar esse comando, incumbe ao juiz determinar ao requerido coletivo que informe o transcurso da ação coletiva em todas as lides individuais conexas em que for parte (art. 7º⁶⁸, § 1º, CPCO-IBDP). Essa providência realça a boa-fé processual que embasa o modelo cooperativo, colaborando com a solução da lide no plano individual (OLIVEIRA, 2009, p. 77).

A terceira manifestação do poder judicial na tutela coletiva toca com a representatividade adequada, atuando como um controle da legitimação.

Esse tema pertence à análise das condições da ação podendo ser revisto a qualquer tempo e grau de jurisdição⁶⁹.

Muito embora a tutela coletiva privilegie o acesso à jurisdição, impõe-se ao Poder Judiciário sindicar se a coletividade, verdadeira portadora dos interesses coletivos *lato sensu*, está sendo efetivamente representada e em que condições o legitimado coletivo se apresenta para defendê-la satisfatoriamente.

Compartilha dessa percepção Clarissa Diniz Guedes (2012, p. 159)

Face à inevitável repercussão na esfera jurídica de toda uma coletividade, o legitimado ativo na ação civil pública deve estar preparado para representar os direitos a esta pertencentes e, portanto, apto a transpor o obstáculo da carência organizacional de que padecem os titulares dos direitos coletivos *latos sensu*.

A carência organizacional de que fala a citada autora envolve, principalmente, variáveis econômicas e jurídicas para fazerem frente ao grande vulto dos direitos que defendem em juízo. Essas aptidões são necessárias justamente para não comprometerem esses relevantes interesses.

O microsistema convive com uma pluralidade de legitimados à ação coletiva, adotando uma solução pluralista condensada na chamada legitimação concorrente e disjuntiva, com autonomia de cada um para formar um juízo de conveniência sobre a deflagração, não necessitando da anuência ou intervenção recíproca, bem como sem nenhuma relação de dependência com os demais na condução do processo.

⁶⁸ “Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda. § 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontra.”

⁶⁹ No particular o CPCO-UERJ/UNESA fez menção expressa a esta revisibilidade até o trânsito em julgado como se infere do art. 8, § 2º. Com redação semelhante se posicionou o CPCO-IBDP, art. 20º, § 2º.

Em seu interior, esse controle já vige, contudo em bases mais superficiais e dirigidas exclusivamente aos corpos intermediários⁷⁰ (art. 5º, V, da LACP e art. 82, IV, do CDC), limitando-se a exigência de três requisitos: i) constituição formal, apresentando-se como uma pessoa jurídica; ii) existência ânua por ocasião da propositura da ação coletiva e, iii) a finalidade institucional sob a qual foi criada deve guardar identidade com a defesa do interesse coletivo ou difuso judicializado (MIRRA, 2007, p. 121).

O CPCO-IBDP previu esta medida em seu art. 20, I, II e § 2º, entretanto como elemento a dar mais credibilidade a um novo autor coletivo que seria o próprio cidadão, interessado na defesa dos interesses supraindividuais.

O controle em apreço tem inspiração nas *class actions* do direito americano, voltando-se à proteção dos titulares do bem coletivo, os quais por não poderem todos estar em juízo simultaneamente, se fazem apresentar por um legitimado apto, vale dizer, que ostente capacidade técnica, experiência na matéria deduzida em juízo, possua trato com as lides desta natureza e um histórico de vinculação com o grupo, categoria ou classe, dentre outros aspectos a serem aferidos no caso concreto (MENDES, 2009, p. 108).

São presumivelmente capazes os entes reconhecidos na Constituição e na legislação como portadores dos direitos coletivos em juízo. O que se propõe é, em situações excepcionais, possa ser afastada essa presunção legal com a aferição em concreto desta capacidade, num controle *ope iudicis* a sobrepor a realidade fática em favor dos bens metaindividuais (GUEDES, 2012, pp. 161, 163 e 165).

Em que pese a acesa discussão sobre tal possibilidade abarcar os organismos públicos legitimados – entes federativos, Ministério Público e Defensoria –, ela se mostra perfeitamente indicada para a sociedade civil organizada e, *de lege ferenda*, para o particular que assuma o polo ativo (*ibidem*, pp. 184-195).

Quanto às associações civis e entidades do terceiro setor Clarissa Diniz Guedes (2012, pp. 192 e 193) considera despicienda a exigência legal (art. 5º, alínea “a”, da LACP) de prévia constituição ânua diante do cabimento de uma representação adequada, bem assim de nenhuma serventia ante a falta de seriedade, despreparo técnico ou mesmo alheamento aos anseios dos seus filiados.

⁷⁰ Expressão representativa de organismos como as associações civis, sindicatos, fundações de direito privado, ONGs, enfim, a sociedade civil organizada.

Dessume-se, que a eficácia coletiva não se contenta com o mero esquema legal, podendo e devendo ser perseguida *ope iudicis*, tendo na figura do julgador um dos construtores dos destinos da sociedade, afetando-lhe uma atuação criativa e pragmática na análise dessa legitimação (COSTA, 2012, p. 657).

Outra atribuição judicial concernente ao processo coletivo versa sobre a certificação.

Ela diz respeito a uma questão que antecede o mérito, envolvendo um juízo sobre a viabilidade do prosseguimento da demanda na forma coletiva, que se for positivo, autoriza-o a proceder ao seu desmembramento tendo em linha de conta aspectos jurídicos e fáticos comuns aos interessados, passando a existir duas frentes judiciais com pedidos envolvendo direitos coletivos e difusos de um lado e individuais homogêneos no outro.

Os impactos apontados acima são de tamanha gravidade que alguns doutrinadores chegam a considerar a existência de um princípio da adequada certificação (DIDIER JR., ZANETI JR., 2011, p. 115).

A certificação consiste em uma decisão judicial que

[...] reconhece a existência dos requisitos exigidos e a subsunção da situação fática em uma das hipóteses de cabimento previstas na lei para a ação coletiva. Também nessa decisão são definidos os contornos do grupo (*class definition*), o que se revela muito importante para o passo seguinte, a notificação ou cientificação adequada dos membros do grupo. (DIDIER JR., ZANETI JR., 2011, p. 115).

Por meio dela evita-se o transcorrer de uma demanda coletiva inútil, com dispêndio de tempo e recursos para os sujeitos processuais, movimentando desnecessariamente a engrenagem judicial sem nenhum ganho para os bens massificados.

Os fundamentos desta medida procedimental são indicados por Rosalina Moitta Costa (2012, p. 659) ao gizar que

A via coletiva deve se mostrar mais efetiva do que a via individual, seja sob o ângulo da abrangência e autoridade dos provimentos, seja sob o ângulo da economia processual. [...] Caberá, assim, ao juiz decidir se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva, devendo verificar a prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais e a superioridade dos interesses coletivos.

A providência em comento foi contemplada no PL n. 5.139/09 (art. 20, I e II) e no CPCO-IBDP (art. 24, § 5º, I e II). Igualmente extraída do sistema das *class actions*, tem como propósito verificar a superioridade da tutela coletiva *in concreto*, sob pena de sofrer um

juízo adverso pela carência de ação por falta de interesse de agir, restando aos prejudicados se valer da tutela individual.

Outro momento procedimental onde se manifesta um agir atuante do órgão jurisdicional é a audiência preliminar (PL n. 5.139/09, art. 19 e 20, CPCO-UERJ/UNESA, art. 18 e CPCO-IBDP, art. 25), abrindo-se a possibilidade de instar as partes à conciliação ou mesmo à busca de meios alternativos de resolução dos conflitos como a mediação, arbitragem ou avaliação neutra.

Nas propostas reformistas em comento a audiência preliminar passa ser uma etapa fundamental na ação coletiva, decorrendo daí sua obrigatoriedade, numa disciplina contrastante com o processo civil comum onde a mesma foi relegada a um segundo plano, sendo um ato facultativo quando, p.ex. referir-se a bens indisponíveis (art. 331, § 3º, do CPC/1973).

A imposição desta solenidade procedimental harmoniza-se com o sistema cooperativo porquanto se abre espaço para o diálogo e eventual consenso. Outrossim, na presença das partes permite uma maior precisão no estabelecimento das questões a serem objeto de demonstração, a quem tocará o ônus da prova, enfim, favorece o gerenciamento da causa pelo órgão judicial (LUCON, GABBAY, 2007, p. 92 e 93).

Outra inovação consiste na alternativa de firmar uma transação em presença de direitos indisponíveis.

Indiscutível a vedação à prática de atos de disposição, mesmo que se compreenda a presença de uma legitimação autônoma para a condução do processo – postula-se em nome próprio direitos da coletividade –, então, a margem de ajuste jamais poderá afetar a essência do direito material, seus elementos constitutivos, cingindo-se a componentes acidentais como prazos e modos de adimplir as obrigações previstas na norma substancial.

O mecanismo em questão favorece as máximas da efetividade e economia processual, colhendo-se da experiência forense que concessões recíprocas rendem melhores resultados que a resposta estatal adjudicada por meio de um provimento de mérito (OLIVEIRA, 2009, p. 79).

É também na audiência preliminar que se fixarão os pontos controvertidos e o julgador definirá quais as provas a serem reproduzidas em juízo. Aqui surge a indeclinável necessidade de estabelecer a quem cabe os esforços probatórios.

Eis então a última espécie de manifestação do poder judicial do elenco acima apontado, que toca particularmente com a vertente instrutória: distribuição do ônus da prova.

Neste momento é que se debruçando sobre o sistema probatório coletivo constata-se a adoção de um regime distinto daquele fixado na atual codificação comum, eis que os anteprojetos e o PL n. 5.139/09 aderiram à teoria da distribuição dinâmica da prova.

A teoria em comento, que será detalhada mais à frente em seção específica, se alinha ao modelo cooperativo, numa abordagem que busca uma isonomia real entre as partes.

Neste diapasão, o seu eixo fundamental propõe ao julgador deixar de lado a regra estática, regida pela prevaloração legislativa das situações processuais, voltando a atenção às especificidades do caso concreto e às reais possibilidades das partes de assumirem o encargo probatório, sempre tendo em mente nesta valoração o objeto e os meios de prova (RODRIGUES, 2007, pp. 247 e 249).

Levando em conta estes aspectos, os poderes exercitáveis de ofício ao buscarem alargar o acesso à jurisdição coletiva, conferir efetividade aos bens metaindividuais, dar tratamento isonômico aos litigantes, superar formalismos para alcançar o exame do mérito, suprir falhas e omissões das partes na fase probatória, enfim, tomam uma dimensão que ultrapassa a mera etapa instrutória, sendo mais adequado dizer que abarcam todo o ato de cognição judicial (CASTRO, 2010, p. 140).

Mesmo na teoria dinâmica mantém-se a mesma expressão dos poderes oficiais, porquanto o órgão judicial continua como gestor da prova.

Há quem sustente, inclusive, um incremento destes poderes no modelo cooperativo vez que os critérios para a modulação dos esforços probatórios são mais abertos, flexíveis, a teor da redação do art. 373, § 1º do CPC/2015, assim como na tarefa exegética a qual poderá se subsidiar do senso comum (art. 375, do CPC/2015) e da tábua de valores extraída da Lei Fundamental (art. 1º, do CPC/2015) (LOURENÇO, 2015, pp. 48 e 49).

Deste apanhado no plano coletivo, aliado aos fundamentos do novo *Codex* processual comum, verifica-se que há uma tendência a ampliar e reforçar os poderes oficiais (LOURENÇO, 2015, P. 91).

As disposições vigentes no microssistema, somadas às inovações propostas pela doutrina corporificadas nos anteprojetos de codificação, apontam para a realização de um processo justo, por meio de uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, num contexto onde o julgador se mostra mais atuante e participativo, numa expansão sem desprezo à colaboração dos litigantes (COSTA, 2012, p. 661).

5.3 Direito à prova sob a perspectiva constitucional e sua correlação com o encargo probatório

A escolha do tema abordado, além da forte imbricação com a expansão dos poderes judiciais, remete à sua própria justificação consistente na acessibilidade à jurisdição coletiva revestida da equidade e efetividade.

Tanto o direito à prova quanto o incremento das funções judiciais merecem o deslocamento de sua análise da ciência processual para a seara constitucional.

Não deixa de ser intrigante que sendo a prova e o direito probatório um exercício de “passagem” nos limites da jurisdição, o direito constitucional acabe por fornecer apenas indicações fragmentárias sobre o direito probatório. [...] Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova (CANOTILHO, 2005, p. 187 e 188).

Os poderes instrutórios já mereceram um enfrentamento à luz do postulado da inafastabilidade da jurisdição no prisma material, mais precisamente na exposição feita no capítulo segundo do presente estudo.

Neste tópico, trilhando a doutrina de J.J. Gomes Canotilho (*ibidem*, p. 170), o direito à prova irá buscar suas raízes no Texto Maior, numa linha epistemológica pouco usual entre os doutos.

A esse propósito é pertinente consultar as advertências feitas pelo constitucionalista português

[...] se o direito constitucional à prova não tem sido objeto de desenvolvimento aprofundado, não é de admirar que o problema do ônus da prova seja também remetido para à ciência jusprocessualista (civil, penal e administrativa). A remissão sistemática do regime jurídico do ônus da prova para o direito processual legalmente estabelecido pode, porém, suscitar sérias interrogações em domínio tão sensível num Estado democrático-constitucional como é o regime de direitos, liberdades e garantias.

A veia constitucional do direito à prova radica-se no próprio direito de ação (inafastabilidade da jurisdição), que compreende a garantia de participação dos litigantes, no poder de influir na formação da convicção judicial.

Justamente essa participação, que tem na iniciativa probatória seu âmago, é o aspecto nevrálgico ao reconhecimento do direito material postulado, concretizando a máxima constitucional do acesso à justiça.

Quando o Poder Judiciário tutela o bem da vida ameaçado ou violado é porque considerou demonstrado – ainda que se valendo de uma ficção legal – o fato que o embasava, elemento este cuja introdução no processo deu-se pelos meios probatórios, tendo sua disciplina condicionada às teorias do *onus probandi*.

Neste contexto, as regras de repartição dos esforços probatórios atuam diretamente sobre o direito de acesso à ordem jurídica como se infere das colocações de Danilo Knijnik (2006 , p. 943)

A violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça [...] Essa perspectiva conduz-nos a certas situações nas quais a aplicação das regras sobre o ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma oculta, o art. 5º, XXXV, da CF.

Deduz-se, sem maiores divagações, o indissociável vínculo da prova ao próprio acesso à ordem jurídica, sendo legítimo referir-se a um direito constitucional à prova que deriva daquele postulado, numa verdadeira implicação recíproca (KNIJNIK, 2006, p. 943).

Essa dimensão constitucional lhe confere um conteúdo complexo, decompondo-se nas seguintes pretensões: i) oportunidade adequada de requerimento da prova; ii) de sua produção; iii) de participar desta mesma produção; iv) emitir um juízo crítico sobre o seu resultado e v) direito à sua respectiva valoração pelo órgão julgador (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 41).

Nesta senda, a distribuição do ônus é também detentora de uma base constitucional porquanto vinculada à isonomia material na relação processual, além de assegurar o acesso qualificado à justiça. Seguindo neste raciocínio, eventual vedação, limitação ou restrição indevida em tal medida a obstruir o acesso útil ao Poder Judiciário incorrerá na pecha de inconstitucional (ANDRADE, 2015, pp. 119 e 120).

Essa inferência decorre da dupla funcionalidade atribuída a este ônus, moldada sob a égide do Estado Democrático de Direito e do formalismo-valorativo.

A primeira delas volta-se para a estruturação da atividade probatória das partes – função ou ônus subjetivo, também denominada regra de conduta –, repercutindo sobre o nível de intervenção delas no processo contemporâneo cada vez mais democrático, cioso da participação dos sujeitos em posição de paridade durante a fase cognitiva e instrutória, por conseguinte favorecendo o modelo cooperativo e o tratamento dinâmico do módulo probatório.

Essa faceta favorece a máxima constitucional da isonomia material, pois permite a atribuição conforme as capacidades dos litigantes, dando ciência a cada um deles de sua responsabilidade na formação do conjunto probatório de modo a se afastar uma solução predefinida e excessivamente formal (CAMBI, 2006, p. 317).

A outra função concerne ao aspecto objetivo do encargo de provar, o qual municia o julgador com uma regra legal para superar o quadro de insuficiência probatória. Aqui sobreleva uma regra de julgamento vez que nosso sistema constitucional repele a renúncia à jurisdição – emitir o *non liquet* –, que acaso ocorresse equivaleria a denegação ao próprio acesso à justiça. Assim, em caso de dúvida, o ônus indica ao julgador o conteúdo da decisão, evitando decisões arbitrárias ou concebidas em moldes subjetivos (ANDRADE, 2015, p. 70).

O ônus objetivo está intimamente relacionado com o módulo estático da prova previsto no art. 333 do CPC/1973. Até a promulgação da nova codificação processual comum havia uma franca prevalência pela função objetiva, contudo vem sofrendo muitas reservas especialmente por chancelar uma isonomia formal entre as partes, ignorando as peculiaridades do caso concreto, além de conduzir a um julgamento precário porque distanciado da realidade dos fatos.

Importa gizar que sob o argumento de que a repartição do ônus da prova envolve exame dos pressupostos fáticos da causa, o Supremo⁷¹ Tribunal Federal é reticente em examinar tal matéria em recurso extraordinário, reputando a ofensa como reflexa à Constituição, por ilação, trata-a como uma questão infraconstitucional. Tal posição é replicada também pelo Superior⁷² Tribunal de Justiça.

Como decorrência desta posição constitucional surgiram questionamentos acerca da melhor disciplina normativa a densificar esse direito constitucional, concentrando-se nas concepções acerca dos encargos probatórios.

⁷¹ STF, 2ª T., RE n. 783.235, AgR/SC, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 24/06/2014.

⁷² STJ, 1ª T., AgRg no REsp n. 104.771/PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24/02/2015.

A repartição do encargo de provar é um elemento crucial da fase probatória, por conseguinte, deve se conformar aos direitos fundamentais e postulados constitucionais. Como tal, a disciplina preconizada pelo legislador deve seguir iguais medidas, para não incorrer em obstáculos a dificultar e mesmo inviabilizar que uma das partes se desvencilhe deste momento decisivo do procedimento.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p. 181 e 182), por exemplo, são críticos da distribuição legislativa em moldes abstratos, fundada na categorização de fatos como constitutivos, extintivos e impeditivos, os quais definem a quem comportará esse encargo. Assim se pronunciam:

É preciso observar, contudo, que a distribuição do ônus da prova a partir da classificação dos fatos pode ser vista como um mecanismo artificial, ou melhor, como algo comprometido com a própria natureza do procedimento ordinário, que distribui os riscos do processo e o ônus da prova sem qualquer atenção para o que ocorre no plano do direito material e na realidade da vida.

O argumento decisivo é a própria natureza do ônus estático como regra de julgamento. Com efeito, ao manejar essa técnica para afastar o *non liquet* o julgador atesta a incapacidade das partes de carrear os elementos de cognição idôneos ao seu convencimento.

Por sua vez, assim o fazendo, também admite, implicitamente, seu próprio insucesso na coleta e investigação – *ex officio* – dos fatos essenciais ao esclarecimento da verdade, que culminaria na outorga do direito ao seu verdadeiro titular, noutras palavras, ofertando uma tutela justa e efetiva.

Como esse desiderato não foi atingido, a solução prefigurada no esquema rígido terá como alicerce uma ficção baseada numa análise retrospectiva dos fatos (RODRIGUES, 2004, p. 160), ou seja, o juiz decidirá observando a quem cabia provar determinado fato e falhou, recaindo sobre si um pronunciamento desfavorável, ao invés de proferir um veredito ancorado num juízo de certeza ou probabilidade sobre aquele.

Conclui-se que o julgamento foi proferido sem pleno convencimento judicial. Eis a razão porque J. J. Gomes Canotilho (2005, p. 190 e 191) vislumbrou um sério risco aos direitos fundamentais a decisão pautada no emprego da regra estática do encargo probatório. Asseverou o autor

Compreende-se que, quando a medida justa da distribuição do ónus de prova é fundamental para a garantia de um direito, se devam evitar as teorias abstractas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias.

Lastreado na premissa de um direito constitucional à prova, acaso o magistrado não tenha acesso aos componentes probatórios a reproduzir os fatos em juízo, é evidente que um pronunciamento nesta condição será precário, cercado por incertezas dada a insuficiência da atividade probatória de todos os sujeitos processuais, distante da idealização do acesso à ordem jurídica justa porque arrimada em uma verdade formal (DONIZETTI, CERQUEIRA, 2010, pp. 302 e 303).

Um panorama assim colide com a relevância deste direito constitucional, tendo levado Eduardo Cambi (2010, p. 354) a ostentar um entendimento de que “a regra do art. 333 do CPC é *materialmente incompatível* com a produção da prova nos processos coletivos, por que coloca em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo”.

Relevante acentuar que o direito constitucional à prova também se conecta com outros postulados, dentre eles o do contraditório em sua acepção moderna como possibilidade de dialogar, influir, consagrando às partes a condição de um dos partícipes da construção da decisão final. Por conseguinte, a regra estática do art. 333 do CPC/1973 não o atende plenamente, de tal maneira que a almejada efetividade do direito material fica comprometida (BEDAQUE, 2013, pp. 25 e 26).

Assim, como uma alternativa às limitações do regramento estático, inibidor de um acesso justo e efetivo, as propostas legislativas no âmbito coletivo elegeram a teoria dinâmica da distribuição do encargo probatório a ser discorrida no tópico seguinte.

Fiel ao entendimento esgrimido nesta dissertação, há fortíssimos argumentos hauridos desta concepção constitucional do direito à prova e seu respectivo encargo que legitimam o fortalecimento dos poderes judiciais nas lides coletivas, pois segundo o magistério de José Roberto dos Santos Bedaque (2013, pp. 27 e 28)

Isso porque entre os requisitos de um processo efetivo, *equo e giusto*, aponta-se a justiça da decisão, o que pressupõe a exata reconstituição da matéria fática. [...] Na medida em que a concessão de poderes instrutórios ao juiz amplia as chances de obter-se a reprodução fiel das fatos ocorridos no plano material, regra nesse sentido contribui decisivamente para a efetividade do processo.

Em suma, o *status* constitucional do direito à prova reclama uma técnica processual capaz de promovê-la, mesmo que haja um vácuo normativo impeditivo da fruição de situações substanciais.

Esse posicionamento se aplica também a repartição dos esforços probatórios (MARINONI, ARENHART, 2011, p. 182), incumbindo ao julgador mirar sua atenção às singularidades do direito material, ganhando vulto quando em presença de direitos coletivos *lato sensu* porque portadores de valores constitucionais com forte repercussão social e significação política.

Insere-se nesta perspectiva a promissora teoria do ônus dinâmico da prova como mais um mecanismo pensado para atender esse fenômeno da constitucionalização do processo.

5.4 A teoria da carga dinâmica da prova e sua projeção na tutela coletiva

Na seção anterior, apontou-se a significação constitucional do ônus da prova, bem assim sua funcionalidade no plano objetivo e subjetivo com as repercussões sobre os postulados do acesso à jurisdição e a isonomia dentro da relação processual, convergindo ou afastando-se de ambos conforme a prevalência dado pelo ordenamento a sua apresentação como regra de julgamento ou de conduta.

É preciso assentar que o ônus probatório não deve ser confundido como um mero dever, muito menos com um direito subjetivo ou outra situação de vantagem. A rigor, ele se enquadraria mais na categoria de que fazem parte os poderes e faculdades das partes (CAMBI, 2006, p. 330).

Tomando de empréstimo a lição de Landolfo Andrade (2015, p. 68) entende-se como tal

[...] a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, sem sujeição nem coerção, e sem que exista um outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância pode acarretar consequências desfavoráveis a própria parte onerada.

É certo que o cumprimento do ônus não assegura um pronunciamento favorável. No entanto, a técnica utilizada para sua repartição impacta diretamente sobre os postulados constitucionais em que se assenta.

Com efeito, o acesso à tutela jurisdicional robustecida pelos atributos da equidade e efetividade passa pela escorreita formação do juízo de fato. Quanto mais a reconstituição do fato

probando for correta, fidedigna à realidade em que se passou, tanto maior as chances de uma resposta estatal justa.

Se os esforços probatórios forem repartidos de forma adequada, promovendo uma cooperação das partes, seguramente sai robustecido o direito fundamental a um processo justo (GODINHO, 2007a, p. 387).

Nesse prisma é que se insere a teoria dinâmica, propondo que se leve em consideração as possibilidades reais de participação dos litigantes para a formação do material probatório apto a forjar um juízo de fato, desvencilhando-se de preavalações abstratas impostas pelo legislador para dar primazia às vicissitudes do caso concreto (COSTA, 2012, p. 659).

Essa vertente deixa transparecer que a principal função do encargo é a de ordem subjetiva (SILVA, 2014, p. 552), que consiste na organização das atividades das partes, molde a que conheçam seu grau de participação na demonstração dos fatos, preparando-se prévia e adequadamente, dando relevo ao contraditório mais efetivo.

Essa atenção às peculiaridades da situação concreta posta em julgamento, faz-nos rememorar a matriz jusfilosófica deste trabalho.

De fato, foi apontada nas páginas iniciais desta dissertação que uma das características marcantes do Pós-positivismo é o resgate da razão prática, a qual, em linhas gerais, indica uma pauta de valores a dirigir a ação humana na resolução de situações da vida.

Esta metodologia revela uma virada da ciência jurídica para a resolução de casos práticos, atendo-se às especificidades do conflito. Assim, desgarrar-se do referencial positivista que primava pela solução predefinida, atrelada a regras abstratas e universais.

O novo paradigma em apreço aponta para a busca da justiça no caso concreto, sem desprezo ao direito posto, iluminado por vetores axiológicos extraídos da ordem constitucional.

É nesse cenário que se ambienta a teoria dinâmica da carga probatória, norteadada pelo direito constitucional à prova, alvitando ao julgador uma valoração do encargo à luz das circunstâncias da controvérsia, buscando a decisão justa no caso concreto (LOURENÇO, 2015, p. 62).

Captou essa mudança de rumo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003a, p. 253)

[...] com a renovação dos estudos de lógica jurídica e a ênfase emprestada ao sentido problemático do direito, resgata-se em certa medida a dimensão retórica e dialética do processo. Tal fenômeno ocorreu exatamente quando – já renunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornaram os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos.

Por outro lado, com o fortalecimento atual da vocação eminentemente publicista do processo (PESSOA, 2011, p. 105; ANDRADE, 2015, p. 117) há uma aproximação cada vez maior dos esforços probatórios com os deveres decorrentes do modelo cooperativo, do qual avulta uma comunidade de trabalho onde impera um permanente diálogo, todos imbuídos da edificação de um manancial probatório idôneo à formação do juízo de fato e de direito.

Denota-se, então, da teoria dinâmica uma total consonância com o modelo cooperativo abordado no capítulo anterior. Essa cooperação tem na figura judicial o seu propulsor porque o

[...] fundamento está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes. [...] tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual, implicar direito fundamental à prova, de dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. (MITIDIERO, 2011, p. 142).

Cabe ponderar que esse modelo cooperativo, cujos derivativos da solidariedade e boa-fé são invocados para justificar a dinamização, não tem o condão de criar um dever de provar. A natureza de ônus mantém-se incólume, cuja consequência advinda do seu descumprimento cinge-se a um julgamento adverso (YOSHIKAWA, 2012, pp. 125 e 126).

Sem embargo de algumas discussões sobre o exato surgimento da teoria dinâmica, é inegável que a corrente em apreço tem no trabalho dogmático de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello seu marco moderno. Ambos partiram da concepção de processo como situação jurídica exposta por James Goldschmidt para defenderem, lastreados nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, a análise das circunstâncias da demanda como definidor da flexibilização do encargo probatório (LOURENÇO, 2015, p. 95).

Também conhecida como princípio da solidariedade ou efetiva colaboração das partes com o julgador para a composição do acervo cognitivo, a teoria destina o fardo da prova a quem se encontra em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de apresentá-la, por evidente potencializa o descobrimento dos elementos probatórios e se distancia de um pronunciamento formal e precário sustentado por uma regra de julgamento.

A carga dinâmica tem alicerce em diversos princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia material, do acesso à ordem jurídica justa, da lealdade, da boa-fé e da veracidade. É

certo que há outros doutrinadores (DIDIER JR., ZANETI JR., 2011, p. 324) que aumentam este rol alvitando a solidariedade e o devido processo legal, no entanto, aqueles primeiros guardam uma conexão mais estreita com o instituto ora abordado.

A tutela jurisdicional que se pretende justa e efetiva demanda um processo paritário, sob o ponto de vista substancial. Disto decorre a igualdade proporcionada às partes na formação do acervo cognitivo, como pressuposto para exercer a influência sobre o convencimento judicial.

Deste modo, esta desejável simetria só será alcançada quando o magistrado equilibrar a relação modulando o ônus da prova de maneira a onerar o litigante com melhores meios de atendê-lo.

Conforme anota Carlos Alberto Alvaro Oliveira (2003a, p. 66), a paridade de armas como projeção da isonomia no âmbito processual veda o legislador a “estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, coloque em perigo, com o risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material”.

A lealdade, boa-fé e veracidade extraem-se da própria circunstância de que seria inadmissível à parte mais apta, numa determinada relação processual, eximir-se do encargo lançando mão de um formalismo estéril.

Ora, considerando que a dinamização se insere no contexto do modelo de processo cooperativo, que introduz um forte componente ético na relação processual, seria insustentável a conduta da parte que, olvidando o dever de auxílio e colaboração, atuasse de forma ardilosa, omissiva, voltada a impingir um prejuízo ao seu *ex adverso*, de que seria exemplo furtar-se a apresentar fatos e provas esclarecedoras (DIDIER JR., ZANETI JR., 2011, p. 324).

O outro postulado do qual deriva a teoria dinâmica é o acesso à ordem jurídica justa. A referida repartição precisa favorecer a produção da prova pelos litigantes, caso contrário representaria um óbice à própria tutela jurisdicional, visto que a parte onerada ante uma séria dificuldade ou mesmo incapacidade de demonstrar os fatos a embasar sua pretensão, findará por ter negado o aludido direito fundamental.

Aqui merece transcrição o entendimento de Robson Renault Godinho (2007a, p. 398)

[...] para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

Como já exposto, a distribuição do ônus da prova tem fundamento constitucional, visto que ela interfere diretamente nas chances de êxito que a parte dispõe de fazer valer suas pretensões em juízo.

Eis então um dos sustentáculos da dinamização. Havendo desigualdade entre as partes diante dos esforços de prova é de rigor que o magistrado, na função de garante daquele princípio, module a carga para que incida sobre a parte dotada de melhores condições de carrear o manancial probatório.

Apesar de já constar em todos os projetos⁷³ de codificação e reforma do processo coletivo, como se verá com mais vagar adiante, a teoria flutuante ingressou em nosso ordenamento por meio do art. 373, § 1^o⁷⁴ e 2^o do CPC/2015.

Nos moldes como positivado, é possível afirmar que a flexibilização ocorrerá quando um dos litigantes detiver em relação ao outro: i) conhecimentos técnicos; ii) informações específicas sobre o fato probando e; iii) maior facilidade em trazê-lo a juízo. Esses requisitos materiais são independentes, bastando a presença de um deles para legitimar a modificação do ônus.

Noutro giro, a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em produzir a prova, com potencial para levar-lhe a um julgamento adverso, deve ser conjugada com efetiva possibilidade da contraparte de desincumbir-se desta carga probatória (ANDRADE, 2015, p. 113).

Esta segunda variável mereceu uma observação relevante de Édis Milaré e Renata Castanho (2007, p. 260)

É como se o critério da hipossuficiência fosse substituído pelo da *hipersuficiência*. Vale dizer, a fraqueza de uma das partes não a exime, necessariamente, do seu encargo processual. É a força da parte contrária que atribuiu a esta o ônus de produzir a prova, numa espécie de *vis attractiva*.

⁷³ CPO-UERJ/UNESA, art. 19, § 1^o e 2^o, CPO-IBDP, art. 11, § 1^o e 3^o e PL n. 5.139/09, art. 20, IV e VI.

⁷⁴ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] § 1^o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Tal concepção se harmoniza com o panorama das lides coletivas, onde é da sua essência um desequilíbrio entre os litigantes, justificando soluções aptas a recompor a igualdade material à luz do caso concreto como preconiza a distribuição dinâmica da carga probatória.

Como mencionado, a modulação prima pela paridade de armas evitando uma situação de iniquidade ao impor-se a parte menos capaz – segundo os critérios legais – o peso pela responsabilidade, que em princípio teria, de coligir o conjunto probatório, numa autêntica chancela da *probatio diabolica*.

Lucas Macêdo e Ravi Peixoto (2014, p. 212) observaram que o novo *Codex* manteve a fórmula da hipossuficiência preconizada pelo CDC, no entanto optou por não lançar mão da verossimilhança já que a dinamização independe da natureza do bem ou direito em disputa.

Como há uma imbricação do processo constitucional com o dever de solidariedade e boa-fé das partes em trazer o material probatório, aliado ao dever de auxílio do órgão judicial para fixar o ônus a quem melhor pode suportá-lo, seria incongruente que esta técnica conduzisse a um obstáculo ou inexecutabilidade do ato de provar ao reverter o ônus a parte que originariamente não o possuía.

Em sobrevindo uma situação processual neste sentido estar-se-ia diante de uma prova diabólica reversa.

Assim sucedendo, diante deste revés deve-se impor a “aplicação da regra da inesclarecibilidade, de modo a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, sendo esta que deverá se submeter à decisão desfavorável” (*ibidem*, p. 213).

Analisando tal possibilidade da ocorrência da prova diabólica bilateral, Marcelo Abelha Rodrigues (2007, p. 253) abordando o tema sob o ângulo do processo coletivo minimiza essa preocupação diante do comportamento agudo do juiz nesta seara.

[...] é que sendo franqueada ao juiz uma liberdade na investigação da prova, exigindo-se uma participação num processo investigativo, certamente, dada essa proximidade e maior envolvimento, diminuirão sensivelmente os casos de incerteza.

A teoria em discussão excede a inversão do ônus, portanto, são técnicas distintas. No CDC há, com efeito, um ônus prévio e abstratamente previsto, daí falar-se numa reversão, ao passo que na teoria flutuante, inexistente qualquer critério valorado antecipadamente (CAMBI, 2006, p. 340).

A dinamização tem um potencial muito maior que a mera inversão, a qual apesar de também se curvar à análise criteriosa das condições dos litigantes, opera em uma única direção – em favor do polo ativo – e só pode ser efetuada uma única vez.

Já a modulação é uma via de mão-dupla, podendo ser revista conforme as circunstâncias, além de abstrair a posição das partes na lide – se autor ou demandado – e a própria natureza da relação substantiva subjacente (MACÊDO, PEIXOTO, 2014, p. 209).

Ademais, essa alteração do encargo atende aos desígnios do legislador, colhendo-se da exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC que é imprescindível criar condições para que o magistrado alcance uma decisão mais rente à realidade dos fatos que embasam a lide. Esse objetivo torna o processo mais justo e eficiente, convergindo com as normas e princípios da Lei Fundamental (*ibidem*, p. 210).

A dinamização, mesmo sem a integração legislativa, teve esporádicas manifestações em nosso sistema judicial, especialmente nas lides versando responsabilidade civil por erro médico⁷⁵.

Atualmente, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem avançando na aplicação da teoria na tutela de bens ambientais⁷⁶ em sede de ACP, na promoção dos direitos do idoso, como instrumento de facilitação de provas⁷⁷ e diante da hipossuficiência *in concreto*⁷⁸.

Lançando um olhar sobre o processo coletivo, que é o universo sobre o qual se debruça o trabalho, pode-se asseverar que o magistrado mantém-se firme na gestão da prova, transparecendo até um incremento em seus poderes instrutórios vez que há uma migração do modelo estático (art. 333 do CPC/1973), cabendo-lhe sopesar as circunstâncias do caso concreto para deslocar o encargo probatório de modo a fazer prevalecer a isonomia real e o acesso à ordem jurídica justa (CAMBI, 2010, p. 357).

Deste sentir não discrepa a lição de Rosalina Moitta Pinto da Costa (2012, p. 660) ao comentar o PL no. 5.139/09

Embora o projeto tenha primado pela maior participação e aumento dos poderes do juiz nas diversas fases do processo coletivo, é na fase instrutória que sua atuação deverá ser a mais ativa possível, visto que não poderá ficar indiferente ao resultado que advirá na produção das provas.

⁷⁵ STJ, 4ª T., Resp no. 69.309/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18/06/1996.

⁷⁶ STJ, 2ª T., Resp no. 1.060.753, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 01/12/2009.

⁷⁷ STJ, 1ª T., RMS no. 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 26/11/2013.

⁷⁸ STJ, 4ª T., AgRg no Resp no. 216.315/RS, rel. Min. Mauro Campbell, j. em 23/10/2012.

Em atenção ao contraditório participativo, as propostas legislativas no âmbito da jurisdição coletiva fixam o momento para tal modulação: decisão saneadora, pois é nela que serão fixados os pontos controvertidos como se verifica dos arts. 25, § 5º, IV e V (CPCO-IBDP), 18, § 5º, III e IV (CPCO-UERJ/UNESA) e 20, III e IV do PL no. 5.139/09.

Conforme anotou Haroldo Lourenço (2015, p. 134) a tônica foi perseguir a máxima tutela dos direitos coletivos, superando dogmas do processo individual, de tal maneira que se passou ao largo da

[...] técnica de preclusões, eis que, havendo no curso da instrução uma modificação de fato ou direito relevante para o julgamento da causa, poderá o juiz rever a distribuição o ônus da prova, motivando a sua decisão, fixando prazo razoável para a produção da prova, em nítido prestígio ao contraditório.

A regra de conduta disciplinada pela dinamização permite às partes conhecerem, previamente, quais esforços devem empreender para alcançar êxito na demanda, podendo projetar suas estratégias. Assim, há um reforço a moderna concepção do contraditório como direito à influência (COSTA, 2012, pp. 649 e 650).

O CPCO-IBDP (art. 11, § 1º), por exemplo, na mesma linha da nova codificação individual atribuiu à carga dinâmica uma aplicação residual, numa adoção tímida, se comparada com o anteprojeto coordenado pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (CPCO-UERJ-UNESA), que no art. 19, § 1º conferiu-lhe o *status* de regulação autônoma.

Nas precisas palavras do mencionado processualista ao comentar este regime híbrido

A menção ao art. 333 do Estatuto Processual Civil parece ser duplamente incorreta. [...] Sob o prisma material, a remissão às regras do Código de Processo Civil acaba por atenuar o vigor da própria inovação, pois volta a estabelecer uma regra tradicional aplicável, que por comodidade, pode ser infelizmente aplicada, deixando, assim, o texto legal de exigir do juiz uma decisão específica sobre as possibilidades de produção da prova, calcada na análise do caso concreto. (MENDES, 2007, p. 27).

Diante da moldura escolhida pelo CPCO-IBDP, a distribuição do ônus se alterna entre regra de julgamento e de procedimento, porém restando a esta uma aplicação subsidiária.

A permanência da regra estática foi alvo de censura por parte de Marcelo Abelha Rodrigues (2007, p. 253) que reputou inadequada essa subordinação

[...] poderia o anteprojeto usar a carga dinâmica da prova para todos os casos (de hipossuficiência ou não), sempre que o material probatório possa ser melhor produzido por uma das partes, banindo de vez a regra preestabelecida de distribuição do ônus da

prova. [...] utilizada como regra de julgamento, como pretende o anteprojeto [...] a sua função é “punitiva” e em nada acrescenta na busca da verdade real.

Outra posição adotada pelo CPCO-IBDP (art. 11, § 2º), foi mesclar a distribuição dinâmica com a inversão em moldes semelhantes àqueles previstos no art. 6º, VIII, do CDC. Como referido linhas atrás, são técnicas distintas, uma atrelada ao direito material e a outra que ignora as peculiaridades da relação material, numa junção desnecessária (CAMBI, 2010, p. 357).

Essa imperfeição não passou despercebida por Édis Milaré e Renata Castanho ao pontuarem a dispensabilidade deste regime duplo – flutuação e inversão – lembrando que nesta matéria o CPCO-UERJ/UNESA teve uma disciplina mais adequada (2007, p. 261).

Neste aspecto o PL nº 5.139/09 (art. 20, IV) primou pela melhor técnica conferindo amplos poderes judiciais para a dinamização do esforço probatório sem fazer menção a qualquer mecanismo de inversão.

Por conseguinte, o ônus assume definitivamente a função subjetiva, consolidando-se como regra de conduta para as partes no curso da instrução, competindo ao magistrado, durante a audiência preliminar esclarecer o peso probatório a recair sobre cada uma delas (MENDES, 2007, p. 28).

Outra ressalva feita à proposta elaborada no bojo do CPCO-IBDP foi a possibilidade prevista no art. 25, § 5º, V, de proceder a inversão como regra de julgamento.

Novamente padece este regramento do resquício de um arquétipo destoante da filosofia do processo coletivo. Num hibridismo que milita contra a desejável autonomia do processo coletivo dos dogmas do modelo individual (RODRIGUES, 2007, pp. 252 e 253).

Mesmo existindo a previsão no CPCO-IBDP (art. 25, § 5º, V, *in fine*) de um aviso quanto a uma eventual inversão como regra de julgamento, tal cautela é írrita já que vulnera os deveres de esclarecimento e consulta às partes, preconizado pelo próprio anteprojeto ao filiar-se ao modelo cooperativo, afetando, por conseguinte, o próprio contraditório participativo.

Quanto a esta opção legislativa, cabe trazer à colação a contundente reprovação de Lucas Macêdo e Ravi Peixoto (2014, p. 214)

Admitir a mudança de distribuição do ônus da prova na sentença é imaginar que as partes são capazes de exercício de futurologia, adivinhando a quem caberá provar este ou aquele fato. A modificação do ônus da prova deve tanto respeitar o prisma da informação por ser preciso que as partes saibam previamente os encargos de que são portadoras, como sob o prisma da reação.

Outros autores também são refratários a essa alteração por ocasião da decisão final, defendendo a dinamização no saneamento ou em outro momento posterior, desde que resguardado o contraditório efetivo, caso contrário seria negar a própria existência desta modulação, pois a parte estaria insciente de que foi onerada pelo esforço de provar determinado fato (SILVA, 2014, p. 549).

Um outro ponto de destaque, diz respeito à necessidade da dinamização sobrevir à audiência preliminar, v.g. no curso da fase de coleta dos elementos de cognição, quando houver alteração do quadro fático ou jurídico capaz de demandar nova distribuição.

Os projetos de reforma (PL no. 5.139/09, art. 20, VI) e codificação (CPCO-IBDP, art.11, §3º, CPCO-UERJ/UNESA, art. 19, § 2º), em uníssono, afastando-se de uma solução estanque quanto ao momento procedimental adequado, admitiram a flexibilização na fase instrutória, abrindo nova oportunidade de produzir provas à parte que foi recém onerada, repelindo qualquer risco de surpresa (MILARÉ, CASTANHO, 2007, p. 261).

Neste passo, percebe-se que as mencionadas propostas foram mais avançadas que o regramento inaugurado pelo novo Estatuto Processual Civil, que permaneceu silente acerca desta situação.

De fato, essa possibilidade é ínsita a própria atividade de coleta das provas, justamente porque durante a fase instrutória é que são suscitadas e descobertas novas questões de fato. Seus aspectos e nuances são melhor detalhados durante as inquirições e debates, podendo suceder com seu encerramento a revelação ao órgão judicial de que a parte melhor dotada para assumir o encargo respectivo é aquela não onerada inicialmente.

Como visto, a repartição dinâmica subsidia melhor as partes com meios e chances de participar mais ativamente da edificação do material cognitivo voltado ao convencimento judicial. Ora, tal funcionalidade mostra-se de extrema valia na tutela de direitos com forte significação social e política como são os coletivos.

De mais a mais, recorde-se que uma das máximas distintivas do processo coletivo é a busca do exame de fundo da controvérsia, debruçando-se sobre o cabimento ou não da defesa do bem metaindividual, evitando meras sentenças terminativas que deixam incólume as expectativas, dramas e insatisfações vividas pela coletividade.

Considerando tal nuance foi que levou Landolfo Andrade (2015, p. 144) a afirmar que

[...] o processo coletivo não se contenta com a prolação de uma sentença de mérito: há interesse no *melhor conhecimento de mérito possível*. Daí a importância de se flexibilizar as regras sobre o ônus da prova, o que confere mais efetividade à tutela jurisdicional, a fim de se alcançar decisões consentâneas com a indiscutível essencialidade dos interesses transindividuais.

De tudo quanto exposto sobre as especificidades da tutela coletiva, bem assim sobre os avanços contidos nas proposições legislativas, que contemplam uma mutabilidade da ação coletiva, adequação de fases e atos processuais, a concepção de uma causa de pedir aberta, com interpretação elástica do pedido e a incidência dos deveres decorrentes da cooperação, enfim, tudo converge para uma dinamização do ônus da prova, não sendo compreensível manter-se uma postura de engessamento da produção da prova típico de um processo civil de índole individual (LANES, 2012, p. 314).

5.5 Os indeclináveis controles dos poderes judiciais

Assim como é inegável o reconhecimento da limitação material e humana do Poder Judiciário em dar resolutividade a conflitos sempre crescentes em uma sociedade demandista, de igual modo a exasperação dos poderes judiciais não é um fenômeno sem controle.

Na seção quatro do capítulo segundo, fez-se uma análise crítica do mandamento constitucional que assegura o acesso à jurisdição, envolto numa aura utópica que a realidade conflituosa teima em desmascarar, numa crença irrefletida que tem dificultado sobremaneira o surgimento de alternativas para contornar a situação crítica em que se encontra.

Quanto aos poderes outorgados ao julgador dá-se o mesmo. Afasta-se, também, considerações ilusórias sobre as suas potencialidades, sob pena de se incorrer em uma compreensão distorcida de seu alcance.

A este respeito se pronunciou Júlio Cesar Goulart Lanes (2012, p. 308), perfilhando no processo coletivo um ativismo probatório equilibrado

É claro que não se está aqui a sustentar a irrestrita atividade probatória exercida pelo julgador, visto que poderá conduzir a uma indesejada armadilha, qual seja, um sistema em que o julgador tudo pode, sendo possível o abuso, com implosão do sistema e das próprias regras democráticas.

Aliás, trazendo a lume a observação de Robson Renault Godinho (2014, p. 85) sobre a matéria, nos informa que a “polêmica ínsita a este assunto acena para a cautela de que nada deve ser dito de modo absoluto”.

Como visto ao longo deste trabalho, inúmeras hipóteses de atuação judicial mais aguda no curso das ações coletivas envolvem um juízo de valor equilibrado sobre o caso concreto, algumas inclusive lastreadas exclusivamente em posições jurisprudenciais e doutrinárias, sem um referencial normativo a regulá-las.

Esse panorama induz uma maior liberdade de atuação, com balizas mais permeáveis a soluções que inovam na ordem jurídica, ao tempo em que inspira cuidados quanto a abusos e descontrole no seu exercício, pois como advertiu Carlos Alberto Alvaro Oliveira (2003b, p. 25) o

[...] aumento dos poderes do juiz não deve significar, necessariamente, completa indeterminação desses poderes. [...] Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz.

Diante do constitucionalismo moderno que imanta todo o ordenamento, condicionando as fontes de produção, interpretação e aplicação das normas, o julgador também deve render homenagens aos seus comandos.

Ora, os juízes não são “los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo”, mas devem ser “los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.”(ZAGREBELSY, 2011, 153).

Com isso, ao defender-se o alargamento dos poderes judiciais cognitivos e instrutórios, também se reconhece sua contenção a valores e normas constitucionais, bem como a salutar contribuição das partes na construção da tutela jurisdicional, sob a égide do modelo cooperativo exposto nesta dissertação.

No particular deve-se ter em mira

[...] um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional do direitos fundamentais. [...] não se pode considerar constitucionalmente adequada uma realidade em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*. (GODINHO, 2014, p. 87).

Por outro lado, há que se rechaçar a postura iconoclasta dirigida a esse protagonismo judicial, numa tentativa descabida de reabilitar a autonomia privada aos seus contornos no sentido privatista clássico (*ibidem*, pp. 87 e 96).

Importa reconhecer a irreversibilidade desta tendência ao alargamento, pois

[...] não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado 'chose faite', e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional. [...] inexistindo, portanto, razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa (OLIVEIRA, 2003b, p. 25).

Ao longo deste tópico serão enfrentados os limites a que se submetem estes poderes judiciais, trazendo à cena os principais argumentos que os debilita, demarcando-os dentro do sistema constitucional e legal.

No plano constitucional um dos principais óbices levantados a esta expansão judicial concerne à iniciativa oficial na etapa instrutória, havida como ofensiva ao princípio do contraditório, por colocar sobre os ombros judiciais um protagonismo que supre omissões e deficiências de um dos litigantes.

Com efeito, o contraditório efetivo e equilibrado conduz a uma paridade de armas, devendo tal postulado servir de baliza inafastável ao órgão judicial para que o pronunciamento não padeça de uma mácula insanável decorrente de sua vinculação constitucional.

Esse entendimento é rechaçado por José Roberto dos Santos Bedaque (2013, p. 114) que, escorando-se no modelo cooperativo, revela nesta postura um robustecimento do contraditório em sua feição moderna

Na medida em que tal garantia constitucional caracteriza-se não apenas pela informação necessária e reação possível, mas também pelo diálogo pertinente, a iniciativa probatória oficial, por ampliar os elementos de convicção, possibilita às partes melhores condições de influir no julgamento.

Ora, é fato que o juiz ao determinar alguma diligência probatória pode se vincular ao seu resultado. Mas esse controle reside precisamente na observância do contraditório participativo.

Outro postulado constitucional a demarcar esses poderes é a devida motivação analítica e completa da decisão, cujo tratamento normativo ganhou contornos mais rígidos e consentâneos com o paradigma do Pós-positivismo no novo Estatuto Processual Civil por meio do art. 489, §1º, I e II.

O novo regramento intenta combater o subjetivismo no trato com conceitos jurídicos indeterminados, impondo a referência aos pressupostos fáticos e jurídicos de forma concreta, bem assim acoimando de desfundamentada (falsamente fundamentada) a sentença que usa circunlóquios e paráfrases sem a devida conexão com os elementos da causa (MEDINA, 2015, p. 474).

A nossa Carta Magna conferiu a fundamentação à condição de garantia ao cidadão contra o arbítrio, impondo-se para a legitimidade das emanações do Poder Judiciário uma rígida justificação racional.

Esse amplíssimo poder instrutório deferido ao magistrado nas lides coletivas deve corresponder ao seu redobrado zelo no cumprimento do dever de motivação. Discorrendo sobre os poderes instrutórios no PL nº 5.139/09, Rosalina Moitta Pinto da Costa (2012, p. 661) alerta que esta imposição

É a justificativa que permite o controle crítico sobre o poder do juiz [...] permitindo que profira decisões tendo em vista cada situação concreta, reitera-se que deverá sempre explicitar as razões que o levaram a admitir ou a preferir determinada decisão.

Na esteira dos ensinamentos de Michele Taruffo e Ada Grinover, Bedaque (2013, pp. 119 e 165) redargui o posicionamento em contrário afirmando que eventuais desvios no exercício destes poderes podem ser muito bem coarctados pelo contraditório, o dever de fundamentação e o duplo grau de jurisdição.

Tais condicionantes servem de anteparo para posturas decisórias arbitrárias.

Já no que se refere a imposições no âmbito do ordenamento processual, apresentam-se algumas barreiras a esse assomo sobre os elementos de convencimento.

Um das principais contensões formais diz respeito aos elementos objetivos da demanda, que são fixados pelas partes, de tal forma que o ato judicial final deve guardar correlação com o pedido e com a causa de pedir (arts. 128 e 460, do CPC/1973). Tanto que se aponta o

[...] condicionamento da jurisdição à provocação da parte, atualmente denominado princípio da demanda. [...] para formar em seu conjunto o que se convencionou denominar em doutrina “princípio dispositivo” em sentido material ou próprio. Todos representam limites formais aos poderes de que desfruta o órgão judicial, na verdade a maior barreira formal à sua atividade. (OLIVEIRA, 2003, pp. 36 e 37).

Sobre o tema, cabe rememorar que a estabilização objetiva da lide sofre atenuações em presença de direitos e interesses coletivos, conforme explanado⁷⁹ linhas atrás, porquanto o dinamismo e mutabilidade na sua caracterização tornam problemáticos o seu delineamento fático e jurídico em concreto, franqueando-se uma análise aberta e extensiva da causa de pedir e pedido respectivamente (LEONEL, 2011, pp. 241).

Na etapa instrutória, por exemplo, apresenta-se a revelia como impeditiva da coleta probatória *ex officio* (art. 319 e 334, III, do CPC/1973). Por evidente, esta baliza não é absoluta, pois a revelia não induz necessariamente ao julgamento favorável a quem aproveita, pois se forem inverossímeis os fatos suscitados pelo demandante nada impede, em caráter excepcional, a pesquisa oficial (BEDAQUE, 2013, p. 166).

Outra barreira formal a essa hipertrofia judicial seria o próprio regime de preclusões, notadamente no estágio probatório.

José Roberto dos Santos Bedaque (*ibidem*, pp. 168 e 169) é taxativo em negar-lhe a condição de limite a atuação oficial argumentando que

[...] a preclusão da faculdade de requerer a produção de determinada prova, verificada em relação à parte, não impede o exercício dos poderes probatórios do juiz. Nada indica tenha o sistema optado por inibir a iniciativa probatória oficial em razão da perda, pela parte, da faculdade de produzir determinada prova.

Há, no entanto, posições que defendem a preclusão *pro iudicato* em nome da segurança jurídica e da própria duração razoável do processo, ao menos quando disponível o direito, não podendo a regra geral do art. 130 do CPC/1973 ser invocada a qualquer tempo no curso da instrução, notadamente quando uma das partes deixou escoar a faculdade de produzir determinado meio de convencimento (SICA, 2008, p. 181).

Esta vertente doutrinária partilha o entendimento no sentido de uma limitação à busca oficial pela prova, tratando-a como um recurso apenas para elidir um panorama de dúvida judicial ou incompletude do manancial probatório (GODINHO, 2014, p. 111).

Neste sentido colhe-se que

a prova de ofício, além de ter os mesmos limites de qualquer outro meio de prova, jamais poderá suprir a participação das partes em relação ao próprio requerimento de produção da prova, já que essas – e não o juiz – têm as melhores condições de saber quais devem ser produzidas. [...] a atuação do juiz, em tais casos, é supletiva. (MARINONI, ARENHART, 2011, p. 87).

⁷⁹ Na seção 5.2 deste capítulo.

Com o despontar do modelo cooperativo há um maior compartilhamento das atividades entre o julgador e as partes, de modo que não se pode aplaudir uma condução autoritária do primeiro, por meio de uma busca desenfreada das provas para colmatar lacunas cognitivas (GODINHO, 2014, pp. 105 e 106).

Na linha defendida no presente escrito, objetiva-se esse posicionamento invocando o caráter publicista do processo, que ganha ênfase na jurisdição coletiva, imbuído de buscar uma tutela jurisdicional justa e efetiva, para tanto dotando o julgador de instrumentos a perseguir os fatos de forma mais intensa, mesmo diante da inércia ou desídia das partes (BEDAQUE, 2013, pp. 139 e 141).

No que tange ao universo de estudo deste trabalho, que é justamente o processo coletivo, esse impedimento seria contornado pelas peculiaridades da relação material, pois se reveste da indisponibilidade, transcendência e relevância social, legitimando a atuação oficial do Poder Judiciário em presença de bens metaindividuais.

Ademais, na sociedade pós-moderna, onde proliferam arranjos sociais cada vez mais intrincados, tendo como pano de fundo um multiculturalismo, seria contraproducente reduzir ou minimizar os poderes judiciais, sendo preferível o seu controle.

Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional (MARINONI, ARENHART, 2011, p. 202).

Esse controle, seguindo o receituário preconizado pelo Pós-positivismo, é pautado pela supremacia da Carta Política, cujas escolhas e valores estão condensados nas normas definidoras de direitos fundamentais.

Também se operacionaliza por meio da argumentação jurídica, num procedimento racional apto a permitir à sociedade e aos litigantes sindicarem as emanações do Poder Judiciário. Neste passo colhe-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*ibidem*, p. 202)

Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o poder do juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras como as da proporcionalidade e suas sub-regras.

Ao cabo destas considerações sobre os poderes judiciais não se pode vender os olhos às patologias – autoritarismo, visão tendenciosa do processo, parcialidade por omissão, exercício casuísta da investigação oficial, narcisismo epistemológico, utilização eletiva e arbitrária da instrução *ex officio*, ausência de padrões decisórios (GODINHO, 2014, pp. 107, 108, 113 e 115) – muito menos dar ao tema um viés maniqueísta que só conduz a posições estanques, por conseguinte, inconciliáveis com um modelo de processo mais democrático.

Assim, reafirma-se a proeminência dos poderes judiciais, mormente na seara coletiva, como um instrumental promissor a concretização dos bens e valores metaindividuais, sempre sob o manto das garantias processuais constitucionais, a atuarem como vetores a sua legitimação e controle.

5.6 Reflexos da expansão do poder judicial nas lides coletivas. Um novo alento para a sociedade civil organizada

O presente estudo apontou ao longo dos capítulos a consolidação dos poderes judiciais na jurisdição coletiva, sua contribuição para o princípio do acesso à ordem jurídica justa e efetiva, como também o modelo de estruturação do processo sob a égide do paradigma cooperativo que o potencializa sem desprezar a intensa colaboração das partes.

Demonstrou-se que na atual quadra histórica há uma massificação das relações em diversos campos sociais, onde emergem conflitos de massa sob os mais variados matizes, que por sua vez vem exigindo da dogmática processual novas técnicas para equacioná-los.

Desponta deste cenário a forte relevância social na defesa de direitos que afetam grupos e até a coletividade como um todo. Outrossim, a diversidade de matérias e questões levadas ao Poder Judiciário acabam aproximando este poder do campo das escolhas primárias ou opções políticas, daí se revela a sua significação política.

Paralelamente a esta configuração, a sociedade civil – notadamente desde o século XX – passa a se engajar nas questões que norteiam a vida comunitária, nos grandes debates nacionais, nos atos de gestão pública, para tanto reclamando a ampliação do seu papel nesses espaços de decisão (MANCUSO, 2013, pp. 43-45).

Essa expansão foi captada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ao registrar que

O notório incremento das chamadas “organizações não governamentais”, em todo o mundo, poderá ampliar ou, quando muito, testar a abertura dos países de direito costumeiro para a atuação das associações. As barreiras existentes, em relação às entidades, como órgãos intermediários, são, sobretudo históricas e culturais (MENDES, 2015, p. 192).

Projeção deste movimento se reflete no processo coletivo com a legitimação outorgada as entidades civis organizadas em associações, sindicatos, cooperativas, ONG’s, fundações privadas, dentre outras, para defesa de interesses comunitários ou setorializados, mas com forte impacto social, para a defesa coletiva dos mesmos com supedâneo no art. 5º, V, da LACP e art. 82, IV, do CDC.

Esses corpos intermediários, assim denominados por Mauro Cappelletti (1977, p. 147), foram objeto de análise acurada no capítulo segundo, no qual foi apresentada sua configuração constitucional e legal, ao tempo em que evidenciado o desnível na atuação entre estes e os legitimados governamentais na realidade nacional.

Dita constatação frustra o desejável envolvimento dos mesmos na vida pública brasileira, contrastando com a vivência de outras nações, v.g. Alemanha e Estados Unidos, onde a cultura do associativismo está fortemente enraizada (MENDES, 2015, pp. 65-74, 113-115).

Naquela passagem da dissertação foram assentadas as barreiras que impactam no perfil, ainda tímido, deste setor para lançar mão das ações coletivas como elemento representativo da cidadania (GIDI, 1995, pp. 36 e 37).

Neste tópico, serão realçados os benefícios que podem ser extraídos do avanço dos poderes judiciais, especialmente na fase probatória, como mecanismo para potencializar as oportunidades de acesso e desempenho processual destas entidades no âmbito do processo coletivo.

Dentro desta perspectiva verificou-se que cabe ao órgão decisório uma gama de funções a serem desempenhadas no curso do procedimento, abarcando atos cognitivos e instrutórios, passando pela gestão do processo, além do controle de legalidade e ético sobre a conduta das partes (OLIVEIRA, 2009, pp. 49 e 52).

Cumprir mencionar algumas situações processuais – já exaustivamente abordadas no tópico 5.2 deste capítulo – relevantes para os legitimados sociais, capazes de impulsionar um renovado interesse pela tutela coletiva.

No aspecto cognitivo, sobreleva o rompimento de dogmas do processo civil ortodoxo, como a análise da causa de pedir e pedido de forma mais flexível, abrandando as dificuldades inerentes a uma narrativa que englobe, na medida do possível, as situações, danos e consequências vivenciadas pelos integrantes do grupo, segmento ou da própria coletividade.

Antonio do Passo Cabral (2009, p. 68) anotou essa dificuldade na elaboração da demanda ao narrar

[...] fatos de maneira idêntica para todos os membros da comunidade, pode acabar, ainda que por razões de efetividade do processo, descuidar de fatos particulares, que diferenciam os danos sofridos por cada indivíduo. Pode ocultar ainda dissidências dentro da classe, vozes e opiniões diversas que, se estivessem acessado o Judiciário individualmente, poderiam inclusive ter formulado outras alegações de fato e de direito ou adotado estratégia processual diversa.

Esse avanço notável irá propiciar uma maior segurança no lançamento dos elementos objetivos da demanda por parte da associação legitimada, afastando risco de indeferimento precoce ou ao epílogo da ação sobrevir uma sentença terminativa e quiçá de improcedência, com dispêndio de recursos, tempo, e o mais dramático sem dar resolutividade às questões subjacentes relacionadas ao direito coletivo e aos seus titulares.

A certificação, a seu turno, garante a viabilidade da demanda coletiva, conferindo efetividade a futura ação. A emissão de juízo perfunctório sobre o cabimento da tutela coletiva à luz dos fatos e partes envolvidas, definindo seus contornos exatos, previne uma decisão adversa de carência de ação.

A representatividade adequada, embora *prima facie* possa indicar uma limitação aos corpos intermediários, a rigor blinda a jurisdição coletiva de ações temerárias e também das pseudocoletivas, premiando aquelas entidades que possuem atuação reconhecida, capacitada tecnicamente, com plenas condições de promover o direito material de seus associados e demais interessados à tutela jurisdicional efetiva (GUEDES, 2012, p. 192-193).

No campo probatório além da ampla iniciativa oficial na busca dos elementos de convicção, soma-se agora a teoria dinâmica da prova, que seguramente com a sua positivação no CPC/2015, dará novo fôlego ao disciplinamento da matéria contida nas propostas legislativas coletivas, diga-se de passagem, mais avançada do que o novo modelo do processo individual, portanto, alinhada a natureza do bem jurídico, como demonstramos no tópico 5.2.

Tal arcabouço encorajará as associações a buscar a jurisdição coletiva, outrora vista como uma aventura judicial diante da perspectiva de ruir justamente nesta fase, ante a iniquidade do esquema clássico do *onus probandi* a impor à parte autora a demonstração de fatos, comumente complexos, mutáveis, dependentes de provas técnicas, científicas, de alto custo, enfim, uma muralha quase intransponível equivalente a uma negativa de acesso justo e efetivo à justiça.

Cumpre mencionar ainda a audiência preliminar, de natureza compulsória, onde se abre a possibilidade de um ajuste com o demandado por meio de cláusulas envolvendo aspectos accidentais ao direito material como um acordo sobre o modo e o tempo de recomposição do bem jurídico violado, garantindo o retorno ao *status quo ante* de maneira mais célere e eficiente.

Além da transação envolvendo estes aspectos secundários de direitos indisponíveis, nesta solenidade há um intenso diálogo do magistrado com as partes, na linha preconizada pelo processo cooperativo, tanto buscando a autocomposição quanto a fixação dos pontos controvertidos e correlata repartição dos esforços de prova de forma dinâmica (LUCON, GABBAY, 2007, p. 92).

Tais atribuições atenuam, significativamente, a desproporção material e social entre a sociedade civil e os habituais responsáveis pela violação aos bens coletivos e difusos.

Ademais, proporciona uma tutela jurisdicional tendente a um maior grau de justiça e efetividade, pois amplifica as chances de êxito na defesa judicial por parte de grupos sociais⁸⁰ historicamente alijados de uma participação cidadã nos rumos da sociedade e na promoção de seus interesses, a exemplo dos

[...] “índios, aborígenes, portadores de deficiência, sem-casa (*homeless*), internos e egressos do sistema penitenciário, gays e lésbicas, e outros não necessariamente incluídos na categoria ‘minorias’, mas que dentro de um determinado contexto conflitual frequentemente permanecem em situação de *desvantagem* ou *vulnerabilidade* (LEAL, 1998, p. 99)

Apesar da emergência desses novos arranjos sociais e seu destaque na formação de centros de poder dentro do tecido comunitário, processualmente estão desguarnecidos sem o efetivo exercício dos poderes judiciais, não bastando o mero acesso formal, urgindo a confecção

⁸⁰ Além do rol citado, acima pode-se acrescentar as minorias étnicas e de gênero, a exemplo dos afrodescendentes e das mulheres, os quais foram contemplados pela tutela coletiva por meio do Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal no. 12.228/2010, art. 1º e art. 52) e da Lei Maria da Penha (Lei Federal no. 11.340/2006, art. 37).

de técnicas processuais idôneas a possibilitar uma atuação em juízo dotada de possibilidade de sucesso, portanto, de efetiva proteção ao bem coletivo.

Essas ferramentas se subsumem nos poderes instrutórios – elencados pormenorizadamente no tópico 5.2 deste capítulo – alvitados pela doutrina especializada, bem como propostos pelos anteprojetos de codificação coletiva e pelo PL nº 6.139/2009, como indeclináveis a alcançar a paridade de armas na relação processual, e dar concreção a direitos e interesses de grande vulto, sem descuidar o seu desenvolvimento sob o signo da democracia, estimulando a colaboração e participação das partes.

Em reforço a esse entendimento, há de se pontuar uma desigualdade entre os próprios legitimados ativos, com a inferioridade jurídica patente das entidades não governamentais, de tal modo que essa proeminência do órgão decisório atende mais aos anseios destes organismos formados pela própria sociedade do que propriamente aos entes públicos.

Recorde-se que os demais legitimados governamentais, como esmiuçado no capítulo segundo, contam com ferramentas jurídicas a facilitar a coleta de elementos de convicção prévios ao ajuizamento, como o inquérito civil, poder de requisição, processos administrativos, inspeções, poder de polícia, estruturas especializadas na matéria, dentre outros aparatos a assegurar o ingresso da ação coletiva com mais substância (LENZA, 2008, p. 184).

Conferir legitimidade não basta. É preciso tornar atrativa a via judicial para os corpos intermediários, proporcionando, por meio da técnica processual, resultados que satisfaçam os direitos e interesses de seus membros.

Diante da magnitude dos bens coletivos *lato sensu*, aliado ao seu amplíssimo alcance, impõe-se o incremento dos poderes judiciais para o processamento e condução da demanda, numa intervenção em moldes mais intensos que nas lides individuais (MENDES, 2015, p. 75).

Esse impulso constitui, inegavelmente, mais um fator a propiciar à sociedade civil um alento capaz de exortá-la ao emprego da ação coletiva com perspectiva de sucesso, deixando para trás o receio justificado de estar enveredando por uma ação como se fosse uma verdadeira odisseia, muitos percalços, alto custo, intenso desgaste e diminutas chances de vitória.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O presente trabalho se propôs a demonstrar a imbricação dos poderes judiciais no processo coletivo com o acesso à jurisdição, enriquecendo-a com os atributos da equidade e efetividade.

Esse entendimento apoiou-se no Pós-positivismo como referencial jusfilosófico, visto que oferta um repertório teórico para dirimir os dilemas decisoriais da atualidade.

Sua incidência tem como elemento subjacente a atual sociedade de risco, globalizada, onde há um alastramento das chamadas relações massificadas, cuja complexidade das situações jurídicas forjadas pela modernidade tem fomentado relações econômico-sociais mais conflituosas.

Restou evidente a insuficiência do Positivismo jurídico, cujos cânones e métodos de interpretar e aplicar a norma, com molduras herméticas, calcadas em um formalismo exacerbado e refratário a emissão de juízos amparos em valores, que não consegue dar resolutividade a esses novos conflitos.

Diante da intrínseca relação do tema com o postulado da inafastabilidade da jurisdição, revisitou-se os tradicionais óbices a esse acesso, os quais concentram-se quase que exclusivamente em diretrizes jurídicas.

A contribuição deste escrito, no particular, vem do aprofundamento do exame de obstáculos fora do universo jurídico, no sentido de revelar o sério impacto dos mesmos sobre a tutela coletiva, voltando mais a atenção sobre seus efeitos adversos na atuação dos legitimados sociais às ações coletivas.

Nesta investigação, realizou-se uma análise comparativa do acesso entre os legitimados públicos e as organizações sociais, ficando patente o déficit destas no manejo das ações coletivas.

Entre diversos fatores a inibir o engajamento da sociedade civil, detectou-se que o modelo privatista a informar o processo civil tradicional, acentua esse distanciamento pela insuficiência de um repertório processual que equilibre a relação de forças com os contendores, em geral formados por entidades públicas e privadas de grande porte, amplos recursos, vasta rede de relações, exibindo uma opulência política e econômica, num desequilíbrio que salta aos olhos.

Seguindo nesta linha investigativa, apontou-se a excessiva sacralização do aludido princípio constitucional, esgrimindo-se uma posição mais audaciosa acerca do seu alcance, numa redimensão apta a contornar o atual modelo de oferta da tutela jurisdicional, que dá mostras inequívocas de saturação física.

No plano processual, submetido a um controle de legitimidade e validade feito pelas normas constitucionais – filtragem – evidenciou-se a necessidade de uma releitura de institutos consolidados pela dogmática tradicional, para torná-los funcionais à nova roupagem dos direitos e interesses transindividuais.

Assentou-se a grandeza constitucional dos direitos coletivos *lato sensu*, extraindo-se da atual configuração na Lei Fundamental o substrato para repudiar a consagrada *summa divisio* entre direito público e privada, com a constatação inequívoca da indistinção da dicotomia diante de uma ordem pública constitucional e dos atributos dos direitos metaindividuais a transitar tanto como elemento singular dos interessados diretos quanto carregando em seu âmago o interesse público primário, é dizer, com forte impacto social.

Nesta linha de intelecção, firmou-se posição quanto à necessidade da formulação de técnicas processuais a atender de forma adequada e eficaz os direitos transindividuais, numa exemplo acabado de tutela diferenciada.

Partiu-se, então, para caracterizar o processo coletivo como detentor de peculiaridades e princípios típicos a fundamentar a sua condição de ramo autônomo dentro do tronco processual.

Neste passo fincou-se os fundamentos dogmáticos para sustentar a existência de um verdadeiro microssistema coletivo, firmando a necessidade de uma tutela processual voltada exclusivamente para sua defesa, deixando de lado os dogmas próprio do sistema inspirado por valores privatistas.

Este escrito ainda transitou pela significativa conotação social de interesses marcados pela transcendência e indisponibilidade, além de portadores de valores emancipatórios dignos de proporcionar uma alteração na fisionomia social, aptos a minimizar suas assimetrias, favorecendo o bem estar coletivo e estimulando comportamentos de cunho mais solidários e afinados com a justiça social almejados pelo Constituinte (art. 3º, da CF).

Foi dada uma ênfase, por outro lado, à significação política no manejo das ações coletiva, comumente aproximando o Poder Judiciário da deliberação de temas que tangenciam opções políticas na implementação de direitos fundamentais, firmando-se a ação coletiva como

mais um elemento em nossa ordem constitucional vocacionado ao exercício de uma democracia participativa.

As singularidades dos direitos coletivos, tanto no plano jurídico como social e político, levaram a um reexame da função judicial, reconhecendo-se um novo perfil de atuação, mais agudo na condução do processo.

Verificou-se que essa guinada foi oportunizada pelo constitucionalismo moderno onde o Poder Judiciário figura como um dos atores políticos que mais ascenderam na relação de forças dentro do Estado Democrático de Direito, cabendo-lhe a primazia no controle dos atos emanados pelos demais poderes, além de guardião das escolhas feitas na Carta Política, particularmente as que versam sobre os direitos fundamentais.

A par deste ativismo judicial, este trabalho sinalizou para a incontornável inserção do magistrado no seu entorno social, haurindo deste contato a tábua de valores a reger determinada estrutura comunitária, lhe capacitando para enfrentar matérias de acesa controvérsia no campo ético, político e econômico, rompendo com o padrão censurável do juiz indiferente, autômato, alheio à efervescência de nossa era globalizada.

Dentro desta perspectiva, ficou patente a premência da ampliação cognitiva e instrutória do juiz, centrando-se mais no campo da prova, por meio da propositura de comportamento mais ativo seja pela produção de ofício dos elementos de convicção ou aplicando a modulação do ônus probatório, apartando-se do sistema codificado do processo individual.

Levando em consideração estas premissas, abordaram-se os diversos modelos de estruturação do processo, tendo sido dissecados os tradicionais paradigmas adversarial e inquisitivo, culminando na apresentação de um arquétipo novo, o processo cooperativo, destacando-se seus avanços na direção de um processo mais democrático, com intensa participação das partes sob um contraditório efetivo.

Deste modo, a dimensão dos poderes judiciais ganha vulto com o assomo de mais intervenções ao longo do procedimento.

No desenvolvimento das questões processuais, enfrentou-se o modelo individual corporificado no Estatuto Processual Civil, com o apontamento de suas deficiências, apresentando como contraponto mecanismos a dotar o juiz de mais poderes instrutórios nas demandas metaindividuais, realçando as experiências na seara ambiental e consumerista.

Neste ponto o trabalho, ocupou-se do detalhamento dos poderes judiciais, abarcando o exame das propostas de codificação e reforma da Ação Civil Pública (PL nº 5.139/2009), consignando seus aportes teóricos para efetividade do processo coletivo, com instrumentos processuais adequados à natureza dos bens jurídicos massificados.

Na linha de densificação dos poderes judiciais, imergiu-se no campo probatório propriamente dito, deixando assentada a vertente constitucional do direito à prova, sustentando-se, outrossim, o impacto da repartição dos esforços probatórios no acesso à jurisdição, na promoção da paridade de armas dentro da relação, tudo convergindo para a tutela dos direitos coletivos.

Aprofundou-se essa temática com o exame da teoria dinâmica do ônus da prova, já apresentada como mais consentânea ao processo coletivo, mas à mingua de uma positivação sofria resistências diante do esquema rígido a vigorar no modelo individual.

Demonstrou-se o avanço representado por esta nova disciplina no plano material e processual, que seguramente ganhará fôlego com a iminente entrada em vigor da nova codificação comum que albergou essa nova matriz teórica.

Restou patente que a dinamização se alinha ao processo cooperativo, ao tempo em que confere mais efetividade na busca da reconstituição dos fatos, tornando o julgamento mais rente à realidade no qual se passaram.

Registrou-se, também, uma preocupação com o exacerbado reconhecimento destes poderes, cuja hipertrofia tem conduzido a um desprezo da iniciativa das partes, podendo esse protagonismo ser suscetível de uma atuação arbitrária, marcada por um acentuado subjetivismo.

Neste prisma, apontaram-se os limites intransponíveis à atuação judicial, condizente com os valores constitucionais processuais, respeitando igualmente barreiras formais decorrentes do próprio princípio da demanda.

Prosseguindo com a análise, ficou patente que o incremento dos poderes do órgão decisório contribui para o acesso da sociedade civil organizada à jurisdição coletiva. Indo além, consignou-se quão promissoras são as chances de êxito dos legitimados sociais a partir desta intensificação, tanto nos atos cognitivos quanto instrutórios.

Em suma, o propósito principal deste escrito foi demonstrar a importância dos poderes judiciais no acesso justo e efetivo à jurisdição coletiva, legitimando sua densificação como

mecanismo a tornar mais atrativo o emprego deste significativo instrumento da cidadania por parte da sociedade civil organizada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Derecho y Razón Práctica**. Tradução Pablo Larrañaga. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutschinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

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

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

_____. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual – princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

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

ANDRADE, Landolfo. **O ônus da prova na Ação Civil Pública: Regime atual e influências do Novo CPC**. São Paulo: Verbatim, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Prova Pericial**. In MILARÉ, Édís (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AROCA, Juan Motero. **Prova e verdade no processo civil – Contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas**. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coords.). Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: JusPodium, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BACAL, Eduardo A. Braga. **Acesso à justiça e tutela dos direitos difusos**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, jan-jun., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil**. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil**. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana**. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, no. 130, dez. 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Edição Eletrônica. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hasta una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Paidós, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

_____. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Revista de direito ambiental. São Paulo. v. 9, p. 5-52, 1998.

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

_____. **Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BRASIL, CNJ. **Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/a797135b7439c4c38c1df73f5bfaa6b.pdf>>. Acesso em 07 de julho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 4578, ADCs nº 29 e 30/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, julgamento em 16/06/2012. Publicado no informativo de jurisprudência no. 647. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. Tribunal Pleno, **ADPF nº 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 27/04/2005. Publicado no informativo de jurisprudência no. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. Tribunal Pleno, **ADI nº 4277/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, julgamento em 05/05/2011. Publicado no informativo de jurisprudência no. 626. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. Tribunal Pleno, **ADI nº 3510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, julgamento em 16/03/2007. Publicado no informativo de jurisprudência no. 508. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____.Tribunal Pleno, **ADPF nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, julgamento em 26/11/2008. Publicado no informativo de jurisprudência no. 625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. 2ª Turma, **RE nº 783.235, AgR/SC**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Brasília, julgamento em 24/06/2014. Publicado no D.J. em 18/08/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=RE+no.+783.235>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. **Inquérito nº 1968/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 15/02/2007. Publicado no D.J. em 26/02/2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Inquerito+1978+STF>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. **RE nº 424993**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DJE 19/10/2007. Publicado no informativo de jurisprudência no. 479. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. **RE nº 273.834-4/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 31/10/2000. Publicado no informativo de jurisprudência no. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. **ARE nº 639337/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, julgamento em 26/06/2011. Publicado no informativo de jurisprudência no. 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. **RE nº 393.920-3/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, julgamento em 26/03/2004. Disponível em: <<http://www.mp.ro.gov.br/documents/29249/1587541/informativo+Março.pdf>>. Acesso em 25/12/2015.

_____._____. **AgRg na STA nº 175/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgamento em 16/06/2009. Publicado no informativo de jurisprudência no. 582. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarinformativo.asp>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **AgRg no REsp nº 104.771/PE**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, julgamento em 24/02/2015. Publicado no D.J.E. em 09/03/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Agrg+resp+104.771>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 1ª Turma. **RMS nº 38.025/BA**. Relator: Ministro Sérgio Kukina, Brasília, julgamento em 26/11/2013. Publicado no em 01/10 /2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/84082404/djpe-22-01-2015-pg-1556>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 4ª Turma. **AgRg no Resp nº 216.315/RS**. Relator: Ministro Mauro Campbell, Brasília, julgamento em 23/10/2012. Publicado no D.J.E. em 06/11/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Agrg+resp+216.315>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 2ª Turma. **Resp nº 1.060.753**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, julgamento em 01/12/2009. Publicado no D.J.E. em 14/12/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Stj+resp+1060.753>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 4ª Turma. **Resp nº 140.097/SP**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Brasília, julgamento em 04/05/2000. Publicado no D.J. em 11/09/2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Stj+resp+140.079>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 1ª Turma. **REsp nº 510.150/MA**. Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 17.02.2004. Publicado no D.J. em 29/03/2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381445recurso-especial-resp-510150>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 2ª Turma. **REsp nº 1177453/RS**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, julgamento em 24/08/2010. Publicado no D.J. em 30/09/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16781771/recurso-especial-resp-1177453-rs-2010-0014773-0/certidao-de-julgamento-16781774>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. **REsp nº 1.041.197-MS**. Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, julgamento em 25/08/2009. Publicado no D.J. em 16/09/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Stj+resp+1041.197>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. **REsp nº 436731-RJ**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, julgamento em 26/11/2002. Publicado no D.J. em 10/02/2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+436731+RJ>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. 2ª Turma. **REsp nº 883.656/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, julgamento em 09/03/2010. Publicado no D.J.E. em 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/79777188/stj-10-11-2014-pg-4961>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. **REsp nº 1060753/SP**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, julgamento em 01/12/2009. Publicado no D.J. em 14/12/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Stj+resp+1060753>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. **REsp nº 1049822**. Relator: Ministro Francisco Falcão, Brasília, julgamento em 23/04/2009. Publicado no D.J. em 18/05/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Stj+resp+1049822>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. 4ª Turma. **Resp nº 69.309/SC**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, julgamento em 18/06/1996. Publicado no D.J. em 26/08/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19953714/recurso-especial-resp-69309-sc-1995-0033341-4>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. **AgRg no Ag nº 1154432/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, julgamento em 06.11.2012. Publicado no D.J.E. em 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Agrg+resp+1154432>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. **REsp nº 695396/RS**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 12/04/2011. Publicado no D.J.E. em 27/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19117794/recurso-especial-resp-695396-rs-2004-0146850-1>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. _____. 1ª Turma. **REsp 575280/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, julgamento em 02/9/2004. Publicado no D.J. em 25/10/2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARESP+575280+SP>>. Acesso em 25/12/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul. 4ª Câmara Cível. **EDcl nº 70002338473**. Relator: Desembargador. Wellington Pacheco Barros, Porto Alegre, julgamento em 04/04/2001.

CABRAL, Antonio do Passo. **A causa de pedir nas ações coletivas**. In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: JusPodium, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento de honorários periciais**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese. ano 4, v. 23, p. 15-23, maio/jun., 2003.

_____. **Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC.** Revista de Processo. n. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O ônus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova.** In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (orgs.) Direito ao extremo: coleções de estudos. Rio de Janeiro: Forense, p. 187-193, 2005.

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

_____. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

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

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

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

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Proporcionalidade e argumentação: a Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos.** São Paulo: Juruá, 2009.

_____. **Atualidade da teoria do agir comunicativo.** In SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (org.). Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Daniel Penteadó. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil. Fundamento, interpretação e dinâmica.** 2010. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. **A atividade do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional coletiva – A mudança de paradigma no projeto brasileiro**

de direitos coletivos (PL n. 5.139/09). In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). Tutela Jurisdicional Coletiva, 2ª série. Salvador: JusPodium, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico.** Belo Horizonte: Editoras Arraes, 2013.

DIAS, Jean Carlos. **Existe um sistema processual coletivo? Uma reflexão a partir da teoria do direito.** In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). Tutela Jurisdicional Coletiva, 2ª série. Salvador: JusPodium, 2012.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e ao Processo de Conhecimento.** 13. ed. Salvador: JusPodium, 2011, v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual: Teoria da Prova, Direito Probtório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória – Conforme Novo CPC 2015.** 10. ed. Salvador: JusPodium, 2015, v. 2.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual: Teoria da Prova, Direito Probtório, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.** 5. ed. Salvador: JusPodium, 2010, v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011, v. 4.

_____. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Salvador: JusPodium, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, v.1.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3.

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

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo.** São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria geral do garantismo penal.** Tradução Ana Paula Zomer Sica *et. al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** Tradução. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renan, 2001.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

_____. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

_____. **Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. no. 13, p. 33-41, jul/mar. 1995.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

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

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

_____. **Por uma leitura constitucional da admissibilidade da demanda e da distribuição do ônus da prova.** In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual.* v. 2. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

_____. **Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”.** Revista de Processo. São Paulo, ano 39, no. 235, p. 85-117, set. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **A Questão do controle externo do Poder Judiciário: natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. **O Ministério Público e a inversão do ônus da prova na Ação Civil Pública Ambiental.** In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas Atuais do Ministério Público.* 3. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do Direito: Metodologia Jurídica, Teoria da Argumentação e Guinada Linguístico-pragmática.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

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

_____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo**. In Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 97, jan-mar. 2000.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade e representatividade na ação civil pública: por um controle *ope judicis* amparado em parâmetros constitucionais**. In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). Tutela Jurisdicional Coletiva, 2ª série. Salvador: JusPodium, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

_____. **Pensamento pós-metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

KURY, Mário da Gama. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. 7. ed. Rio de Janeiro Jorge Zahar Editor, 2003.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **O ativismo Probatório Equilibrado: O Juiz Necessário ao Processo Coletivo**. In: ZAVASCKI, Liane T.; JOBIM, Marco Félix (orgs.). Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

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

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

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Novos desafios do Ministério Público na tutela coletiva**. In MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

LUCIANA, Aboim Machado Gonçalves da Silva. **Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

LUCON, Paulo Henrique; GABBAY, Daniela. **A Superação do Modelo Processual Rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos à Luz da Atividade Gerencial do Juiz**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Código de Processo Civil**. In FUX, Luiz (Org.) *et al.* *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014, v. 3.

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

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das políticas públicas**. In MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública – Lei 7.347/1995 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. **Interesses Difusos.** 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria Geral das Ações Coletivas.** 3. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. **Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais.** Revista da Ajuris. v. 30. n. 90. Porto Alegre, jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa.** Cidadania e Justiça – Revista da AMB. Rio de Janeiro, ano 3, no. 6, p. 237-248, 1999.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARYOLI, Aglaé; BILLIER, Jean-Cassien. **História da filosofia do direito.** Tradução De Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

MAZZEI, Rodrigo. **Ação Popular e o microsistema da tutela coletiva.** In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: JusPodium, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: JusPodium, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade.** In MILARÉ, Édís (Coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. **A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Direito Ambiental: A gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência e glossário.** 7. ed. rev. atual e ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Direito Ambiental Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: Do direito vigente ao direito projetado.** In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Colaboração no Processo Civil como prêt-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck.** *Revista de Processo.* São Paulo, ano. 36, v.194, p. 55-68, abr., 2011.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Sobre a “participação” do juiz no processo civil.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) *et. al.* *Participação e Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo.** *Revista de Processo.* São Paulo, n. 37, jan/mar., 1985.

_____. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.** *Temas de Direito Processual.* 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Os poderes do juiz.** In: *O processo civil contemporâneo.* MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Juruá, 1994

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático.** Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 137, p. 7-31, ago. 2006.

_____. **Poderes do juiz e Visão cooperativa do Processo,** Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, no. 27, p. 22-51, 2003b.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Poderes do Juiz nas Ações Coletivas.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

_____. **Poderes do juiz nos processos coletivos.** In CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez.** Tradução Isabel Lifante Vidal. In Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho. Universidad de Alicante, no. 14, 1993, p. 169-194.

PERLINGIERI, Pietro. **A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional.** In TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Os poderes do juiz no Projeto do Novo Código de Processo Civil.** In DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KIPEL, Rodrigo. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodium, 2011.

_____. **As regras da repartição do ônus da prova devem limitar os poderes instrutórios do magistrado?** Conteúdo Jurídico, Brasília, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23342>>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo.** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org. e trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. **A Cooperação e a Principiologia no Processo Civil Brasileiro: Uma Proposta de Sistematização.** Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. v. 12, p. 289-315, jul. 2013.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral.** In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coords.). As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Juspodium, 2011.

_____. **Princípios e garantias fundamentais do processo civil.** Universitas Jus (UniCEUB Law Journal), v. 25, p. 65-115, 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate.** Revista MPMG Jurídico. Belo Horizonte, ano 4, no. 18, pp. 8-15, out/nov/dez de 2009.

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

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais.** In DANTAS, Marcelo Buzaglo; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Aspectos Processuais do direito ambiental.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Processo Civil Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Processo civil de interesse público.** In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

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

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades.** In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coords.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial.* Salvador: Juspodium, 2011.

_____. **Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda.** In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Heitor Vítor Mendonça. **Preclusão processual civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ricardo Alexandre. **Dinamização do ônus da prova no projeto de código de processo civil.** In FUX, Luiz (Org.) *et al.* *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.* Salvador: JusPodium, 2014, v. 3.

_____. **Direito Ambiental Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o Neoconstitucionalismo.** *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.* Curitiba, n. 4, jan/jun, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?** *Revista de Processo.* São Paulo, ano. 37, v. 213, nov. 2012

_____. **Verdade e Consenso.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de Oliveira (org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico.** Barueri: Manole, 2010.

TEIXEIRA, António Braz. **Breve Tratado da Razão Jurídica.** 1. ed. Lisboa: Zefiro, 2012.

TRENNEPOHL, Terence. **Anotações sobre a prova complexa e sua inversão no Processo Coletivo Ambiental.** In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique (coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva.* Salvador: JusPodium, 2009.

THEODORO JR., Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. 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.

_____. **Processo justo e contraditório dinâmico**. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-18, nov./dez. 2009b.

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

_____. **O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direito difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.139-2009**. In CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita. *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana**. In SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

VIDAL, Isabel Lifante. **La Interpretación Jurídica em la Teoría Contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

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

_____. *et al.* **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. *Revista de Processo*, v. 37, n. 205, p. 115-158, São Paulo, mar. 2012).

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Leys, derechos, justicia**. Madri: Editorial Trotta, 2011.

ZANETI JR., Hermes; MAGALHÃES GOMES, Camilla de. **O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil**. In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*, 2ª série. Salvador: JusPodium, 2012.

_____. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do direito processual civil brasileiro no estado democrático constitucional**. 2005. 404 f. Tese (Doutorado em Direito). UFRGS, Porto Alegre, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.