

FRANCISCO FERNANDO DE MORAIS MENESES FILHO

# A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DO CIDADÃO EM DEMANDAS DE NATUREZA DIFUSA



A LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA  
À LUZ DE UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO

FRANCISCO FERNANDO DE MORAIS MENESES FILHO

**A LEGITIMIDADE PROCESSUAL  
DO CIDADÃO EM DEMANDAS  
DE NATUREZA DIFUSA**

A LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA À LUZ DE UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO

# **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**

EDUARDO JORGE HILUY NICOLAU  
Procurador-Geral de Justiça

LIZE DE MARIA BRANDÃO DE SÁ COSTA  
Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

REGINA MARIA DA COSTA LEITE  
Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO  
Corregedora-Geral do Ministério Público

MARIA LUIZA RIBEIRO MARTINS  
Ouvidora do Ministério Público

KARLA ADRIANA HOLANDA FARIAS VIEIRA  
Diretora da Escola Superior do Ministério Público

JÚLIO CÉSAR GUIMARÃES  
Diretor-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça

JOSÉ MÁRCIO MAIA ALVES  
Diretor da Secretaria para Assuntos Institucionais

CARLOS HENRIQUE RODRIGUES VIEIRA  
Diretor da Secretaria de Planejamento e Gestão



**MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ESTADO DO MARANHÃO**  
Procuradoria Geral de Justiça



FRANCISCO FERNANDO DE MORAIS MENESES FILHO

# **A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DO CIDADÃO EM DEMANDAS DE NATUREZA DIFUSA**

A LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA À LUZ DE UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO

São Luís  
2020

**Coordenação**

*Karla Adriana Holanda Farias Vieira*

Promotora de Justiça

Diretora da ESMP/MA (2020-2022)

*Márcio Thadeu Silva Marques*

Promotor de Justiça

Diretor da ESMP/MA (2018-2020)

**Comissão de Avaliação**

**Edital 11 2019 - Obras Avulsas - ESMP/MA**

*Ana Teresa Silva de Freitas*

Promotora de Justiça MPMA

*Karla Adriana Holanda Farias Vieira*

Promotora de Justiça MPMA

*Marco Antonio Santos Amorim*

Promotor de Justiça MPMA

**Coordenação Técnica**

*Maria Alaide Natali*

Analista Ministerial – ESMP/MA

**Revisão textual**

*Kalina Saraiva de Lima*

**Diagramação e capa**

*Wemerson Duarte Macedo*

**Impressão**

*Nova Indústria, Comércio e Serviços Ltda-EPP (NOVAGRAF)*

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade do autor.

**ESMP/MA**

Rua Osvaldo Cruz, nº 1396, Centro - São Luís - MA

Homepage: eventos.magma.br • E-mail: esmp@mpma.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Biblioteca da ESMP/MA)

Meneses Filho, Francisco Fernando de Morais

A legitimidade processual do cidadão em demandas de natureza difusa: a legitimidade subsidiária à luz de um sistema jurídico aberto / Francisco Fernando de Morais Meneses Filho. – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2020.

252 p. : il.

ISBN 978-85-98144-64-1

1. Direitos difusos. 2. Interesse coletivo. 3. Legitimidade processual. I. Título.

CDU 342.7:347.9

## **AGRADECIMENTOS**

É momento de aqui manifestar meus sinceros agradecimentos:

Ao Senhor, meu Deus, por ter-me permitido ingressar na honrosa carreira do Ministério Público, ensejando-me a possibilidade de aprender dia a dia com os cidadãos maranhenses.

À minha professora Maria José González Ordovás, pela motivação, paciência e simpatia com que tem guiado meus passos, intelectual e espiritualmente, ao longo de anos, mesmo que a partir da Espanha.

E à minha esposa e a meus familiares, por terem a mim permitido crescer e viver em um ambiente que almeja à Justiça material, em contraposição ao fisiologismo, ao individualismo e à artificialidade.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Ac. - Acórdão  
ACP - Ação Civil Pública  
ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Ag - Agravo  
AgRg - Agravo Regimental  
AIJE - Ação de Investigação Judicial Eleitoral  
AIME - Ação de Impugnação de Mandato Eletivo  
AIRC - Ação de Impugnação de Registro de Candidatura  
ARE - Recurso Extraordinário com Agravo  
CF - Constituição Federal  
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943)  
CONAMP - Associação dos Membros do Ministério Público  
CPC - Código de Processo Civil  
DEJT - Diário Eletrônico da Justiça Trabalhista  
DF - Distrito Federal (ente federado)  
DJ - Diário da Justiça  
DJe - Diário da Justiça Eletrônico  
DJU - Diário da Justiça da União  
MCCEA - Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e Administrativa  
MG - Minas Gerais (ente federado do Brasil - Estado)  
Min. - Ministro  
MP - Medida Provisória  
MS - Mandado de Segurança  
PB - Paraíba (ente federado do Brasil - Estado)  
RDA - Revista de Direito Administrativo  
Rel. - Relator  
REsp - Recurso Especial  
RJ - Rio de Janeiro (ente federado do Brasil - Estado)  
RTJ - Revista do Tribunal de Justiça  
SE - Sergipe (ente federado do Brasil - Estado)  
SP - São Paulo (ente federado do Brasil - Estado)  
STF - Supremo Tribunal Federal  
STJ - Superior Tribunal de Justiça  
TCE - Tribunal de Contas do Estado  
TRESC - Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina  
TSE - Tribunal Superior Eleitoral  
v.g. - verbi gratia



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	11
PREFÁCIO.....	13
INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS E NASCEDOURO DO PODER.....	23
1.1 Das considerações gerais.....	23
1.2 Motivação da pesquisa e apresentação de casos: em busca de uma problematização .....	29
1.3 Dos primeiros impulsos pelo poder .....	50
1.4 As limitações humanas e as organizações sociais .....	54
CAPÍTULO II – O PODER .....	59
2.1 Conceito de poder .....	59
2.2 Modos de produção de poder, segundo Boaventura de Sousa Santos.....	65
2.3 Das conexões entre as “dimensões de poder” .....	68
CAPÍTULO III – O PODER DO DIREITO .....	77
3.1 Do poder e da legitimação pelo direito .....	77
3.2 O direito pela visão da sociologia e a sua função ideológica na manutenção do poder .....	87
3.3 O poder é bom? .....	94
3.4 Da vigília contra a autocracia .....	98
3.5 As instâncias de validade da norma jurídica e a função da magistratura na sua apreciação .....	101
3.6 Instrumento de domínio: da magistratura à lei .....	106
CAPÍTULO IV – É POSSÍVEL CONHECER E APLICAR CORRETAMENTE O DIREITO?.....	121
4.1 Do ato de conhecer e das contribuições da hermenêutica filosófica .....	121
4.2 Do objeto do conhecimento para a concreção normativa pelo magistrado .....	130
4.3 Os procedimentos e sua importância hermenêutica em um Estado Constitucional de Direito .....	138
CAPÍTULO V - O DISCURSO NO PROCESSO .....	151
5.1 A natureza sistêmica dos procedimentos judiciais e sua repercussão na hermenêutica.....	151
5.2 Processo e procedimento.....	156

<b>5.3 O discurso jurídico-processual e a democracia como sistema aberto .....</b>	<b>159</b>
<b>5.4 O ideal da democracia como sistema aberto e os embustes do discurso jurídico-processual .....</b>	<b>166</b>
<b>5.5 O direito processual no ocidente .....</b>	<b>174</b>
<b>CAPÍTULO VI – CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROCESSOS COLETIVOS .....</b>	<b>179</b>
<b>6.1 Demanda coletiva: esclarecimentos conceituais .....</b>	<b>179</b>
<b>6.2 O Estado, os cidadãos e o processo coletivo .....</b>	<b>188</b>
<b>CAPÍTULO VII – ANÁLISE DE CASOS E O INSTITUTO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL EM DEMANDAS DIFUSAS .....</b>	<b>193</b>
<b>7.1 Análises dos casos e o instituto da legitimidade processual .....</b>	<b>193</b>
<b>7.2 A importância da distinção conceitual entre interessados “difusos, coletivos e individuais” indisponíveis .....</b>	<b>195</b>
<b>7.3 A legitimidade processual .....</b>	<b>196</b>
<b>7.4 A legitimidade e a representatividade em ações coletivas no direito comparado .....</b>	<b>201</b>
<b>7.5 A legitimidade e a representatividade no Código Modelo de Processos coletivos para a Ibero-América: avanços e recuos .....</b>	<b>203</b>
7.5.1 Ampliação do rol de legitimados .....	204
7.5.2 Dos métodos do <i>OPT OUT</i> e do <i>OPT IN</i> e o Código Modelo .....	205
7.5.3 Da “representatividade adequada” em ações difusas e dos seus problemas à luz de um sistema democrático .....	207
<b>CAPÍTULO VIII – A LEGITIMIDADE E O CONTROLE NAS DEMANDAS DIFUSAS .....</b>	<b>211</b>
<b>8.1 A luta pela legitimidade nas ações de natureza difusa no direito brasileiro: recuos, avanços e uma “luz no fim do túnel” .....</b>	<b>211</b>
<b>8.2 Do <i>amicus curiae</i> à teoria das ações coletivas como ações temáticas .....</b>	<b>218</b>
<b>8.3 A ação popular no direito brasileiro e suas atuais limitações jurisprudenciais .....</b>	<b>222</b>
<b>8.4 Em prol de um novo conceito de contraditório .....</b>	<b>226</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>229</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>239</b>

## APRESENTAÇÃO

O Ministério Público enquanto instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado e responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis em muito se aprimorará em razão da presente obra intitulada “A Legitimidade Processual do Cidadão em Demandas de Natureza Difusa: a legitimidade subsidiária à luz de um sistema jurídico aberto”, de autoria do Promotor de Justiça Francisco Fernando de Moraes Meneses Filho.

O autor costura denso referencial teórico para debater democracia, poder e participação popular, sob o espectro da promoção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Coube, portanto, a Escola Superior do Ministério Público a honra de publicar uma obra escrita por um Promotor de Justiça e que em muito se destina a aprimorar as ferramentas de atuação ministerial, aproximando a instituição dos efetivos titulares de direitos, proporcionando diálogo em prol da cidadania.

Na forma do art.2º, inciso III de seu Regimento Interno (Resolução nº 03/2005, DJ de 21 de junho de 2005, pp.89/99), desenvolver projetos e programas de pesquisa na área jurídica é uma das finalidades da Escola Superior do Ministério Público, devendo desenvolver estratégias de difusão cultural e de interação com a sociedade e comunidade científica (inciso II, do art. 4º da Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP nº 02, de 04 de julho de 2017). Com esse escopo, foi criado pelo ATO Nº 02952018-GPGJ o Plano Editorial da Escola Superior do Ministério Público, regulamentado pela Portaria-ESMP – 22019, disciplinando que será integrado por publicações periódicas, dentre as quais, a Revista Eletrônica, a Revista da Pós-Graduação e o Boletim Informativo Eletrônico, além dos Boletins de Pesquisas, os Manuais de Atuação e as obras avulsas, como a que ora oferecemos aos leitores.

Editais anuais estabelecem as regras para publicação de obras de autoria ou coautoria de membros ou servidores do Ministério Público do Estado do Maranhão, que possuam mérito acadêmico ou técnico e apresentem relevante interesse cultural ou institucional. O livro que está em suas mãos é resultado desse esforço. Boa leitura!

**Márcio Thadeu Silva Marques**  
Diretor da ESMP/MA (2018-2020)

**Karla Adriana Holanda Farias Vieira**  
Diretora da ESMP/MA (2020-2022)



## PREFÁCIO

É uma especial honraria, por diversos motivos, prefaciá-lo livro «A LEGITIMIDADE PROCESSUAL DO CIDADÃO EM DEMANDAS DE NATUREZA DIFUSA - A LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA À LUZ DE UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO», de autoria do Promotor de Justiça e amigo FRANCISCO FERNANDO DE MORAIS MENESES FILHO. O primeiro motivo é que a leitura da obra trouxe a constatação de que ela preencherá uma lacuna gigantesca que existia na literatura relativamente ao tema das demandas de natureza difusa; o segundo é que a sua compreensão possibilitará um maior respaldo à condução das demandas difusas.

Não resta dúvida de que este livro saiu das fronteiras estreitas do Direito e incorporou ao debate do assunto as categorias da Sociologia, Filosofia e História.

É até comum encontrar pesquisas e publicações que referenciam os antecedentes históricos ou outras que passam pela filosofia e sociologia, mas aqui o leitor encontrará mais.

Já início destacando que, em decorrência da leitura do primeiro capítulo, referente ao nascedouro do poder, muito se entenderá a respeito dos mecanismos de controle do comportamento das pessoas e ao mesmo tempo sobre as necessidades de interação social. O leitor sentirá um sabor especial transitando no primeiro capítulo em que encontrará os fundamentos que explicam o motivo pelo qual as sociedades humanas caminham para a democracia. Esta parte ganha relevância maior diante do momento por que passa a sociedade brasileira.

Os impulsos pelo poder são explicados passando por diversos ramos da ciência. O autor vai da origem das espécies, de Charles Darwin, à Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas, do psicólogo norte-americano Abraham H. Maslow. Adiante, para explicar as limitações humanas e as organizações sociais, o autor encontra as ideias iluministas dos filósofos John Locke e Jean-Jacques Rousseau e põe tais ideias para dialogar com Maslow, referido anteriormente, Javier de Luca e Maria José Anõn e, com isso, consegue “lançar luz sobre a teoria dos direitos fundamentais”, nas palavras do próprio autor.

Embora o direito seja uma das mais elaboradas formas de expressão do poder, a literatura jurídica trilha pouco por sua conceituação e, tampouco, trabalha com suas dimensões. Aqui não se comete esse pecado. Aliás, o poder é explicado sob diversos enfoques, não apenas sua expressão formal estatal.

Para o melhor entendimento do poder, abordam-se as complexas relações sociais, familiares etc. Para tal, no segundo capítulo, o autor analisa o debate de Gilles Deleuze e Michel Foucault e os põe em diálogo com Boaventura de Sousa Santos, principalmente para a compreensão das sociedades ocidentais da atualidade.

O Poder do Direito mereceu um capítulo à parte para melhor compreensão dos instrumentos de estabilização das relações de poder no tempo. Neste particular, o autor visualiza o direito com o olhar da sociologia e nos brinda com análises, conceitos e categorias que bem explicam as funções ideológicas do direito.

Não é adequado nestas breves palavras revelar tudo que será encontrado na leitura agradável deste livro. O *spoiler* exagerado resultaria no erro de tornar-me um verdadeiro “estraga-prazeres”. A leitura da primeira metade da obra não pode ser dispensada. Todo o passeio pela história, filosofia, sociologia, reflexões sobre a aplicação do direito e instâncias de validade da norma é a base que possibilitou realizar a mais profunda análise de casos relativos à legitimidade processual em demandas que tratam de interesses difusos.

A passagem para a discussão sobre o processo como instrumento pelo qual se busca a efetivação de direitos é a parte mais inovadora deste livro. O autor é coerente com toda sua fonte e dedicou parte importante de tempo para demonstrar a necessidade de oportunizar ao cidadão o direito de influir no direcionamento de condutas que possam atingi-lo. É o princípio da participação no processo coletivo que aqui encontra sua fundamentação mais inovadora e profunda.

O autor consegue demonstrar que a efetividade do princípio da participação está associada à própria ideia de democracia. Depois de apresentar de forma didática os conceitos jurídicos que foram trabalhados adiante, tais como: Processo e procedimento, Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, legitimidade processual etc, percorreu de forma minuciosa diversos caminhos que levam ao mesmo destino, qual seja, a demonstração da necessidade do Poder Judiciário estar devidamente atento às aspirações coletivas, sob pena de descrédito e, por consequência, perda de legitimidade.

O Poder Judiciário brasileiro já possui mais de 80 milhões de processos em tramitação e não garantirá acesso à justiça pela via do processo individual, mas a realidade pode ser alterada com a máxima participação no processo que resulte em solução próxima da vontade da maioria.

O autor não deixou sem alerta a necessidade de convite aos interessados na demanda. Ele lembra, inclusive, do instituto *amicus curiae*, pouco utili-

zado em nosso sistema processual, embora previsto expressamente no Código de Processo Civil. Por último, vale o destaque para o instrumento processual de democracia direta mais forte em nosso sistema judicial, a Ação Popular.

Enfim, a leitura desta preciosa obra acadêmica será muito útil aos sociólogos, filósofos, administradores e, especialmente, aos operadores do direito que tenham a pretensão de ampliar o acesso à justiça e, com isso, torná-la mais democrática.

A base teórica alcançada pelo Doutorado em Sociologia Jurídica e Instituições Políticas deu a Francisco Fernando uma condição ímpar para analisar o sistema processual coletivo brasileiro e a autoridade intelectual para propor seu aperfeiçoamento. É essa proposta que o leitor encontrará na leitura agradável deste livro. O interesse que a obra tem para juristas é ainda maior, porque não está restrita ao conhecimento do direito. Aqui os juristas encontrarão a liberdade para construção da solução mais adequada para cada caso.

Por fim, recomendo a leitura da obra aos estudiosos em geral e, especialmente, aos aplicadores do direito em temas de interesses difusos. De minha parte, posso testemunhar que será um livro de cabeceira de onde extrairei apontamentos relevantes na solução de demandas de natureza difusa.

Parabéns a Francisco Fernando de Moraes Meneses Filho pela excelente obra e boa leitura a todos.

São Luís, 09 julho de 2020.

**Douglas de Melo Martins**

Juiz Titular da Vara de Interesses Difusos e Coletivos/São Luís.

MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas

Estudos Avançados e Doutorado em Sociologia Jurídica e Instituições Políticas  
pela Universidade de Zaragoza - Espanha/UNB-Br.



## INTRODUÇÃO

Após duas décadas como fiscal da lei no Estado do Maranhão, e sempre em contato diário com a parcela mais humilde da sociedade, seria impossível não se influenciar, de maneira positiva, pelos reclamos pungentes de cidadãos que, dia após dia, veem-se alijados e espoliados pelos centros de poder em torno dos quais gravitam.

Tal pujança, oriunda das ruas, quando unida aos conhecimentos teóricos, ensejam grande impulso, na busca de dar-se uma contribuição real à mudança de mentalidade sobre o processo jurídico brasileiro, mormente no que tange à apreciação de um conceito de alta relevância como o de legitimidade jurídico-processual.

O principal objetivo do trabalho é analisar como os fatores sociais de poder têm repercutido no conceito de legitimidade jurídico-processual em demandas de natureza difusa, ao ponto de os cidadãos, em vários momentos, serem afastados das deliberações acerca da formação de genuínos direitos, mesmo quando se trata de pretensos Estados Democráticos. A partir daí, buscam-se discutir soluções viáveis para a adoção de um novo referencial teórico para o conceito de legitimidade em processos desse jaez.

Para se alcançar a finalidade, inicia-se o trabalho com apreciações acerca dos mais primitivos impulsos humanos para a satisfação de suas necessidades, reconhecendo-se aí a origem da luta pelo poder.

Num segundo instante, reflete-se sobre os conceitos de poder e de direito, ora se analisando as suas conexões, ora se apontando o equilíbrio que deve existir entre ambos, sob pena de se culminar em uma autocracia. Não obstante isso, ao mesmo tempo, presta-se enfática homenagem ao viés positivo do exercício do poder, considerado como instrumento indispensável à formação da unidade e do progresso das organizações humanas.

Em sequência, observa-se que as sociedades modernas e pós-modernas vão caminhando em direção ao paradigma democrático, regime político que, na sua forma mais genuína, conduz os intercâmbios sociais a uma oxigenação constante, assegurando-se o diálogo institucional e a participação dos indivíduos – tudo como forma de evitar-se o totalitarismo, promover-se a multiplicidade de ideias e legitimar-se o poder político. A propósito, esta marcha em direção à democracia é inevitável, porque se trata de um corolário automático da busca racional do homem pelo autocinzeloamento e pela tentativa de tornar-se um protagonista de sua própria existência.

Além disso, ressalta-se que a complexidade das sociedades hodiernas exige uma forma mais requintada de legitimação de poder, tendo-se, de maneira geral, superado mecanismos tradicionais e carismáticos, para se dar ensejo à hegemonia da legitimação racional-legal. Desta forma, cada vez mais, as entidades humanas, tanto na esfera pública como na esfera privada, atribuem maior importância a uma sequência ordenada de atos como pré-requisitos para arrimar suas decisões, pondo-se em relevo o conceito de procedimento.

Nesse contexto do Estado Democrático, portanto, quando pululam litígios na Justiça, a lei apresenta-se como “dado de entrada” e o procedimento como meio, para a formação do direito que surgirá após a passagem pela instância formal de validade: o Poder Judiciário.

Ocorre que o nascimento do direito (via judicial), especialmente quando se trata de direitos difusos, apenas pode acontecer de maneira legítima depois da instauração de um discurso não excludente, que oportunize a participação dos vários interessados, seja de forma direta, seja de forma indireta. Em suma, há de se assegurar a oitiva dos fatores sociais ao longo do procedimento de formação do direito difuso – fenômeno que apenas é viável mediante uma nova referência conceitual para o instituto da legitimidade do processo em demandas dessa natureza.

\*\*\*\*\*

Em virtude dos objetivos expostos, optou-se por uma abordagem multidisciplinar, conjugando-se perspectivas sociológicas e filosóficas com o estudo da hermenêutica (especialmente da hermenêutica filosófica), até atingir-se o nível da análise do direito positivo brasileiro, sob um prisma político-constitucional, sempre com enfoque nas demandas de natureza difusa. Tratou-se, pois, de superar-se a dicotomia metodológica entre as teorias de corte positivista e as perspectivas genuínas das ciências sociais, para se trilharem os caminhos de uma teoria sócio-jurídica do direito.

O estudo é apresentado, basicamente, sob as seguintes perspectivas:

- No início, com o escopo de despertar-se o interesse do leitor, apresentam-se as motivações práticas da investigação, a partir de experiências colhidas do direito brasileiro. Então, elencam-se casos emblemáticos nos quais a concepção tradicional de legitimidade jurídica

para o processo surge como obstáculo para o exercício da cidadania, ao tempo em que emerge tal conceito como verdadeiro guardião do *establishment*.

- Em seguida, busca-se a construção de um marco teórico, com base em postulados da sociologia jurídica, da gnosiologia e da hermenêutica filosófica.
- Num terceiro instante, voltam-se aos casos outrora expostos, mas para que sejam avaliados segundo os referenciais teóricos desenvolvidos;
- Em sequência, realiza-se um rápido estudo comparativo das ações coletivas nos sistemas da common law e da civil law, para se enfatizar o ordenamento brasileiro.
- Finalmente, apresentam-se soluções interpretativas para a reformulação do conceito de legitimidade jurídico-processual à luz de um sistema aberto e democrático e, mormente, à luz das reais inspirações do texto constitucional brasileiro.

Interessa dizer que, ao longo da obra, buscar-se-á separar, nos tópicos próprios, espaços para se trabalharem os conceitos utilizados na investigação; ou seja, os marcos conceituais serão manipulados à proporção que se expuserem os temas. Não obstante isso, reputa-se salutar fazerem-se, desde logo, algumas considerações sobre as principais ideias, bem como sobre as correspondentes referências teóricas.

A propósito, tendo-se em vista que os conceitos são atribuições de sentido ao mundo circundante, e considerando-se a propriedade polissêmica de muitas palavras, mister se faz que a delimitação dos significados seja adequada ao tipo de mensagem e de discurso que se deseja realizar.

O primeiro conceito a destacar-se é o de poder, o qual, como se verá, será apresentado da maneira mais ampla possível, abrangendo toda e qualquer capacidade de dirigir condutas. Isso porque, como dito, apesar de se tratar de um tema jurídico-processual, optou-se por uma abordagem multidisciplinar, a qual, antes de valorizar conceitos positivados pelas sociedades hodiernas, busca revisitar a natureza humana no seu estado mais atávico, bem como a sua psique. O itinerário da investigação, assim, parte dos pioneiros impulsos do homem para satisfazer as suas necessidades, localizando-se aí o *gérmen* do poder.

Na mesma trilha, o conceito de direito, a princípio, será apresentado por uma perspectiva mais material, valorizando-se seus elementos sociológicos, para, somente depois, ingressar-se na sua concepção formal, até se atingirem os postulados modernos do direito constitucional e processual.

Veja-se que os mencionados conceitos serão trabalhados em harmonia com as construções sociológicas de Boaventura de Sousa Santos, notadamente sobre seu entendimento acerca do que venham a ser dimensões ou espaços estruturais das sociedades capitalistas do sistema mundial.

Outros marcos cujos sentidos merecem destaque são os conceitos de legitimação e de legitimidade. O primeiro sendo utilizado para referir-se à aceitabilidade que uma esfera de poder tem de ter, para que suas determinações sejam acolhidas pelos dominados. Nesse sentido, serão postas em relevo as lições de Max Weber, cujas concepções acerca das formas de legitimação do poder continuam tendo enorme utilidade teórica. Por outro lado, quanto à ideia de legitimidade, será ela reservada, especialmente, ao instituto processual que exige pertinência entre um indivíduo e o objeto que se pretende juridicamente tutelado pelo Estado-Juiz.

Como não poderia deixar de ser, também se discutirá, amplamente, o termo procedimento, quando será ele apreciado, inclusive, pela ótica da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. É que a multidisciplinariedade adotada ao longo da investigação tem por objetivo ensinar ao leitor uma visão mais complexa dos mecanismos de controle da sociedade, demonstrando-se que o próprio direito estatal somente tem rendimento e legitimação nas sociedades pós-modernas quando respeita o diálogo com as demais constelações de poder e, mesmo assim, apenas quando surge a partir de um procedimento racional-lógico.

É claro que, ao se realizarem tais inserções luhmannianas, não se pretende aprofundar em demasiado as concepções do sociólogo; mas, tão-somente, utilizá-las como instrumentos conceituais úteis para compreender-se que o conceito de legitimidade jurídico-processual repercute, de maneira direta, na discussão instalada dentro de um procedimento, para o fim de incluir ou de excluir mais perspectivas e elementos políticos, sociais e culturais no diálogo que será travado dentro dos processos de natureza difusa.

Ato contínuo, será abordada a diferença entre procedimento e processo, resguardando, para esse, a noção de relação jurídico-processual, com a exigência do contraditório, a qual se destina a uma providência jurisdicional ou administrativa e, para aquele, a ideia de um conjunto ordenado de atos. Ou

seja, tratar-se-á o procedimento como manifestação exterior (caminho, rito) da relação instaurada com vistas a uma decisão.

Para além dos referidos marcos, rediscute-se o próprio conceito de direito subjetivo, em especial no que tange ao momento de sua formação. De fato, consoante o entendimento clássico de Ihering, vem-se entendendo direito subjetivo como o “interesse juridicamente protegido”, evidenciando a aceitação de que o direito pré-existe ao processo. Aqui, porém, trabalha-se com a ideia de que o direito subjetivo apenas surge da soma do direito objetivo (mero “dado de entrada” para a norma) com a própria aceitação da sociedade, ou após uma deliberação pela instância formal do Estado – o Poder Judiciário.

Essa concepção tem como referência teórica lições ministradas por Vicente de Paula Maciel Júnior, em sua obra Teoria das Ações Coletivas – as ações coletivas como ações temáticas –, e traz, como se verá, a vantagem de sintonizar o conceito de direito subjetivo com o próprio direito de ação e com os postulados de um Estado Constitucional Democrático.

A propósito, frise-se que, com base em tal compreensão de direito subjetivo, trabalhar-se-ão, de forma vanguardista, os termos “interesse” e “vontade”, notadamente no âmbito dos processos de cunho difuso.

Ao fim, importa aqui se fazerem alusões a mais duas distinções conceituais que não de ser trabalhadas: a diferença entre regra e norma jurídica e a diferença entre demandas coletivas e demandas difusas.

A regra será concebida como todo comando genérico, expedido por autoridade competente, e imposto à obediência de todos. Abrange, pois, tanto as leis como os atos normativos sem efeito concreto. Além disso, o conceito abarca as denominadas normas-regra e normas-princípio, segundo a terminologia de Robert Alexy. Quanto ao termo “norma jurídica”, será ele trabalhado como o resultado da formação do próprio direito subjetivo em cada situação concreta, depois de submetido um litígio à instância formal de validade (Judiciário), sob o crivo do contraditório.

As demandas coletivas e difusas, por sua vez, serão compreendidas como conceitos distintos, enfatizando-se os efeitos práticos da diferença. Para tanto, ter-se-á apoio tanto na doutrina, como na legislação brasileira (especialmente art. 81, da Lei Federal nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor). Assim sendo, reservar-se-á o termo “demanda coletiva” (ou ação coletiva *stricto sensu*) para os casos em que haja interessados ligados, entre si, por uma relação jurídica básica (v.g contrato ou estatuto associativo); e o termo “demanda

difusa” para as situações em que os interessados no objeto do litígio sejam indeterminados.

Feitos os delineamentos precípuos acerca dos marcos conceituais, entende-se estar mais dotado o leitor da necessária consciência situacional que deve preceder o estudo.

# CAPÍTULO I

## CONSIDERAÇÕES GERAIS E NASCEDOURO DO PODER

### 1.1 Das considerações gerais

Ao final do terceiro lustro do século XXI, é irrefutável a compreensão de que o Direito, sendo uma ciência genuinamente cultural, não pode escapar das pressões de interesse oriundas da psique humana. Aliás, o fenômeno fica claro quando se lembra de que as sociedades não são um todo homogêneo; mas, ao revés, encontram-se recheadas de singularidades, provenientes de cada indivíduo que as integra. É que as idiossincrasias e as necessidades múltiplas levam a inevitáveis litígios, de modo que se necessita tanto dos mecanismos informais de autorregulação do comportamento (constituintes da moral e dos freios inibitórios insertos na consciência), como de instrumentos heterônomos (exteriores) e genéricos de controle, que tenham o condão de garantir a estabilidade nas relações sociais.

A propósito, frise-se que, ao falar-se em “mecanismos heterônomos” de controle do comportamento dos indivíduos, tem-se em mente um variegado número de instituições, formais e informais. Estas, por sua vez, espriam-se na estrutura social e mantêm entre si um sistema de forças, as quais, a um só tempo, digladiam-se e complementam-se, na constituição de múltiplas “dimensões de poder”<sup>1</sup>. É o que ocorre, por exemplo, entre os espaços da família, da comunidade, do mercado e da cidadania, entre os quais se observa que as regras produzidas em cada um ora se reforçam, ora criam tensões, na construção, na manutenção, ou na reconstrução de comportamentos.

Pois bem, nas atuais organizações humanas, malgrado permaneça a relevância do Estado, para conferir unidade a esse calidoscópio social, sobressaem-se outras searas de poder. Faz-se necessário, portanto, que, dentro desse caldo de distintos interesses, assegure-se um diálogo entre as várias instituições bem como que se reconheça a importância do próprio cidadão, individualmente. Na realidade, eventuais tentativas, na busca de reprimir-se esse diálogo institucional, ao lado de serem infrutíferas, põem em risco a pró-

---

<sup>1</sup> Terminologia de Boaventura Sousa Santos, a qual será mais detalhada adiante (Santos, 2009:265).

pria estabilidade da dimensão de poder responsável pela pretensa repressão. Com efeito, qualquer tendência a “isolamento” por parte de uma instituição, especialmente quando atinge interesses de um número indeterminado de pessoas, sofre, mais cedo ou mais tarde, automáticas reações adversas, esvaaziando a legitimação almejada por qualquer estrutura de poder, não sendo diferente quanto ao Estado.

Não é por outra razão que, no campo jurídico, embora se tenha assistido, ao longo dos anos, a posicionamentos variados e divergentes sobre o conceito de Constituição, sempre se reconheceu que seu Texto (de cunho irrefutavelmente político) sofre influxos das forças sociais, assim como gera repercussões nessas últimas. De fato, ao longo dos anos, a ideia de Carta Política atravessou diversos estágios:

- I) Num primeiro momento, deu-se ênfase a seu aspecto sociológico. Afinal, quem não se recorda da célebre Conferência de Ferdinand Lassalle acerca da “essência da Constituição”?

Em 1863, tendo por público intelectuais e operários da antiga Prússia, ele preconizou sua concepção meramente sociológica do texto constitucional, entendendo-o como “soma de fatores reais de poder de uma nação”. Segundo tal análise, a Constituição jurídica (escrita) estaria sempre a reboque das forças sociais (representativas da Constituição real). O Texto Político seria marcado, assim, por típico caráter descritivo, de forma que, havendo incoerência entre a Lei Maior e “os fatores reais de poder”, estes suplantariam aquela, que, sendo simples “folha de papel”, resultaria totalmente sem efetividade.

- II) Em seguida, já num segundo instante, sobressai o reconhecimento da força normativa da Constituição, segundo se depreende das lições de Konrad Hesse e de Hans Kelsen.

Não obstante isso, mesmo entre os positivistas mais ortodoxos, que prestaram suas homenagens veementes à Constituição escrita, jamais se deixou de admitir a imbricação dos valores sociais e morais com a norma jurídica. Kelsen, por exemplo, conquanto tenha perseguido uma teoria pura, apenas reconheceu que o direito deveria ser alijado da moral no plano da ciência. É que, para ele, quando se tratava do momento de aplicação da lei aos casos concretos, a discricionariedade judicial, muitas vezes, era uma fatalidade, da qual não

poderia esquivar-se o operador do direito (veja-se, a respeito, o art. 8º da Teoria Pura do Direito), daí resultando as imprescindíveis inserções de caráter moral inclusive do próprio julgador.

- III) Finalmente, na atualidade, caminha-se, cada vez mais, para a superação do dilema entre Constituição material e Constituição formal, reconhecendo-lhe a presença de dois espaços de existência, que interagem e equilibram-se. Desta forma, embora deva absorver os influxos das forças sociais (como forma de assegurar a sua própria efetividade), a Constituição funciona como filtro contra os abusos majoritários, tendo em vista a garantia dos direitos fundamentais. Além disso, ao tempo em que sofre mutação em seu Texto (para se amoldar às aspirações da comunidade), a Constituição também deve agir de maneira prospectiva, impulsionando a sociedade a progredir em valores que a engrandecem como um todo. A Constituição, destarte, é o campo mediante o qual o político é tocado pelo jurídico e o jurídico é tocado pelo político.

Em suma, é fácil perceber que a quantidade e a complexidade de forças emanadas dos “espaços-estruturais” aumentam à medida que as necessidades humanas se multiplicam e geram inegáveis repercussões no direito, assim como na sua compreensão.

De fato, quanto mais as pessoas, na qualidade de elementos do corpo social, buscam satisfazer os seus interesses, mais tensões de forças surgem entre elas e mais dinâmicas se tornam as suas relações e as dimensões de poder. Na realidade, cada indivíduo, movido pelo seu ímpeto racional, vê-se, irresistivelmente, arrastado para desenvolver a personalidade, os valores e as experiências próprias. O impulso para a liberdade, portanto, constitui, pelo menos em regra, a força-motriz do progresso, onde todos, em última instância, desejam ser ouvidos em seus apelos em prol da dignidade.

Desta forma, é instintivo que a marcha das sociedades humanas dirija-se para a Democracia. Afinal, somente por meio desse regime político é que se pode anelar o respeito às liberdades e aos reclamos individuais e coletivos. E veja-se que, aqui, não se trata de apostar, plenamente, em uma filosofia histórica (na trilha kantiana apresentada em *A paz perpétua*); mas, tão-somente, de se constatarem evidentes etapas que vêm sendo galgadas pela humanidade, em especial pós-revoluções Americana e Francesa.

O problema é que se, por um lado, a psique humana deseja o alcance dessas liberdades; por outro, aqueles que dominam as dimensões de poder lutam para manter os demais sob seu jugo. Para tanto, utilizam-se de expedientes vários, notadamente, do maior de todos os instrumentos de dominação social: o discurso.

Com efeito, se o mero domínio pela força física é efêmero, o controle pela palavra, ainda que ilegítimo, tende a ser bem mais duradouro. Afinal, o grande mote para o controle do poder consiste em se convencerem os dominados de que o seu uso restrito beneficia o interesse da coletividade. Logo, construir-se a ideia de que apenas alguns indivíduos detêm competência para integrar o discurso social apresenta-se como instrumento eficaz, especialmente quando associado ao conceito de democracia.

Isso mesmo. Se a democracia, em termos substanciais, afigura-se como regime legítimo, a distorção de seu conceito emerge, tão-somente, como poderosa arma de manobra ideológica. De fato, quando se busca reduzir o discurso democrático a meras formalidades ou procedimentos, está-se atendendo, justamente, aos interesses ideológicos mais escusos.

Agora, imagine-se a inserção desse falso discurso democrático (um alegado “discurso competente”<sup>2</sup>) na mais clássica dimensão de poder (o espaço da cidadania, representado pelo Estado)! Imagine-se a sua inserção através do direito estatal, utilizando-se, exatamente, de um conceito igualmente carregado de força ideológica: a lei!

Ora, se o “discurso competente” costuma ser bastante eficaz nas várias dimensões de poder, mais ainda o é quando manipula o conceito de lei ou de norma jurídica (cujas diferenças serão discutidas), dirigindo-o em seu benefício e controlando os cidadãos em geral.

Aliás, a situação ganha mais força quando se observa que o uso ideológico da lei é inserido no âmbito dos processos judiciais de natureza difusa – assim entendidas como aqueles referentes a um grande e indeterminado número de interessados<sup>3</sup>. É que, nestes casos, os processos judiciais têm sido utilizados pelo “discurso competente” como os mais legítimos mecanismos de acesso à democracia. Realmente, se a ideologia da lei é poderosa nas regras jurídicas

<sup>2</sup> Termo cunhado da obra da professora Marilena Chauí (Chauí, 2007:19).

<sup>3</sup> O trabalho também analisa o conceito de “direitos e de interesses difusos”, distinguindo-o do conceito de “direitos e interesses coletivos”. Então, observar-se-á que tal diferença conceitual, ao contrário do que apregoam alguns, tem, efetivamente, uma razão de ser, assim como uma finalidade prática (Silva, 2007:1).

de natureza material, mais ainda o é quanto às regras de natureza processual, porque, como se verá, são exatamente essas últimas que selecionam como se desenvolve o discurso jurídico na prática. Apresentam-se elas, portanto, como etapa formal de convalidação de direitos, quando a sociedade não soluciona seus litígios por mecanismos de reconhecimento voluntários dos interesses em jogo. Logo, controlar as regras processuais significa dominar um enorme e importante setor da participação dos cidadãos no espaço democrático.

O Brasil, mais especificamente, embora venha apresentando significativo progresso nos últimos quarenta anos, muito ainda tem a fazer notadamente no alusivo ao reconhecimento da atuação dos cidadãos nas demandas jurídicas de natureza difusa<sup>4</sup>. É que, apesar de a Constituição Federal e de as leis infraconstitucionais disporem bastante sobre direitos e garantias dos indivíduos, as normas do processo costumam retirar, na prática, os meios de se efetivar o previsto nas normas de direito material.

É o que se verifica, por exemplo, com a aplicação que vem sendo conferida à ação popular – instituto que, malgrado assegure legitimidade ao cidadão, apresenta limites no que tange ao sujeito passivo, à *causa petendi* e ao pedido. De fato, não é em face de qualquer pessoa, nem com base em quaisquer fatos de interesse coletivo que é reconhecida a legitimidade para o indivíduo oferecer pleitos judiciais. Ademais, mesmo quando autorizado a tanto, os pedidos imediatos e mediatos ainda se limitam a âmbitos restritos, sendo incapazes de resguardar o aspecto amplo que envolve interessados difusos. Enquanto isso, várias demandas de inestimável interesse social são conferidas, unicamente, a autoridades, a órgãos ou a entidades específicos, os quais, muitas vezes, por possuírem fortes vinculações políticas, quedam-se inertes ante os olhos indignados e atônitos da sociedade – tudo como resultado (deletério) do conceito de legitimidade processual aceito, até o momento, para muitas ações de natureza difusa.

Não se esqueça, ainda, de que essas restrições à legitimidade, muitas vezes, não se limitam aos processos de conhecimento, quando o julgador ainda se encontra em fase de reunião de provas, com o objetivo de dizer o direito (conceito mais literal de jurisdição). O problema de se fixarem aqueles que podem participar do “discurso jurídico competente” (os chamados “legitimados”) alcança, também, e até com maior importância, as searas do processo execu-

---

4

tivo e resulta em maior interesse quando a execução do título diz respeito a temas de valor metaindividual, cuja beneficiária é toda a sociedade.

A ideologia por trás do processo coletivo de natureza difusa e, em especial, a subjacente ao conceito de legitimidade atingiu, inclusive, uma das mais audaciosas e modernas ideias no campo internacional – o Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América. Realmente, como se verá, nem mesmo esse texto-paradigma foi poupado das inserções limitativas à atuação processual dos cidadãos, na medida em que passou a exigir, para que se ajuízem demandas, “qualidades especiais” do autor, como “prestígio”, “credibilidade” e “capacidade” – tudo sob a notória influência do tradicional modelo norte-americano das *class actions*.

De qualquer forma, mesmo que baseado na força ideológica da lei e no conceito falacioso de democracia formal, o afastamento dos indivíduos do discurso jurídico não poderá subsistir, sem que resulte em uma imensa desconfiança da sociedade em relação ao sistema de Justiça – o que acarreta extremo risco à estabilidade do corpo social. Aliás, se o nível geral de credibilidade da magistratura, historicamente, é reconhecido como baixo, mais ainda tende a ser com o progresso cultural dos cidadãos. É natural, portanto, que se pressione a criação (como já vem acontecendo) de uma maior abertura no espaço discursivo do Direito, notadamente no âmbito dos processos de natureza difusa.

A respeito lembra-se quão atual e crescente é o interesse sobre o tema quando se voltam os olhos para as hodiernas celeumas hermenêuticas em torno da possibilidade (ou da impossibilidade) de encontrar-se uma resposta correta para os casos judiciais (especialmente para os chamados casos difíceis, “hard-cases”). Nessa seara, e mais notadamente quando se fala de processos de natureza difusa, concentram-se discussões sobre admitir-se (ou não) que sentenças judiciais sejam investidas de fundamentos políticos, emergindo daí inúmeras perguntas. Afinal, a quem cabe, em última instância interpretar o direito? É cabível, ainda hoje, falar-se em *mens legis* e *mens legislatoris*? Existem vínculos entre a moral e o direito? Se existem, como a moral pode influenciar o campo jurídico? Quem participa desse diálogo, inspirando os valores políticos e morais que devem orientar a interpretação normativa, mormente quando se trata de ações de natureza coletiva, cujos efeitos atingem todo o corpo social? É admissível que, num Estado Democrático de Direito, o juiz, ante lacunas legais, e arrimando-se em fundamentos argumentativos, venha a aplicar a sua moral pessoal? E, finalmente, o conceito (ou a revisão do conceito) de legitimidade

processual pode implicar alguma alteração no direcionamento das sentenças, legitimando-as à luz do princípio democrático?

Essas são problemáticas que se buscam discutir ao longo do presente trabalho, as quais sempre terão como pivô a análise do conceito de legitimidade processual em demandas de natureza difusa.

## **1.2 Motivação da pesquisa e apresentação de casos: em busca de uma problematização**

É bom que toda caminhada intelectual tenha início com um primeiro passo bastante firme, o qual é de extrema importância, porque será o responsável por marcar o ritmo e a disposição da pesquisa, oxigenando o investigador e impulsionando-o a, incansavelmente, buscar conclusões edificantes, as quais, muitas vezes, são elaboradas ao longo de anos.

No presente caso, considera-se que, para o leitor, a compreensão do impulso original desta investigação levá-lo-á, mais facilmente, a acompanhar o raciocínio a ser empreendido, ensejando-lhe uma participação mental mais ativa na exposição dos tópicos.

Pois bem, a motivação para o estudo deu-se há cerca de dezessete anos, quando os promotores de justiça do Estado do Maranhão foram convocados para participar de um fórum permanente de debate. O objetivo da assembléia consistia em se discutirem propostas destinadas à implementação de ações do Ministério Público local<sup>5</sup>, cujos resultados se fizessem sentir mediante um real aprimoramento nos níveis de cidadania do povo maranhense.

Aqui, importa dizer que, nessa época, crescia uma indignação pessoal acerca das constantes dificuldades que os brasileiros em geral tinham (e, apesar de alguns progressos recentes, continuam tendo) quanto ao acesso a documentos públicos alusivos a dispêndios do erário. Aliás, poucos meses antes da assembléia referida com os promotores de justiça, este autor assistira a uma audiência pública em uma cidade do interior do estado, quando veio a saber que haviam sido negadas vistas de documentos públicos de uma prefeitura, inclusive a um vereador municipal. Ou seja, nem mesmo a uma autoridade

<sup>5</sup> Releva notar que a Constituição Federal do Brasil dispõe: Art. 128. O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – os Ministérios Públicos dos Estados. No caso, refere-se ao Ministério Público do Estado do Maranhão, do qual faz parte o presente investigador (Brasil, 1988:43).

eleita pelo povo para fiscalizar o Executivo estava sendo assegurado o exame de documentos como notas fiscais, procedimentos licitatórios, contratos administrativos e folhas de pagamento, apesar de, ao menos em termos formais, o Brasil ser um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, motivado pela indignação, apresentou-se um projeto que tinha como finalidades: a) desenvolver uma cultura de transparência na Administração Pública; b) capacitar os cidadãos, notadamente aqueles que têm menor nível educacional, para o exame de documentos públicos e para fazerem representações formais arrimadas em fatos ilícitos de que tivessem notícia; e c) manter uma parceria entre o Ministério Público e o Tribunal de Contas, de modo a assegurar-se a realização de um programa permanente e de natureza interinstitucional.

Para se compreender bem quão relevante se apresenta organizar-se um programa fundado na parceria mencionada, suficiente foi lembrar aos colegas promotores de justiça algumas atribuições pertinentes ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas brasileiros, notadamente aquelas insertas nos artigos 70, 71, 75, 127 e 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ora, mesmo a partir da análise superficial dos dispositivos legais expostos, fica claro que: a) de um lado, incumbe ao Ministério Público brasileiro (dentre outras atribuições) a defesa do erário, mediante o oferecimento de ações judiciais que visem impedir ou reparar o dano causado, assim como condenar os agentes públicos e os terceiros que tenham sido responsáveis pelos prejuízos apurados; e b) de outro, os Tribunais de Contas (da União, dos Estados e do Distrito Federal), ao tempo em que possuem grandes e qualificados corpos de servidores técnicos, emergem como genuínos depositários de um sem-número de relevantes documentos públicos.

Se é assim, resta evidente que uma parceria mais estreita entre as supracitadas instituições implicaria maiores fundamentos técnicos e jurídicos para as ações judiciais do Ministério Público, especialmente se tal parceria fosse acompanhada de qualificação de cidadãos comuns, que endereçariam suas notícias de irregularidades continuamente, tanto ao *Parquet* como ao Tribunal de Contas.

Em suma, a proposta apresentada tinha por escopo tanto incrementar o número de ações de responsabilização de maus gestores (e de terceiros) como aumentar o nível de cidadania e de participação popular na fiscalização do patrimônio público.

Certamente, por essas razões é que, de fato, foi aprovada a ideia com amplo apoio, dando-se início ao referido programa interinstitucional, que re-

cebeu a denominação (autoexplicativa) de Programa Contas na Mão, a fim de enfatizar a imprescindibilidade do real e qualificado acesso de documentos públicos por parte dos cidadãos como um todo.

Acontece que, logo nas primeiras reuniões com os auditores da Corte de Contas do Estado do Maranhão, estes apresentaram um problema de extrema gravidade para o interesse público. É que, segundo os aludidos técnicos, apesar de o Tribunal de Contas local vir, repetidamente, condenando gestores públicos ímprobos ao pagamento de multas e de imputações de débito que atingiam cifra de dezenas de milhões de reais por ano, a procuradoria do Estado não se dignava em promover uma única execução. Ou seja, todo o trabalho dos inúmeros técnicos mostrava-se em vão ante a inércia dos advogados do Estado, que não promoviam as ações destinadas à constrição de bens dos devedores, para o pagamento dos títulos condenatórios advindos do Tribunal de Contas.

Explicando melhor:

- A celeuma sobre a execução dos títulos executivos decorrentes das condenações de gestores ímprobos pelos Tribunais de Contas tem raízes na atual Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988. É que, como visto, a Carta Magna previu a existência de corte de contas, cuja finalidade precípua consiste em auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública.

Diante disso, há uma corte de contas que integra a estrutura federal (Tribunal de Contas de União) e uma no Distrito Federal e em cada um dos Estados (Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Estados)<sup>6</sup>.

Apesar da nomenclatura que levam, os tribunais de contas brasileiros não compõem a estrutura do Judiciário e possuem relativa autonomia orçamentária e administrativa. Trata-se, em verdade, de órgãos de natureza técnico-administrativa.

Pois bem, a tais órgãos coube, também, o poder de julgar contas de administradores e de demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos.

---

<sup>6</sup> A previsão dos órgãos estaduais encontra-se no art. 75, da Constituição Federal: "As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que coube, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros" (Brasil, 1988:30).

Logo, as<sup>7</sup> decisões proferidas pelas cortes, quando condenatórias, resultam em multas (de natureza punitiva) e/ou em imputações de débito (as quais possuem natureza de ressarcimento) e têm eficácia de título executivo, nos termos do art. 71, §3º, da CF.

O problema é que, não obstante as referidas cortes, com base em regras de direito material, venham condenando gestores públicos ao pagamento de milhões de reais, esses títulos executivos, na quase totalidade, não têm sido executados. De fato, os cidadãos brasileiros têm acompanhado, há anos, notícias de condenações de gestores; contudo, na prática, a punição dos agentes ímprobos e o ressarcimento ao erário dificilmente acontecia. Tal imbróglio surge porque o Judiciário brasileiro, durante anos, vinha (e vem) entendendo que a execução dos títulos oriundos das cortes de contas somente deveria ser feito por órgãos específicos, quais sejam, as procuradorias dos respectivos entes, cujos cofres públicos foram lesados. Assim, por tal raciocínio, se a condenação por imputação de débito foi aplicada ao ex-governador de São Paulo, caberá à Procuradoria deste Estado (e somente a ela) executar o título. Se a condenação foi de um Prefeito do município de São Luís ou de Teresina, às correspondentes procuradorias é que incumbirá fazê-lo<sup>8</sup>.

Ora, o Chefe da Procuradoria do Estado é nomeado pelo próprio governador, o mesmo acontecendo no âmbito federal, onde o Chefe da Advocacia-Geral da União é nomeado pelo Presidente da República. Aliás, quanto aos menores municípios brasileiros, o quadro é ainda mais grave, porque não existe sequer uma Procuradoria organizada, de modo que a nomeação pelo alcaide é ainda mais livre.

Diante de tal estrutura, é fácil perceber que mui raramente um órgão politicamente comprometido dará início a uma execução de milhões de reais em desfavor do Chefe do Executivo. A propósito, lembre-se de que, mesmo no tocante a ex-Presidentes da República, a ex-Governadores ou a ex-Prefeitos, a inércia das procuradorias continua a mesma. É que se tem mantido um pacto silencioso e escuso de omissão. O atual gestor não autoriza demanda contra o seu antecessor (ainda que seja adversário político), para que este não faça o mesmo, caso reassuma a Chefia do Executivo em eleição vindoura.

<sup>7</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: §3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (Brasil, 1988:31).

<sup>8</sup> São Luís e Teresina são capitais, respectivamente, dos Estados Federados Maranhão e Piauí.

Em síntese, era esse o quadro descritivo apresentado pelos auditores do Tribunal de Contas do Maranhão. Ademais, a saída proposta seria que, ante a recalitrância omissiva das procuradorias do estado, o próprio Ministério Público (a quem incumbe a defesa dos direitos difusos e do patrimônio público) desse início à demanda, promovendo as execuções civis correspondentes.

O obstáculo maior para a solução apresentada (quer dizer: aceitar-se a legitimidade processual subsidiária do Ministério Público no caso de omissão dos advogados do estado) encontrava-se (e até hoje se encontra) na interpretação que se têm dado a um dispositivo inserto no art. 129, da Constituição Federal.

Diz ele:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.<sup>9</sup>

Para muitos, a vedação constante ao fim do inciso IX, do art. 129, do Texto Constitucional impediria que o Ministério Público executasse as multas e as imputações de débito, porque, caso o fizesse, estaria realizando uma ilícita representação judicial de entidades públicas.

Por outro lado, há quem sustentasse (e continue a sustentar) que a regra transcrita em nada impediria a atuação ministerial, haja vista que a execução dos títulos dos tribunais de contas implicaria, num pedestal de maior relevância, a defesa do patrimônio público e, conseqüentemente, a proteção dos interesses públicos primários (do povo) – valor bem superior à mera defesa do interesse público secundário (estatal). Logo, sempre que houvesse “falhas no sistema ordinário de representação”, seria aceitável que o Ministério Público assumisse o papel de dar início à demanda executiva dos títulos.

O lamentável é que as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal são pela exclusão da legitimidade processual subsidiária do Ministério Público, o que, na realidade, torna ainda mais relevante o tema discutido na presente investigação.

A respeito, apenas para ilustrar quão acalorado tem sido o debate sobre o tema, válido transcrever-se um acórdão recente do Superior Tribunal de Justi-

---

<sup>9</sup> (Brasil, 1988:43).

ça (publicada em 1º de outubro de 2013), mediante o qual o Ministro Humberto Martins expõe as diversas teses em favor e contra a legitimidade subsidiária do Parquet:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 1.391.053-MA (2013/0198693-0) Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. Agravado: LUIZ GONZAGA MUNIZ FORTES FILHO. Advogado: sem representação nos autos. EMENTA. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO FORMADO POR CORTE DE CONTAS ESTADUAL. EXECUÇÃO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO. Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO contra decisão monocrática da minha relatoria que não conheceu do recurso especial interposto pelo ora agravante. O acórdão recorrido, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, está assim ementado (fl. 64, e-STJ): “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL DE EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA. I – O Ministério Público Estadual conforme precedente do STF não possui legitimidade para executar as decisões do Tribunal de Contas que impõem responsabilização de gestor público ao pagamento por multa por desaprovação das contas.” A decisão da minha lavra que não conheceu do recurso especial da agravante traz esta ementa (fl. 203, e-STJ): “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO FORMADO POR CORTE DE CONTAS ESTADUAL. EXECUÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. ENTENDIMENTO DO STF. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.”. Nas razões deste agravo regimental, o agravante pede, em juízo de retratação, seja provido o recurso especial, haja vista que o débito executado constitui patrimônio público, razão pela qual, havendo interesse da coletividade, o Parquet teria legitimidade para cobrá-lo (fls. 215/222), e-STJ). Pugna para que seja reformada a decisão agravada ou apreciado este agravo pelo Colegiado. É, no essencial, o relatório. Assiste razão ao agravante. Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se o Ministério Público possui legitimidade ad causam para executar títulos formados por Tribunal de Contas de Estado. Com efeito, o entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para promover execução de título executivo extrajudicial oriundo de

decisão de Corte de Contas, ainda que em caráter excepcional, com vistas ao ressarcimento do erário. Ocorre que atribuir à Fazenda Pública, por meio de suas procuradorias judiciais, exclusividade na defesa do patrimônio, é interpretação restritiva que contraria a ampliação do campo de atuação que a Carta Magna confere ao Ministério Público, porquanto acarretaria à proteção deficiente do bem jurídico tutelado. A propósito, os seguintes precedentes: “PROCESSUAL CIVIL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE PARA PROMOVER EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL ORIUNDO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL – CONCEITO DE PATRIMÔNIO PÚBLICO QUE NÃO COMPORTA SUBDIVISÃO APTA A ATRIBUIR EXCLUSIVAMENTE À FAZENDA PÚBLICA A LEGITIMIDADE PAREA PROMOVER A EXECUÇÃO. 1. No caso concreto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entendeu ser indevido o aumento salarial concedido ao vereador – ora recorrido. 2. O Tribunal de origem, após subdividir o conceito de patrimônio público em patrimônio público-privado do povo, entendeu que o direito tratado no caso é meramente patrimonial público, cujo exclusivo titular é a Fazenda Municipal. Segundo a decisão recorrida, em tais condições, não tem o Ministério Público legitimidade processual para promover ação civil pública de caráter executório já que a legitimidade exclusiva seria da Fazenda Pública Municipal. 3. A subdivisão adotada pela Corte de origem é descabida. Não existe essa ordem de classificação. O Estado não se autogera, não se autocria, ele é formado pela união das forças e recursos da sociedade. Desse modo, o capital utilizado pelo ente público com despesas correntes, entre elas a remuneração de seus agentes políticos, não pode ser considerado patrimônio da pessoa política de direito público, como se ela o houvesse produzido. 4. Estes recursos constituem-se, na verdade, patrimônio público, do cidadão que, com sua força de trabalho, produz a riqueza sobre a qual incide a tributação ao Estado para o atendimento dos interesses públicos primários e secundários. 5. A Constituição Federal, ao proibir ao Ministério Público o exercício da advocacia pública, o fez com a finalidade de que o Parquet melhor pudesse desempenhar as suas funções institucionais – dentre as quais, a própria Carta Federal, no art. 129, III, elenca a defesa do patrimônio público – sem se preocupar com o interesse público secundário, que ficaria a cargo das procuradorias judiciais do ente público. 6. Por esse motivo, na defesa do patrimônio público meramente econômico, o Ministério Público não poderá ser o legitimado ordinário, nem representante ou advogado da Fazenda Pública. Todavia, quando o sistema da legitimação ordinária falhar, surge a possibilidade do parquet, na defesa eminentemente do patrimônio pú-

blico, e não da Fazenda Pública, atuar como legitimado extraordinário. 7. Conferir à Fazenda Pública, por meio de suas procuradorias judiciais, a exclusividade na defesa do patrimônio público, é interpretação restritiva que vai de encontro à ampliação do campo de atuação conferido pela Constituição ao Ministério Público, bem como leva a uma proteção deficiente do bem jurídico tutelado. 8. Por isso é que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária para promover ação de execução do título formado pela decisão do Tribunal de Contas do Estado, com vistas a ressarcir o erário o dano causado pelo recebimento de valor a maior do recorrido. (Precedentes: REsp 922.702/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28.4.2009, DJe 27.5.2009; Resp 996.031/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 11.3.2008, DJe 28.4.2008; REsp 678.969/PB, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 13.2.2006; REsp 149.832/MG, Rel. Min. José Delgado, publicado em 15.2.2000). Recurso especial provido.” (REsp 1.119.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 26.8.2009, DJe 4.9.2009.). “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTIDÃO DE DÉBITO. TRIBUNAL DE CONTAS. MINISTÉRIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o Ministério Público possui legitimidade extraordinária para, na defesa do patrimônio público, promover a execução de título executivo extrajudicial emanado do Tribunal de Contas Estadual, com o fim de ressarcir ao erário. 2. Recurso especial provido.” (REsp 1.333.716/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.8.2013, DJe 22.8.2013). “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO FORMADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA. 1. O Ministério Público possui legitimidade extraordinária para promover ação de execução de título formado por decisão do Tribunal de Contas do Estado, com vista a ressarcir o Erário. 2. Recurso Especial provido.” REsp nº 1.346.770/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 19.12.2012.) “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ORIUNDO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A EXECUÇÃO. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. O Ministério Público tem legitimidade extraordinária para, na defesa do patrimônio público, promover a execução de título extrajudicial da lavra de Tribunal de Contas Estadual, para restituição de verbas remuneratórias recebidas a maior

por agente público. Precedentes da Primeira Seção. 2. Recurso especial provido.” (REsp 1.133.185/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18.10.2011, DJe 3.11.2011.). Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para, reconsiderando a decisão de fls. 203/205 (e-STJ), prover o recurso especial do Ministério Público do Estado do Maranhão, nos termos do art. 557, §1º-A, do CPC, a fim de declarar a legitimidade do Parquet para a execução de título emanado da Corte de Contas do Estado do Maranhão. Publique-se. Intimem-se. Brasília(DF), 27 de setembro de 2013. Ministro HUMBERTO MARTINS-Relator<sup>10</sup>.

O certo é que, tendo compreendido, ainda em 2003, a dimensão do debate em torno da legitimidade processual subsidiária do Ministério Público, para fim de promover execuções de multas e de imputações de débito fundadas títulos condenatórios dos tribunais de contas, foi automático, já então, o despertar, neste autor, do impulso para a presente investigação.

A partir daí, passou-se a perceber, com mais detalhes, que as problemáticas envolvendo a legitimidade em ações de interessados difusos ocorriam (e ocorrem) em diversas outras situações no direito brasileiro, tal como se verá na exposição de alguns exemplos colhidos e expostos a seguir:

- **Exemplo 01** – Restrições na execução de multas penais.

É sabido que, quanto mais se compreende o direito penal como *ultima ratio*, mais as penas privativas de liberdade são aplicadas excepcionalmente. Nesse diapasão, crescem em importância as multas, como sanções aplicadas de maneira cumulativa ou autônoma.

O problema no Brasil surgia, até muito recentemente, quando o réu não pagava, voluntariamente, o valor a que ficou obrigado.

Nesses casos, a jurisprudência dominante estabelecia que a cobrança da multa fosse feita mediante processo executivo promovido pela Procuradoria da Fazenda Nacional, com base no art. 51 do Código Penal, cuja redação fora alterada ainda em 1996 pela lei federal n. 9.268, passando a dispor o seguinte:

Art. 51 do Código Penal. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-

---

<sup>10</sup> (Brasil, 2013:1).

-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.<sup>11</sup>

Ora, a situação era gravíssima, porque, por força da Lei Federal nº 11.033/2004, a Procuradoria da Fazenda somente executaria, na prática, dívida ativa em valor superior a R\$10.000,00 (dez mil reais). Isso porque tal lei havia alterado o art. 20 da lei 10.522/2002, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).<sup>12</sup>

Isto quer dizer que, se um réu fosse condenado à multa no valor de até R\$10.000,00 (dez mil reais), nenhuma providência efetiva daí decorreria. Toda a sociedade e os demais órgãos assistiriam à inadimplência permanente, não podendo atuar, porque existia expressa impossibilidade imposta por regra de direito processual.

Daí advém dois tipos de prejuízo sociais, quais sejam:

- 1º) Inúmeras verbas que, em tese, poderiam beneficiar a sociedade, jamais atingiam seus fins.

Para se ratificar a assertiva, basta lembrar-se de que o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei-complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994, tem indiscutível interesse social, haja vista que seus recursos devem ser aplicados em: I – construção reforma ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; II – manutenção dos serviços penitenciários; III – formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; IV – aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; V – implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do

<sup>11</sup> (Brasil, 2009:40).

<sup>12</sup> (Brasil, 2004:1).

internado; VI – formação educacional e cultural do preso e do internado; VII – elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos; VIII – programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; IX – programa de assistência às vítimas de crime; X- programa de assistência aos dependentes de presos e internados; XI – participação de representante oficial em eventos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil e no exterior; XII – publicações em programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; XIII – custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos; XIV – manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica (v. art. 3º da referida lei complementar, com redação da Lei Complementar nº 119, de 19 de outubro de 2005).

- 2º) A multa penal, mecanismo punitivo da *ultima ratio*, quedava-se inútil (ou ao menos bem fragilizada), haja vista que os fins da sanção, amiúde, não seriam alcançados. Aliás, a ideia de pena como prevenção geral contra novos ilícitos caía em enorme descrédito, contribuindo, obviamente, para a instabilidade do próprio sistema de justiça.

É verdade que a lei 13.874/2019 alterou novamente o art. 20 da lei 10.522/2002; contudo, a modificação de texto não foi ontológica, haja vista que permaneceu a possibilidade de arquivamentos das execuções fiscais quando o valor consolidado da dívida fosse igual ou inferior ao fixado em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. *In verbis*:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, por meio de requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos em dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Felizmente, nesse caso específico de execução de multas penais, parece ter havido um alvissareiro desfecho. É que, ainda em 2004, o Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles ofereceu a Ação Direta de Inconstitucionalidade

n. 3150-DF, por meio da qual preconizava que a redação do art. 51 do Código Penal não havia alterado a natureza das multas penais. Apontou, então, que, se a pena de multa fosse considerada mero crédito fazendário, sua cobrança terminaria por atingir bens de herdeiros do apenado, violando-se o disposto no art. 5º, XLV da Constituição Federal, segundo o que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Além disso, entregar a execução de tais multas às advocacias públicas implicaria confusão de atribuições e de competências.

Em dezembro de 2018, finalmente, chegou-se à conclusão do julgamento da supracitada ADIN, quando se fez interpretação conforme, chegando-se ao seguinte entendimento: I) a lei 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou o caráter de sanção punitivo-criminal que lhe é inerente; II) em consequência, a legitimidade prioritária para a execução de tais multas é do Ministério Público perante as Varas de Execução Penal (e, não, da Fazenda Pública); III) de qualquer forma, por se tratar de multa de valor, ela deveria ser cobrada subsidiariamente pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não tivesse iniciado a execução em noventa dias.

Pois bem, ao tempo em que se celebra o posicionamento mais vanguardista do STF no caso da ADIN mencionada, percebe-se uma incoerência da Corte ao tratar de duas realidades muito similares. Com efeito, por um lado, o Supremo vem excluindo a possibilidade de o Ministério Público agir subsidiariamente às procuradorias em casos de execução de multas e de imputações de débitos fixados por Cortes de Contas; por outro lado, todavia, reconheceu a legitimidade subsidiária das Procuradorias da Fazenda para agirem quando o *Parquet* não providenciar a execução das multas penais.

Aliás, a contradição evidencia um tratamento muito mais brando em relação aos títulos advindos dos Tribunais de Contas, justamente aqueles que podem atingir mais facilmente políticos e gestores públicos. Isso porque, em tais situações, caso haja omissão das procuradorias, o Ministério Público fica impedido de atuar na busca de ressarcimento ao erário.

Parece claro, destarte, o contrassenso, como se a legitimidade processual subsidiária em demandas de interesse difuso pudesse ser aplicada ao “sabor dos ventos”.

De qualquer forma, não se pode olvidar de que o Pacote Anticrime, aprovado pela lei 13.964/2019, terminou promovendo nova mudança na redação do art. 51 do Código Penal. Desta forma, o texto do dispositivo passou a ser o seguinte:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em síntese, a partir de agora, nos termos de lei expressa, a competência para a execução de multas criminais passou a, efetivamente, ser do juízo da execução penal. De qualquer forma, observe-se que a alteração não fez referência à possibilidade de as procuradorias públicas atuarem subsidiariamente, em caso de omissão ou de mora do *Parquet*, tal como entendera adequadamente o STF no bojo da ADIN 3150-DF. Logo, não se reputam descaratadas, ao menos no plano teórico, possibilidades de novas celeumas sobre uma legitimidade subsidiária da Fazenda, no caso de omissão ou mora por parte do Ministério Público.

- **Exemplo 02** – Execução de dívidas ativas tributárias.

Ainda no campo da execução, há o fato de que, perante qualquer eventual tributo não-pago (segundo o entendimento na atualidade), somente se poderá compelir o seu adimplemento através de cobrança pela procuradoria respectiva (das Fazendas Nacional, Estadual ou Municipal).

Desta forma, para que a inadimplência de grandes sonegadores fiscais perdure (com inestimável prejuízo social), é suficiente que as Chefias das procuradorias permaneçam inertes. Para tanto, considerando o forte vínculo entre o poder econômico e o poder político, não é difícil perceber-se que muitos dos principais financiadores de campanhas eleitorais poderão não ser atingidos por um processo executivo dessa natureza.

Sobre essa imbricação perniciosa no campo tributário, não são raros os exemplos de governos que, “fechando os olhos” para as determinações constitucionais e legais, criam isenções fiscais ou renúncias de receitas em benefício de grandes grupos econômicos. Aliás, o mais interessante é que, quando o fazem, eventuais advogados públicos (integrantes das procuradorias) podem agir de duas maneiras igualmente prejudiciais: a um, deixam de tomar qualquer providência destinada a anular os atos lesivos ao patrimônio público; a duas, quando existem ações anulatórias dos atos ilícitos praticados pelos go-

vernantes, as mesmas procuradorias podem ser chamada a defender o próprio ato ignominioso.

- **Exemplo 03** – Impugnação do projeto e da lei orçamentária que não teve participação popular.

Não é somente quanto à execução de multas e de imputações de débito que se tem verificado o impedimento de o cidadão atuar em demandas de interesse coletivo. Tal também ocorre no que tange a ações cognitivas.

Um exemplo marcante alude à importante questão de planejamento público: a elaboração do orçamento.

Nas últimas décadas, o ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere a normas de direito material, tem avançado em termos de orçamento-democrático. O artigo 48, da Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), bem como os artigos 4º, III, f e 44 da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) são prova incontestante desse progresso.

Da Transparência da Gestão Fiscal (Lei Complementar Federal nº 101/2000).

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.<sup>13</sup>

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido

<sup>13</sup> (Brasil, 2000:1).

pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).<sup>14</sup>

Art. 4º. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

III – planejamento municipal, em especial:

[...]

f) gestão orçamentária participativa;

Art. 44 (da Lei nº 10.257/2001).No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.<sup>15</sup>

Como se verifica, o direito material assegurou que os cidadãos participem, por meio de debates, de audiências e de consultas públicas, da elaboração e aprovação das leis orçamentárias em todo o país. Aliás, evidenciou que o descumprimento de tais normas implicaria nulidade da lei.

Apesar disso, observa-se que esses dispositivos têm sido desobedecidos pela quase totalidade dos gestores públicos, enquanto os cidadãos se vêem impossibilitados de agir judicialmente.

Esclareça-se:

- Até hoje, permanece firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil no sentido de que, em regra, a impugnação de uma lei apenas pode ser feita após a conclusão do processo legislativo. A única exceção se daria quanto a impugnações formuladas por parlamentares.

A Corte Suprema admite a exceção referida apenas por considerar que o parlamentar tem direito subjetivo a participar de um processo legislativo conforme os ditames constitucionais. Desta forma, sempre que, por exemplo, um deputado ou um senador apontarem vício no trâmite de formação da lei, podem eles impetrar mandado de segurança para corrigir a trilha do processo legislativo.

Um caso interessante ocorreu no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.041-DF (relator Ministro Nelson Jobim, 29-08-2001 – v. informativo 239

<sup>14</sup> (Brasil, 2009:1).

<sup>15</sup> (Brasil, 2001:1).

do STF). Na oportunidade, um deputado federal impetrou a ação com o objetivo de cassar uma convocação para uma sessão conjunta do Congresso Nacional (reunindo as duas Casas Legislativas: Câmara dos Deputados e Senado Federal). O parlamentar sustentava que havia irregularidade na convocação feita pelo vice-presidente do Senado Federal (ante a licença do presidente da Casa por sessenta dias), haja vista que, na espécie, por força do art. 57,§5º, da Constituição brasileira, caberia ao vice-presidente da Câmara dos Deputados fazê-lo.

Na oportunidade, o STF conheceu do mandado de segurança, reconhecendo a legitimidade do deputado federal para sua impetração, por considerar que este tinha o “direito líquido e certo” a participar de um processo legislativo conforme o texto constitucional. Além disso, no mérito, cassou tal como pedido, a convocação feita pelo vice-presidente do Senado.

#### Parlamentar: Legitimidade Ativa para MS

Os membros do Congresso Nacional têm legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com o objetivo de ver observado o devido processo legislativo constitucional. Com esse entendimento, o Tribunal, reconhecendo o direito público subjetivo de deputado federal à correta observância das regras da Constituição, conheceu de mandado de segurança por ele impetrado mediante o qual se impugnava a convocação de sessão do Congresso Nacional pelo 1º Vice-Presidente do Senado Federal, ante a licença do Presidente por 60 dias. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, que entendiam inexistir em tese direito público subjetivo do impetrante. Precedente citado: MS 22.503-DF (DJU de 6.6.97) (MS nº 24.041-DF, rel. Min. Nelson Jobim, 29.8.2001.(MS-24041)).

#### Substituição do Presidente do Congresso:

Prosseguindo no exame do mérito do mandado de segurança acima mencionado, o Tribunal, por unanimidade, decidiu que, nas hipóteses de ausência eventual ou afastamento por licença do Presidente do Senado Federal, cabe ao 1º Vice-Presidente da Mesa do Congresso Nacional convocar e presidir a sessão conjunta do Congresso Nacional. Com esse entendimento, o Tribunal deferiu o mandado de segurança para cassar a convocação do Congresso Nacional para sessão conjunta, feita pelo 1º Vice-Presidente do Senado Federal, na condição de Presidente Interino do Senado Federal. Considerou-se que a Mesa do Congresso Na-

cional, criada pela CF/88, é distinta das Mesas da Câmara e do Senado, de modo que o Presidente interino do Senado Federal não pode presidir as sessões do Congresso Nacional, pois sequer é integrante da Mesa do Congresso Nacional, devendo a substituição ser feita pelos membros desta, nos termos do art. 57, § 5º, da CF (“A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.”). Afastou-se a tese defendida no parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido de que o substituto do Presidente do Senado Federal exerceria em toda sua plenitude as competências do substituído, nelas se incluindo a Presidência do Congresso Nacional (MS nº 24.041-DF, rel. Min. Nelson Jobim, 29.8.2001) (MS-24041).<sup>16</sup>

Se, por um lado, esse tem sido o posicionamento do STF quanto a impugnações feitas por parlamentares, por outro, a Corte tem vedado qualquer possibilidade de terceiros buscarem demandas semelhantes, para barrarem o processo legislativo irregular. De fato, conforme o tribunal, a admissão de ações por terceiros alegadamente destinatários da futura lei implicaria, na prática, conferir indevida legitimidade ativa para controle abstrato de constitucionalidade não previsto no texto da Carta Política.

A respeito, também, válido conferir-se o acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 22487-DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello (Julgamento: 01/08/2001; publicação: DJ: 14/08/2001. Partes: Miro Teixeira e outro x Presidente da Câmara dos Deputados).

A partir de tal entendimento da Suprema Corte brasileira, há de se questionar: como um cidadão (ou cidadãos), testemunhando que uma lei orçamentária de seu município esteja sendo aprovada sem a mínima participação democrática, poderia exigir o cumprimento dos artigos do Estatuto das Cidades (Lei Federal nº 10.257/2001)?

Ora, já se viu que o supracitado estatuto exige que o planejamento municipal seja feito mediante *gestão orçamentária participativa* (4º,III), assim se entendendo aquela que inclua: “a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”.

---

<sup>16</sup> (Brasil, 2001:1).

Além disso, como exigência destinada a todos os entes federativos brasileiros (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000, com redação dada pela Lei Complementar nº 131/2009) determina que a transparência será assegurada (dentre outras medidas), pelo “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

Se é assim, repita-se: que remédio processual pode o cidadão adotar, para o fim de impedir a aprovação de leis orçamentárias antidemocráticas?

A situação, à luz do entendimento atual da Suprema Corte brasileira ainda é mais complicada porque o tribunal (pelo menos até o momento) tem restringido (mesmo para os parlamentares) as impugnações (via mandado de segurança) de processos legislativos que contrariem regras da Constituição Federal. Assim, como a exigência de audiências públicas, debates e consultas populares (para fins de aprovação de lei orçamentária) encontra-se, expressamente, apenas em leis infraconstitucionais, não poderia o Supremo Tribunal negar um mandado de segurança a um parlamentar?

Como resolver imbrólios dessa natureza? Afinal, em termos pragmáticos, pode-se dizer que os artigos referidos do Estatuto das Cidades e da Lei de Responsabilidade Fiscal são inócuos juridicamente?

Como se vê, pelo menos a partir do prisma atual, trata-se de mais um caso em que o direito processual inviabiliza aquilo que o direito material objetiva.

- **Exemplo 04** – Demandas eleitorais.

No campo do direito eleitoral, mais um exemplo interessante se apresentou como motivação para o presente estudo. É que, apesar de ser o ramo jurídico que mais deveria ser marcado pela democracia, observa-se um total desprezo pelo cidadão. Realmente, segundo robusto e pacífico entendimento da jurisprudência brasileira, não há uma única demanda judicial que possa ser oferecida pelo eleitor comum.

De fato, a lei processual autoriza somente a candidatos, a partidos políticos, a coligações partidárias e ao Ministério Público o oferecimento de ações eleitorais.

Aliás, mesmo quando a lei não restringe a participação expressamente, tratam os tribunais de fazê-lo, a partir de argumentos e de analogias evidentemente antidemocráticos.

O art. 14, §10, da Constituição Federal do Brasil tem a seguinte dicção:

Art. 14, §10. O mandado eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de Justiça, respondendo o autor, na forma de lei, se temerária ou de manifesta má-fé.<sup>17</sup>

Ora, não faltou, na doutrina, quem reconhecesse que a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) emergiu, no texto constitucional, como uma genuína ação popular de natureza eleitoral, de modo que qualquer cidadão estaria legitimado para oferecê-la, na busca de assegurar a lisura do pleito, sanando-o dos abusos do poder econômico, da corrupção ou da fraude.

Partindo-se da regra geral do processo segundo a qual para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade, forçoso será concluir que, no caso da ação de impugnação de mandato eletivo, serão partes legítimas para propô-la, em princípio, o Ministério Público, os candidatos (eleitos ou não), os partidos políticos, ou qualquer eleitor, sem prejuízo de outras pessoas físicas, ou entidades como associações de classe, sindicatos, cujo interesse seja devidamente manifestado e comprovado e, assim, aceito pelo juiz da ação.<sup>18</sup>

Contudo, as cortes judiciais em geral têm adotado uma compreensão restritiva, eliminando o cidadão-eleitorado polo ativo da ação de impugnação de mandato eletivo. Com efeito, tem-se, muitas vezes, feito uma analogia limitativa, para o fim de aplicar-se apenas o rol de legitimados previsto nos artigos 3º e 22 da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar Federal nº 64/90), os quais tratam, respectivamente, da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), não incluindo, portanto, o cidadão-eleitor.

<sup>17</sup> (Brasil, 1988:13).

<sup>18</sup> (Costa, 2004:178-179).

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (Vide Lei nº 9.504, de 1997).<sup>19</sup>

É verdade que expoentes da doutrina ripostaram, sustentando que os referidos entendimentos jurisprudenciais iriam contra a Constituição Federal, tal como se extrai do magistério de Adriano Soares Costa, que afirma que a exclusão do eleitor do rol de legitimidade para oferecer a AIME guarda o grave inconveniente de:

[...] mondar a legitimidade dos eleitores, sem qualquer fundamento outro que não a legitimação para agir da AIRC e da AIJE. Ora, ao assim proceder, findou por limitar onde a Constituição foi liberal, subtraindo dos eleitores o interesse difuso de impugnar os mandatos eletivos obtidos fraudulentamente. A argumentação no sentido de que essa amplitude não condiz com a dinâmica célere e específica do Direito Eleitoral, enfraquecendo os partidos políticos e possibilitando ações temerárias, políticas e sem fundamento consistente, é algo que deve ser exprobrado, pois assenta em dois pressupostos de natureza bem pouco democrática: (a) o eleitor, ao exercer sua soberania popular, participando da vida política do país, estaria enfraquecendo os partidos políticos; e (b) os partidos políticos, como principais envolvidos no processo eleitoral, não ingressariam com ações políticas ou temerárias, sendo esse um mal apenas do eleitor, que teria razões pessoais e passionais para tanto.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> (Brasil, 1990:1).

<sup>20</sup> (Costa, 2002:567).

Não obstante isso, no Tribunal Superior Eleitoral, tem predominado mesmo, e há muito, a tese restritiva, conforme se observa nos seguintes julgados:

[...] AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO PROPOSTA POR ELEITOR – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990 – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. Na ausência de regramento próprio, são legitimadas para a interposição de ação de impugnação de mandato eletivo as figuras relacionadas no art. 22 da Lei de Inelegibilidade [...] (Ac. TRES n° 20.432, de 8.3.2006, rel. Juiz Henry Petry Junior).<sup>21</sup>

[...] Ação de impugnação de mandato. Legitimidade ativa. [...] – Na ausência de regramento próprio, esta Corte assentou que, tratando-se de ação de impugnação de mandato eletivo, são “legitimadas para a causa as figuras elencadas no art. 22 da Lei de Inelegibilidade” (Ag n° 1.863-SE, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 7.4.2000) (Ac. TSE n. 21.218, de 26.8.2003, Rel. Min. Peçanha Martins).<sup>22</sup>

[...] Ação de impugnação de mandato eletivo por simples eleitor. Impossibilidade. Precedentes do TSE. Recurso improvido (Ac. TSE n° 498, de 25.10.2001, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)(Brasil, 2001:1).

[...] 1. Ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 11). Legitimidade ad causam (LC n° 64/1990, art. 22). Não têm legitimidade ad causam os apenas eleitores. Recurso conhecido e provido nesta parte. [...] (Ac. TSE n° 11.835, de 9.6.1994, Rel. Min. Torquato Jardim).<sup>23</sup>

O problema é maior porque, amiúde, os candidatos e os partidos incorrem no mesmo tipo de ilicitude, enquanto o Ministério Público vê-se assoberbado de atividades fiscalizadoras. Logo, é muito comum que aqueles optem por um pacto mútuo de omissão, enquanto este se encontra faticamente impossibilitado de agir. É o que acontece, corriqueiramente, com os abusos dos poderes político e econômico ao longo das campanhas eleitorais em todo o Brasil.

Então, ante o quadro apresentado, são naturais as seguintes indagações: I) a ação de impugnação de mandato eletivo deve comportar ou não o cidadão-eleitor no pólo ativo?; II) no caso de outras demandas eleitorais

<sup>21</sup> (Brasil, 2006:1).

<sup>22</sup> (Brasil, 2003:1).

<sup>23</sup> (Brasil, 1994:1).

em que haja restrição expressa por lei, estaria sempre impedido o eleitor de instaurar a ação, ou se poderia falar de uma legitimidade subsidiária em situações desse jaez?

Tendo-se expostos as motivações do trabalho, é hora de se buscarem respostas para as perguntas até então formuladas.

Entrementes, antes de qualquer coisa, importam percorrer-se um longo caminho para se atingirem conclusões satisfatórias, especialmente analisando-se as possíveis celemas de natureza sociológica, política e hermenêutica que envolve o conceito de legitimidade jurídico-processual em ações de natureza difusa à luz de um Estado Constitucional Democrático.

É esse o convite feito ao leitor, a quem se remete o exame dos itens e dos capítulos vindouros.

### **1.3 Dos primeiros impulsos pelo poder**

Tratar de direito é tratar de discurso, e tratar de discurso é tratar do homem em suas interações sociais, inclusive a partir de sua dimensão psíquica.

Ora, não há dúvidas de que a natureza é perfeita, haja vista que todas as suas leis, suas interações, seus modos de vida e seus ecossistemas interagem de maneira harmônica. Nada existe nela sem uma razão: da erva daninha ao espinho; do veneno ao vírus; do mineral ao vegetal; da presa ao predador – em tudo, espraia-se uma sabedoria para muito além de nossa modesta lógica.

A perfeição, contudo, não implica dizer que a natureza é obra acabada e, portanto, inerte. Ao revés, a sua inteligência é dinâmica, de modo que, amíúde, é do aparente caos que surgem as suas mais belas realizações, não sendo por outra razão que a ciência vem demonstrando que a entropia apresenta-se como um movimento espontâneo, pois que é justamente do choque, do embate, do caos que se fertilizam a mudança, a criatividade e o devir.

É em virtude desse impulso contínuo que a criação adotou duas forças contrapostas, para assegurar o progresso: de um lado, embutiu, em cada ser vivo, um instinto pela sobrevivência própria e de sua espécie; e, de outro, fez com que a luta pela vida de cada indivíduo fosse obstaculizada por um sem-número de desafios cotidianos. Assim, ao tempo em que busca a autopreservação, a criatura vê-se compelida a desenvolver habilidades, sob pena de perecer, sendo sucedida por uma espécie mais talentosa e mais capaz.

A propósito, foram tais conclusões que fundamentaram a Teoria da Seleção Natural de Charles Darwin, o qual assim se manifestou em sua célebre obra *A Origem das Espécies*:

De fato, e a toda evidência, quanto mais tempo um indivíduo mantém-se vivo, mais facilidade terá na transmissão de sua herança orgânica, assim como melhor protegerá os seus descendentes, de modo que a permanência no planeta dependerá da maior satisfação de suas necessidades.

Pois bem, embora verídico que todos os seres vivos possuem necessidades, somente o homem tem consciência das mesmas. Desta forma, comumente, planeja, calcula e elabora formas variadas (e requintadas) de satisfazê-las.

Outro aspecto a ressaltar é que, tendo autoconsciência, o ser humano detém uma plêiade bem mais ampla de desejos. Assim, enquanto os vegetais e os animais irracionais buscam somente as satisfações fisiológicas e/ou de segurança, o *homo sapiens* almeja, também, a saciar suas necessidades afetivas, intelectuais e sociais.

No campo da psicologia, muito já se tem escrito sobre a importância das necessidades no comportamento. Nesse sentido, bastante conhecida é a Teoria da Hierarquia das Necessidades Humanas do psicólogo norte-americano Abraham H. Maslow, conhecida especialmente a partir de 1943, mediante um artigo científico denominado *A Theory of Human Motivation*.

Para Maslow, os indivíduos agem através de estímulos (endógenos ou exógenos) que atuam com força sobre ele, motivando condutas. Assim, para realizar-se como ser humano, faz-se mister que, ao longo da existência, satisfaçam-se necessidades em escala ascendente, desde a mais básica, até a mais complexa.

Com fulcro em tal entendimento, o psicólogo construiu uma ideia que pode ser imaginada como se fossem em uma pirâmide. Assim, preconiza que, inicialmente, o homem busca saciar as suas necessidades fisiológicas, aí abrangidas à fome, a sede, a excreção, o repouso e os impulsos sexuais. Desta forma, fica claro, por exemplo, que, para uma pessoa em estado crônico de fome, um mundo utópico seria aquele em que se visse saciada plenamente esta necessidade específica, manifestando tal indivíduo, pelo menos enquanto acometido pela inanição, um vilipêndio no que se refere às outras formas de necessidades humanas.

Another peculiar characteristic of the human organism when it is dominated by a certain need is that the whole philosophy of the future tends also to change. For our chronically and extremely

hungry man, Utopia can be defined very simply as a place where there is plenty of food. He tends to think that, if only he is guaranteed food for the rest of his life, he will be perfectly happy and will never want anything more. Life itself tends to be defined in terms of eating. Anything else will be defined as unimportant. Freedom, love, community feeling, respect, philosophy, may all be waved aside as fripperies which are useless since they fail to fill the stomach. Such a man may fairly be said to live by bread alone.<sup>24</sup>

Apesar do exposto – segue Maslow em seu magistério – logo que cumpridas tais exigências fisiológicas, o ser humano procura satisfazer o segundo grupo de necessidades – as de segurança – compreendendo-se a busca por abrigo, por refúgio; ou, numa acepção mais harmônica às sociedades modernas, a busca por emprego, por seguro de vida ou de saúde etc.

O psicólogo ainda chega a lembrar que as evidências das necessidades de segurança estão mais claras na fase infantil do indivíduo, porquanto as crianças (ao contrário dos adultos) ainda não teriam aprendido a ocultar suas fraquezas. Logo, torna-se perfeitamente mais compreensível o porquê de os meninos e de as meninas, notadamente na tenra infância, adaptarem-se tão bem a qualquer tipo de rotina. É que a reprodução diária e ordenada das atividades e o contato com pessoas conhecidas dá-lhes a maior sensação de conforto e de seguridade.

Num terceiro nível, diz Maslow, o ser humano persegue as *love needs*, quais sejam, as necessidades sociais consistentes na busca de afeto e de amor, que podem ser satisfeitas mediante o convívio sadio entre seus pares.

Lembra o professor que, se atendidos os anseios fisiológicos e de segurança, naturalmente, surgirão às buscas afetivas, quando o indivíduo passa a sentir, profundamente, a carência de amigos, de um parceiro ou de uma parceira (*sweetheart*), bem como de uma família. Aliás, não é demais lembrar que as desilusões nesse campo de necessidades é uma das causas mais comuns de desajustes psíquicos e de psicopatologias no mundo hodierno.

Num quarto patamar, encontrar-se-iam as necessidades de estima. Estas abrangeriam tanto o autorrespeito (*self-respect, self-esteem*), como o reconhecimento social de tais capacidades (*the esteem of others*). Daí por que também são chamadas de necessidades de *status* e subdividem-se em duas esferas, quais sejam: 1º) desejo de autoconfiança (*self-respect*); e 2º) o desejo de ter reputação ou prestígio (*respect or esteem from other people*).

<sup>24</sup> (Maslow, 1943:364).

Finalmente, concluindo o ciclo motivacional, haveria a necessidade de autorrealização (*self-actualization*). É que, segundo o Maslow, o indivíduo somente se compraz de maneira integral quando consegue desenvolver todo o seu potencial humano. Nesse nível, buscar-se-ia o contínuo autoprogresso, mediante atividades relativas à criatividade, à moralidade e à solidariedade. Em suma, o homem teria, como tendência atávica, o caminho para o progresso. A sua natureza impele-o a isso, como requisito para atingir a sua autorrealização (felicidade).

The need for self-actualization – even if all these needs are satisfied, we may still often (if not always) expect that a new discontent and restlessness will soon develop, unless the individual is doing what he is fitted for. A musician must make music, an artist must paint, a poet must write, if he is to be ultimately happy. What a man can be, he must be. This need we may call self-actualization. [...] This tendency might be phrased as the desire to become more and more what one is, to become everything that one is capable of becoming.<sup>25</sup>

Um exemplo emblemático sobre essa “escalada rumo ao topo da pirâmide de Maslow” verifica-se ter-se dado ainda com o primeiro homem bíblico (Adão), quando, após ter todos os almejos (de primeiro e de segundo níveis) atendidos, tratou de postular uma companheira para si (Eva), preenchendo-lhe a carência afetiva. Ademais, ainda insatisfeito, perseguiu o conhecimento, ousando experimentar o fruto da árvore proibida.

É claro que, como sói acontecer, tais ideias não ficaram imunes a censuras. Houve, por exemplo, quem criticasse as concepções em tela, apontando que, para um indivíduo satisfazer as suas necessidades, não seria imprescindível que todos os níveis básicos precedentes estivessem satisfeitos. Por exemplo, seria possível que, mesmo sem estarem plenamente realizadas suas necessidades fisiológicas, uma pessoa atingisse a autorrealização.

Ocorre que tais discordâncias não retiram o caráter pedagógico e esclarecedor da teoria mencionada, porque, em última instância, o que resta indiscutível é a procura contínua da felicidade, através do maior número possível de necessidades satisfeitas. Além disso, parece claro que o próprio Maslow já chegara a conclusões semelhantes, expressando que sua teoria tem como base o homem médio, admitindo, expressamente, exceções às regras.

<sup>25</sup> (Maslow, 1943:382-383).

We have spoken so far as this hierarchy were a fixed order but actually it is not nearly as rigid as we may have implied. It is true that most of the people with whom we have worked have seemed to have these basic needs in about the order that has been indicated. However, there have been a number of exceptions.

[...]

A more realistic description of the hierarchy would be in terms of decreasing percentages of satisfaction as we go up the hierarchy of prepotency. For instance, if I may assign, arbitrary figures for the sake of illustration, it is as if the average citizen is satisfied perhaps 85 per cent in his physiological needs, 70 per cent in his safety needs, 50 per cent in his love needs, 40 per cent in his self-esteem needs, and 10 per cent in his self-actualization needs.<sup>26</sup>

#### 1.4 As limitações humanas e as organizações sociais

O certo é que, diante do exposto, não se pode mesmo desconhecer que a busca pela satisfação das necessidades condiciona o comportamento, bem como a construção de todo o meio social. A propósito, foi com base nesses “impulsos motivacionais” que vários pensadores buscaram, abstratamente, reconstruir o caminho percorrido pelos indivíduos, desde a sua condição mais primitiva, até as hodiernas organizações.

Para se ratificar a assertiva, basta lembrar-se de que a ideia do “estado natural” do homem (conceito ideológico-discursivo próprio do iluminismo, com raízes no direito natural e fundado em prol dos interesses burgueses pré-revolucionários) já foi referida por vários filósofos, que buscaram explicar o nascedouro das organizações humanas.

A bem da verdade lembre-se de que a expressão “estado natural” foi utilizada inicialmente por John Locke; contudo, foi com Jean Jacques Rousseau que ela se aprofundou e infiltrou-se na teoria política. Rousseau, então, apresentou, inclusive, uma compreensão diversa da aristotélica (segundo a qual “aquele que for incapaz de viver em sociedade, ou que não tiver necessidade disso por ser autossuficiente, será uma besta ou um deus”<sup>27</sup>).

Em seu Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, o filósofo francês sustenta que, no seu estado bruto, o homem

<sup>26</sup> *Ob. Cit.* p. 386,388-389.

<sup>27</sup> (Aristóteles, 2004:147).

não era um ser social. Nesse aspecto, distancia-se, também, dos enciclopedistas que o antecederam, como Diderot. É que, para Rousseau, embora a busca do alimento, da satisfação e da sexualidade gerassem interações entre as pessoas, inexistia qualquer relação contínua entre os semelhantes. O próprio sexo seria feito de maneira indiscriminada, sem uma seleção prévia, até porque não se alcançara o conceito moral de belo. Tudo visava à mera satisfação do impulso fisiológico.

Ocorre que, mesmo com o mencionado ponto de partida antissocial do filósofo francês, este não desconhece que, posteriormente, houve a imprescindível convergência entre os homens. Assim, de maneira inevitável, teriam emergido desafios (inclusive e especialmente com animais e com a natureza de modo geral), fazendo surgir os exercícios físicos, as armas e as primeiras disputas.

A tais circunstâncias, sucedeu-se a multiplicação da espécie humana, o povoamento de regiões inóspitas, a criação de novas invenções (v.g. uso do fogo, caça, pesca, vestimentas etc.) e a tendência contra o nomadismo. O “progresso” teria continuado e, com a busca de manter as posses e as regiões conquistadas, teria surgido o instituto da propriedade, com a sua natural proteção (produção de leis e constituição de magistrados). Aí estaria a origem das primeiras sociedades, as quais, segundo sua ótica pessimista, representaria um passo irretroativo para as mazelas de que o homem (antes livre) passaria a ser vítima. *In verbis*:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer: isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não poupariam ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!” Grande é a possibilidade, porém, de que as coisas já então tivessem chegado ao ponto de não poder mais permanecer como eram, pois essa ideia de propriedade, dependendo de muitas idéias anteriores que só poderiam ter nascido sucessivamente, não se formou repentinamente no espírito humano.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> (Rousseau, 2005:87).

Em suma, embora parta de uma concepção singular (a do independente e “bom” selvagem), Rousseau alcança (como não poderia deixar de ser) o reconhecimento de que os homens têm de socializar-se.<sup>29</sup>

Pois bem, como primata que é, o *homo sapiens* caracteriza-se mesmo por viver e por agir em grupo. Não é por outra razão que, desde antanho, a caça e as atividades laborais, inclusive a doméstica, estiveram compartilhadas entre vários indivíduos.

Note-se que tal realidade torna-se compulsória, especialmente porque a força corporal do ser humano, em relação a um sem-número de algozes naturais, nunca foi seu ponto forte. Ao contrário, inúmeras limitações demonstram a sua debilidade física. Para se ter uma ideia, basta recordar-se de que, enquanto a maioria dos mamíferos leva de poucos minutos a poucos dias, para locomover-se por conta própria, uma criança leva até dois anos para fazê-lo e dependerá de seus pais diretamente por lapso temporal muito maior.

O certo é que o homem não é capaz de bastar a si mesmo, de maneira que é na união inevitável entre os indivíduos que se encontra a gênese da sociedade. Em suma, as organizações humanas decorreriam, forçosamente, da imprescindibilidade de que as pessoas sirvam umas às outras, como única forma de satisfazerem as suas necessidades, quer estas obedeçam ou não a um ciclo lógico e motivacional (como preconizava Maslow).

Outra abordagem que merece referência é a de Javier de Luca e de María José Anõn, cuja repercussão é genuinamente jurídica. Realmente, tais jusfilósofos, de maneira acurada, lembram que as necessidades são categorias antropológicas e, portanto, seus significados variam conforme a historicidade e o devir do meio social, tudo como força da complexidade e da dinamicidade do ser humano. Frisam, assim, ser impossível encontrar-se um caráter absoluto sobre o que seja necessário e, na mesma trilha, sustentam ser muito difícil alcançar-se um consenso sobre uma hierarquização do que os homens elegem como necessidades. Não obstante isso, insistem na relevância de identificá-las e mesmo de diferenciá-las de conceitos afins, tais como desejos, interesses, aspirações, impulsos etc.

Os esforços de Javier de Luca e de María José Anõn têm finalidades que ultrapassam, e muito, a lucubração cerebrina ou o mero exercício intelectual,

---

<sup>29</sup> Assim como Diderot e os demais enciclopedistas, defende-se aqui que o estado social é uma tendência natural. Rousseau, porém, discorda. Apesar disso, não pôde negar um fato: a existência da sociedade (Rousseau, 2005:26).

porque, em última instância, visam a lançar luz sobre a teoria dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe um alicerce sólido. Nesse passo, os filósofos apontam o aspecto objetivo que é ínsito ao conceito de necessidade, qual seja; o seu caráter não intencional, em comparação a figuras afins (v.g desejos), as quais possuem nítido caráter subjetivo.

La diferencia entre necesidades y deseos y la mayor fuerza argumentativa de aquellas vendría dada precisamente por su carácter objetivo, por tratarse de situaciones o estados de cosas que no dependerían de la intención del sujeto. Esa distinción se completaría por el criterio del resultado: el beneficio en el caso de los deseos, evitar un daño en el caso de las necesidades.<sup>30</sup>

Ora, fica evidente que a carga argumentativa subjacente a uma necessidade é muito mais forte do que aquela que subjaz a um desejo e, mais ainda, a um mero capricho.

É claro que a identificação das necessidades, por si só, não assegura o nascimento de um direito, conforme lembram os autores. Contudo, a sua presença emerge como uma robusta motivação, que (acrescente-se aqui) não deve ser menosprezada por qualquer centro de poder, sob pena de presenciar, ainda que a longo prazo, o seu próprio desmoronamento.

Pois bem, à vista de tais considerações, há de se ressaltar que o padrão evolutivo das sociedades modernas exige, dia após dia, uma ampliação no espectro das necessidades humanas, justamente em obediência à característica antropológica e histórica que investe o conceito do que venha a ser “necessário”. Desta forma é que, em determinado momento, certas aspirações humanas, outrora enquadradas como meros desejos, foram convertidos, pelas alterações dos valores sociais, em genuínas “necessidades”, em virtude do progresso que nossa espécie tem atravessado.

Nesse diapasão fica claro compreender como os impulsos originários são transformados em necessidades e como estas são, mediante lutas e reivindicações, convertidas em direitos.

É nesse contexto que também se deve entender que o respeito à alteridade, à comunicação e ao discurso vem ganhando força ao longo da história, ao ponto de serem reconhecidos, hoje, como legítimas fontes de direito, em especial no âmbito das organizações que se pretendem democráticas.

<sup>30</sup> (Lucas; Añon, 2001:61).

É com tais aportes que se pretende encetar-se a avaliação do conceito de poder e de seus vieses, negativos e positivos, abrindo-se caminho para a análise futura acerca de como se pode e se deve compreender a concepção de legitimidade nos mais modernos e difusos diálogos processuais que emergem nas sociedades hodiernas.

## CAPÍTULO II

### O PODER

#### 2.1 Conceito de poder

Já se anotou que as necessidades recíprocas levaram à formação de agrupamentos humanos, cuja mais elementar espécie seria a família, seguida de clãs ou aldeias, até se alcançarem organizações de maior envergadura.

Acontece que, devido à natural existência de interesses antagônicos, independentemente do tipo de grupo, surgem constantes tensões intersubjetivas, através da qual um indivíduo busca sempre satisfazer pretensões próprias ou de seu grupo, em detrimento dos demais. Todos desejam, mesmo instintivamente, afastar os dissabores, os perigos e os sofrimentos, bem como atrair o conforto e a tranquilidade.

Com tal objetivo, há uma tendência de cada pessoa a lançar-se na empreitada de manipular o que a cerca, com o claro propósito de atender às suas necessidades. É o impulso originário do poder.

Já aqui se observa o equívoco em que se costuma laborar quando se vincula a idéia de poder à de Estado. Em verdade, observa-se que as relações de poder abrangem circunscrições várias da realidade humana (e, num sentido mais abrangente, da realidade dos seres vivos como um todo), de modo que o espaço público-estatal não é o único relevante na apreciação dessas relações, malgrado não se desconheça sua irrefutável importância.

A respeito é suficiente lembrar-se já ter a história demonstrado que os homens, mesmo se não submetidos a uma fonte específica (ou soberana) de autoridade, tratam de defender seus anseios, unindo-se àqueles que têm interesses semelhantes, para afastarem o risco proveniente das condutas de terceiros.

Na origem das antigas cidades-estado gregas, por exemplo, malgrado as pessoas se organizassem em torno de uma associação de proprietários de terras (sem a presença de um governo oficial), já tratavam de, juntos, repelirem possíveis algozes que buscassem espoliá-los. É o que preleciona o professor Norberto Luiz Guarinello, quanto retrata a história das aludidas organizações humanas ao longo das costas do Mediterrâneo, entre os séculos IX e VII:

De modo geral, podemos dizer que as cidades-estado formavam associações de proprietários privados de terra. Só tinha acesso à terra, no entanto, quem fosse membro da comunidade.[...] Propriedade individual da terra, fechamento do acesso ao território e ausência de um poder superior que regulasse as relações entre os camponeses foram os fatores essenciais na história dessas comunidades camponesas. Seus conflitos internos [...] não podiam ser resolvidos no âmbito das relações de linhagem, nem pelo recurso a uma autoridade superior a todos. Tinham que ser resolvidos comunitariamente, por mecanismos públicos, abertos ao conjunto dos proprietários.<sup>31</sup>

Desta forma, como se observa, a luta pelo poder é inata ao ser humano, que busca, consciente ou inconscientemente, de maneira mais ou menos polida, satisfazer desde as suas mais básicas até as suas mais elevadas necessidades. A constituição oficial de uma autoridade superior, embora se apresente como um estágio evolucionar na complexidade das organizações humanas, não se configura, portanto, numa *conditio sine qua non* para a assembléia de pessoas em defesa de seus interesses comuns. O poder de repelir possíveis ameaças é, institutivamente, manifestado, ainda que não o seja sempre mediante uma estrutura formal de potestade.

Então, se é assim, reputa-se inevitável que, antes de prosseguir-se, busque-se responder a um questionamento automático: afinal, o que é poder?

Não se trata de uma resposta fácil de ser encontrada.

Em debate com Gilles Deleuze, Michel Foucault ratifica que o conceito de poder é mais perceptível do que explicado. Além disso, problema muito mais complexo, diz ele, seria explicar-se quem exerce o poder, ou onde ele é exercido.

M.F.: Esta dificuldade – nosso embaraço em encontrar as formas de luta adequadas – não virá de que ainda ignoramos o que é poder? Afinal de contas, foi preciso o século XIX para saber o que era exploração; mas talvez ainda não se saiba o que é o poder. E Marx e Freud talvez não sejam suficientes para nos ajudar a conhecer esta coisa tão enigmática, ao mesmo tempo visível e invisível, presente e oculta, investida em toda parte, que se chama poder. A teoria do Estado, a análise tradicional dos aparelhos de Estado sem dúvida não esgotam o campo de exercício e de funcionamento do poder.

<sup>31</sup> (Pinsky, 2003:30-33).

Existe atualmente um grande desconhecido: quem exerce o poder? Onde o exerce.<sup>32</sup>

Apesar da dificuldade do tema, não se furtará aqui de fazer-se alguma referência conceitual. Da mesma forma, nos itens seguintes, discorrer-se-á sobre onde é exercido o poder e como é transmitido, dando-se ênfase especial ao seu aspecto político.

Pois bem, o poder, numa definição mais ampla, pode ser entendido como a capacidade de dirigir (ou de influenciar) condutas, ainda que o influenciado o faça em prejuízo de seus próprios interesses. É o que se verifica quando o fisicamente mais forte define o que o mais fraco deve fazer; ou quando um professor influencia o comportamento do discípulo; ou quando o pai orienta uma decisão de um filho; ou quando um animal atende à solicitação de seu adestrador; ou quando uma fera é espantada por um enxame de abelhas etc. As relações de poder, assim, abrangem tanto aspectos físicos, como ideológicos; tanto vínculos de parentesco, como vínculos negociais; tanto a vida humana, como a vida irracional.

É claro que o conceito exposto até aqui possui caráter demasiadamente amplo. Tal se faz com o objetivo claro de, a partir de uma compreensão genérica, facilitar-se a construção de um raciocínio mais específico, destinado à aplicação nas diversas e singulares facetas da vida.

Nesse íterim, não se poderia deixar de frisar a revolução que as lições de Michel Foucault produziram na ideia de poder. Realmente, ele foi um dos pioneiros a criticar a visão do seu monopólio pelo Estado, ao tempo em que lembra que, pelo menos desde o século XVIII, as relações de poder mais importantes têm sido construídas dentro da própria sociedade. Aliás, ressalta que (como se verá mais adiante) o próprio Estado seria incapaz de manter-se sem o apoio advindo de outras fontes sociais.

Pois bem, desde logo, o que importa lembrar é que, vivendo em sociedade, o ser humano mantém relações com seus semelhantes, surgindo daí elos de múltipla natureza (afetivos, negociais, institucionais, público, privados etc.). É claro que, subjacente a tais vínculos, encontra-se sempre a busca da satisfação de uma necessidade, seja de índole mais básica (fisiológica ou de segurança), seja de índole mais altruística (afetiva, social, intelectual). De qualquer forma, a partir desses liames, constituem-se relações, que, devido tanto a interes-

---

<sup>32</sup> (Foucault, 2008:75).

ses vários, como a diferenças interpessoais, viabilizam lutas de forças entre os indivíduos. Cada um tenderá, pois, em vários momentos, a dirigir determinada relação em favor de suas necessidades, gerando uma desigualdade dentro dessa relação (desigualdade endógena) e, como resultante desse embate, surgirá uma força capaz de espalhar-se, atingindo-se tanto relações adjacentes (a curto prazo), como relações mais distantes (a médio ou a longo prazo).

Em suma, as relações de poder mantêm interações tanto de ordem interna (com os seus integrantes) como de ordem externa (com terceiros); mas, em todo caso, sofrem influência tanto de forças internas à relação, como de forças externas. Assim, por exemplo, as formas como os pais no uso de seu poder parental interagem com seus filhos, influencia a forma como estes interagem com o ambiente escolar, ou como o próprio Estado aprecia as relações domésticas de seus cidadãos. Da mesma forma, o modo como o Estado, no exercício de seu poder público, imiscui-se no planejamento das famílias, influencia, de forma inegável, a maneira como o exercício do poder parental desenvolve-se dentro do âmbito doméstico.

Nesse sentido, importante foi à contribuição de Boaventura de Sousa Santos, que, em *A Crítica da Razão Indolente*, seguindo a trilha de Michel Foucault, quebra paradigmas conceituais sobre as relações de poder. Assim, embora não desconheça a importância do Estado, aponta a existência de mais cinco instituições que funcionariam como centros de estabilização das relações de poder nas sociedades capitalistas. São elas: família, fábrica (ou empresa), mercado, organizações populares e sistema internacional.

Explica-se:

- Sousa Santos abrange o conceito de poder apenas por uma perspectiva social. Logo, seu entendimento é mais estreito do que a definição ultra genérica acima exposta. De fato, enquanto se defende aqui uma ideia de poder conglobante (envolvendo, inclusive, fenômenos da natureza), o sociólogo parte de um conceito intersubjetivo, definindo-o como “qualquer relação social regulada por um intercâmbio desigual”. Para ele, o poder surge de contatos entre pessoas, através dos quais as desigualdades são permanentemente reproduzidas.

Aliás, mais que ter um posicionamento distinto, o professor, certamente, faria severas críticas ao conceito ora preconizado. É que, para ele, não se pode incorrer na “falácia” de apresentar-se um conceito extremamente difuso (como o aqui defendido), sob pena de impossibilitar-se a localização das estruturas

encarregadas da produção do poder. Para se ter compreensão da assertiva, basta lembrar-se de que Boaventura de Sousa Santos discorda da visão segmentada de poder apreçoada por Foucault, fazendo-lhe, nesse ponto específico, a seguinte objeção:

Em primeiro lugar, embora Foucault tenha razão em salientar a existência de formas de poder fora do Estado e considerá-las de natureza tão política quanto a do poder estatal, também vai demasiado longe na afirmação da dispersão, do acentrismo e da fragmentação delas. Segundo Foucault, os poderes disciplinares estão em todo o lado e funcionam da mesma maneira em todo o lado. Só num sentido trivial é que a escola difere do hospital e o hospital da fábrica. Todos funcionam através da criação de corpos dóceis e de sujeitos ativamente desejanter e ávidos de conhecimento. Deste modo, Foucault associa uma concepção extremamente fragmentada de poder disciplinar com uma outra totalmente monolítica. Como afirmei atrás, se o poder está em todo o lado, não está em lado algum. Se não houver um princípio de estruturação e de hierarquização, não há um enquadramento estratégico para a emancipação. Na verdade, a concepção foucaultiana de poder presta-se, quer ao voluntarismo cego, quer à passividade hiperlúcida.<sup>33</sup>

Apesar dessas diferenças, ratifica-se o conceito acima mencionado, pelos seguintes motivos:

- I) A diferença entre uma relação interpessoal e uma relação entre homem e um animal (v.g. um adestrador e sua cobaia) é que nesta há um ser destituído de racionalidade. Ora, se isso, por si só, fosse óbice à existência de uma relação de poder, ter-se-ia de reconhecer que um alienado mental jamais estaria submetido a qualquer relação dessa natureza, haja vista estar com suas funções psíquicas comprometidas. Não parece que seja assim. Para tanto, basta lembrar-se da possibilidade de que um tabelião, utilizando de suas atribuições de notário, viesse a induzir um moribundo a assinar um testamento público contra seu interesse. Da mesma forma, caso se entenda a imprescindibilidade de consciência (racionalidade) na produção de um ato, também inexistiria relação de poder ao seduzir-se um analfabeto a assinar documento em prejuízo próprio;

<sup>33</sup> (Santos, 2009:265).

- II) Entende-se que uma relação de poder não necessita de princípio de estruturação e de hierarquia. Afinal, pode haver relações que, apesar de provisórias (ou mesmo precárias), ensejem câmbios desiguais entre seus integrantes. A diferença é apenas que, se houver princípio estruturante e hierarquia, tratar-se-á de uma relação de poder estabilizada e duradoura, cuja força de influência sobre o meio é naturalmente maior. Aliás, não se nega que, justamente por tais distinções, é que somente faz sentido falar-se em emancipação ante uma relação de poder estabilizada. É que não teria sentido (pelo menos em termos de relevância sociológica) falar-se de “marco estratégico de emancipação” no que se refere a relações efêmeras, as quais, por serem transitórias, não criam grilhões sociais;

De qualquer forma, feitas essas distinções de prisma conceitual, não se desconhece que a lição de Boaventura de Sousa Santos emerge como imprescindível para a compreensão das sociedades ocidentais hodiernas. É que, através dela (como se verá), observa-se uma pedagógica sistemática dos modos de produção de poder, viabilizando-se um entendimento bem mais amplo do que a concepção clássica, que restringe tais relações de poder ao âmbito estatal. Ademais, permite observar-se como essas várias constelações de poder interagem e influenciam-se, produzindo teias complexas no âmbito social. Por fim, resta dizer que é inconcebível tratar-se mesmo as relações de poder com o Estado de maneira isolada. Hoje em dia, qualquer que seja o governante, como será visto, terá de legitimar o seu poder sobre normas de procedimento minimamente lógicas e sedutoras, lançando mão, em especial, do Direito como instrumento do poder; e, em todo caso, o sistema jurídico, para subsistir, necessitará desenvolver razoável harmonia com outras estruturas de poder (além da estatal).

## 2.2 Modos de produção de poder, segundo Boaventura de Sousa Santos

**Quadro 1:** Mapa de Estruturação das Sociedades Capitalistas no Sistema Mundial.<sup>34</sup>

Dimensões /espaços estruturais	Unidade de prática	Instituições	Dinâmica de desenvolvimento	Forma de poder	Forma de direito	Forma epistemológica
Espaço doméstico	Diferença sexual e geracional	Casamento, família e parentesco	Maximização da afetividade	Patriarcado	Direito Doméstico	Familismo, cultura familiar
Espaço de produção	Classe e natureza como "natureza capitalista	Fábrica e empresa	Maximização do lucro e maximização da degradação da natureza	Exploração e "natureza capitalista"	Direito da produção	Produtivismo, tecnologismo, formação profissional e cultura empresarial
Espaço de mercado	Cliente-consumidor	Mercado	Maximização da utilidade e maximização da mercantilização das necessidades	Fetichismo das mercancias	Direito da troca	Consumismo e cultura de massas
Espaço da comunidade	Eticidade, raça, nação, povo e religião	Comunidade, bairro, região, organizações populares de base, igrejas	Maximização da identidade	Diferenciação desigual	Direito da comunidade	Conhecimento local, cultura da comunidade e tradição
Espaço da cidadania	Cidadania	Estado	Maximização da lealdade	Dominação	Direito territorial (estatal)	Nacionalismo educacional e cultural, cultura cívica
Espaço mundial	Estado-nação	Sistema interestatal, organismos e associações internacionais, tratados internacionais	Maximização da eficácia	Câmbio desigual	Direito Sistêmico	Ciência, progresso universalista, cultural global

**Fonte:** (Santos, 2009:273).

A partir do quadro acima, nota-se que Sousa Santos demonstra que, nas sociedades capitalistas contemporâneas, podem-se vislumbrar, de uma maneira geral, seis dimensões ou espaços estruturais, onde se desenvolvem as relações de poder. São eles: espaço doméstico, espaço de produção, espaço de mercado, espaço da comunidade, espaço da cidadania e espaço mundial. É claro que, como se disse, o sociólogo ocupa-se, tão-somente, das relações de poder consideradas como duradouras e sedimentadas na sociedade, em contraposição às ideias de poder fragmentado, defendidas tanto por Foucault, como no conceito genérico de poder acima referido.

<sup>34</sup> (Santos, 2009:273).

Importa ressaltar que cada um desses espaços estruturais, embora obedçam a certo grau de padronização, não poderiam desenvolver-se da mesma forma em todas as sociedades, nem se encontram igualmente definidos em todos os lugares. Aliás, nas sociedades capitalistas mais primitivas, assim como nas de periferia, nota-se uma interpenetração entre as constelações de poder. Um exemplo é que, em uma comunidade mais simples, organizada sobre práticas de manufatura, obviamente, inexistente diferença entre o espaço doméstico e o espaço de produção. O local da “fábrica” e da família confunde-se.

O certo é que, em cada um desses “espaços estruturais”, Sousa Santos reconhece a presença de uma “dimensão ativa”, que se constitui no principal critério de identificação dos indivíduos aí insertos. São as chamadas unidades de prática social. Assim é que, no espaço doméstico, os intercâmbios desiguais surgem das diferenças sexuais; no espaço de produção, da celeuma entre classes; no espaço de mercado, da exploração do cliente-consumidor; no espaço da comunidade, das discussões sobre eticidade, raça, povo ou religião; no espaço de cidadania, das discussões sobre a participação mais ou menos ativa de cada cidadão; no espaço mundial, das diferenças entre os Estados-nação.

Ora, como o sociólogo ocupa-se apenas das relações sedimentadas no meio social, e considerando que uma relação de poder, para estabilizar-se, necessita de instituições que as legitimem, torna-se lógica a indicação de seis instituições dentro da sua exposição sistemática. São elas: a família, a fábrica (ou empresa), o mercado, a comunidade, o Estado e o sistema de organismos internacionais. De fato, seria impossível consolidar-se uma dimensão de poder sem um ente social que lhe confira unidade orgânica. São tais entes (ou instituições) que viabilizam a manutenção de valores, evitando distorções ou debilidades nas relações de poder.

É igualmente claro que cada um desses espaços estruturais possui um objetivo a perseguir, o qual é denominado por Sousa Santos de “dinâmica de desenvolvimento”. Com efeito, somente através da busca por objetivos é que tais dimensões de poder logram robustecer-se a cada dia. Logo, no âmbito doméstico, tentam-se aperfeiçoar as relações afetivas; na produção, almeja-se à maximização do lucro; no mercado, incrementam-se ou criam-se necessidades; no meio comunitário, busca-se atingir-se a identidade, atropelando-se as diferenças intersubjetivas; dentro do Estado, visa-se ao fortalecimento da lealdade às instituições públicas e ao civismo (ainda que à custa de inúmeros sacrifícios individuais); no sistema internacional, busca-se, a todo custo, a eficiência.

A partir dessa perspectiva, pode-se observar uma clara tendência de cada uma dessas dimensões de poder à repressão do “diferente” e/ou do “antagônico”. Com efeito, quanto mais se ascende na busca de objetivos (“dinâmica de desenvolvimento”), tanto mais se sufocam as individualidades. O objetivo de cada esfera de poder é guiar valores, dirigindo comportamentos, na busca de se satisfazerem as necessidades dos poderosos de plantão (pais, fabricantes e industriais, fornecedores, dirigentes culturais, Estado e organismos internacionais). O “bom”, o “bonito” e o “admirável” são apreciados segundo uma ótica que atenda aos interesses dominantes. É “feio” não comprar, não consumir, não vender. É “ridículo” não ser “igual”. É “desrespeitoso” questionarem-se as regras estatais etc.

Um exemplo marcante dessa repressão às diferenças pode ser encontrado no próprio conceito de “direitos humanos”. A propósito, não se desconhece o entendimento de que tal conceito vem sendo desenvolvido e imposto pelos países de primeiro mundo e pelos organismos internacionais aos países periféricos. Realmente, na busca dessa maximização dos direitos humanos e na tentativa de conferir maior eficiência ao sistema internacional, têm-se desprezado as manifestações multiculturais. A concepção de identidade religiosa e de costumes vem sendo redimensionada pelo prisma das sociedades capitalistas ocidentais, a partir da perspectiva do conceito de “direitos humanos” que estas definem.

A cada um desses espaços estruturais, Boaventura de Sousa Santos aponta a presença de uma forma (manifestação) de poder: patriarcado, exploração, fetichismo das mercancias, diferenciações intersubjetivas (os indivíduos criticam o “diferente”), a dominação estatal e o câmbio desigual entre países e entes internacionais. Aliás, cada forma de poder geraria tipos específicos de conhecimento (forma epistemológica) e manifestações especiais de direito.

A propósito, ao tratar de “direito”, Sousa, novamente, vai além da estreita compreensão tradicional. Ele adota uma idéia ampla, apontando três componentes estruturais desse conceito (burocracia, retórica e violência). De fato, segundo ele, sempre que houver um conjunto de procedimentos disciplinados e justificáveis discursivamente, para a solução de conflitos, sob a ameaça de força, estar-se-á ante uma forma de direito.

Adopto aqui uma concepção ampla de direito: o direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui

para a criação e prevenção de litígios, e ara a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força.<sup>35</sup>

Como se observa, aí se refere a um conceito sociológico, que, efetivamente, amplia os horizontes na compreensão de como se processam as relações de poder e de como estas são regulamentadas e legitimadas por procedimentos, como se verá adiante.

### 2.3 Das conexões entre as “dimensões de poder”

Ao se analisarem as referidas “dimensões de poder”, observam-se que, entre elas, há um sistema de retroalimentação, de forma que, como visto, existe uma constante influência entre as relações de poder desenvolvidas em determinado espaço estrutural e os demais. Com efeito, embora a cada constelação corresponda uma instituição (família, fábrica, mercado, organizações sociais, Estado e sistema internacional), destinada a estabilizar os comportamentos aí desenvolvidos, não se pode evitar que as relações externas influenciem nas tensões de forças internas a cada dimensão.

Em suma, um espaço não pode existir isoladamente; ao revés, tem de coexistir. Aliás, em qualquer relação de poder, seja no que tange às socialmente sedimentadas (de que trata Sousa Santos), seja nas fragmentárias (de que trata Foucault), a eventual tentativa de se menosprezarem as demais relações implicaria a desestabilização ou mesmo a destruição do espaço estrutural que pretendesse isolar-se.

Para se ratificar a assertiva, basta lembrar-se de que, se, em uma relação doméstica, um pai de família do século XXI buscar manter um padrão de comportamento igual ao de um pai de família do século XIX, sua fonte de poder será atacada e minada por todas as demais constelações. No âmbito interno, suas ordens serão questionadas pela esposa, que, oxigenada pelas conquistas feministas das últimas décadas, não as acatará. Os filhos, igualmente, estimulados por argumentos advindos da escola, dos amigos e da internet, encetarão uma tensão de forças insuportável. A pressão mercadológica para o consumo, os conceitos globalizados do sistema mundial e as próprias mudanças no direito de família (advindas do Estado) obrigarão o *pater familias* a rever, ao menos em boa parte, seus conceitos, sob pena de testemunhar o fim de seu poder, com o desmonte das relações domésticas.

<sup>35</sup> (Santos, 2009:291).

Veja-se que não se está aqui afirmando que as relações de poder devem seguir, obrigatoriamente, o sabor dos influxos exógenos, para que se mantenha estável. Apenas se faz imprescindível que cada relação dialogue com as constelações adjacentes, amoldando-se, mesmo que minimamente, à pressão de forças oriundas dos demais “espaços-estruturais”, ou ainda das próprias pressões internas. É que o “câmbio desigual” que sustenta cada uma delas arrima-se na resultante das forças oriundas das demais estruturas, mas a fonte de poder de cada uma também deve dimanar força suficiente para ensejar um equilíbrio com as demais estruturas (internas e externas).

Desta forma, no exemplo acima dado, não se pode imaginar que o chefe de família referido (do século XXI) tenha que se submeter, plenamente, aos caprichos de todos os demais integrantes de sua residência. É claro que lhe será necessário mais diálogo com a esposa do que lhe seria exigido no século XIX; é também certo que ele deverá levar em consideração algumas das inúmeras mudanças advindas dos avanços tecnológicos e culturais. Não obstante isso, tal atitude atualizadora não poderá implicar a anulação de sua autoridade, que, se deseja manter o equilíbrio da entidade familiar, bem como a educação e o respeito de sua prole, há de se fazer ser reconhecida.

Logo, o que fica evidente é o fato de a necessária conexão entre as relações de poder tornar-se mais importante à medida que as sociedades incrementam seus níveis de globalização, aumentando suas complexidades e seu próprio grau de racionalidade.

Explica-se:

- Nas sociedades primitivas, a justificação de todo e qualquer poder estava baseada em fundamentos metafísicos e teológicos. O pai de família, o chefe de tribo, o imperador e o rei arrimavam suas determinações na crença de que eram deuses ou representantes de deuses. Não haveria como questioná-los, porque o fundamento de validade para todo comportamento estava nessa fonte de poder que os investia. Os costumes, a propósito, confirmavam esse tipo de “câmbio desigual”, cerrando-se as portas para qualquer espécie de campo argumentativo. A irracionalidade imperava.

Na Idade Média, com o reconhecimento do Cristianismo como religião oficial e com o robustecimento do catolicismo, a metafísica do poder ficou ainda mais clara, especialmente na Europa. Enquanto todos os Estados Modernos

claudicavam sobre constantes litígios e guerras, a Igreja ostentava o centro de poder máximo, o qual, inclusive, arrimava o *status quo* dos reis e dos imperadores. À época, muito mais sedutor do que ser Chefe de um Estado era tornar-se Papa, título em torno do qual não foram poucas as barbaridades cometidas.

Pois bem, o certo é que, no século XII, o enfraquecimento dos feudos, seguido do crescimento das vilas e das corporações de ofício, gerou indícios de mudanças importantes para o cenário mundial, que culminaram nas Revoluções Industrial e Francesa dos séculos XVII e XVIII. A burguesia, antes incipiente, passou a arregimentar força econômica e interesse na participação política. Para alcançar os seus objetivos, fez-se imprescindível deslocar-se o paradigma de poder, do fundamento teológico, para um fundamento antropológico.

Até então, as relações alimentavam-se de um axioma inexorável (o poder divino), cuja estabilidade, por sua própria natureza, justifica-se, sendo intangível. Depois, de forma homeopática, as concepções iluministas, inspiradas por interesses neonatos, passaram a apregoar que todos os homens são iguais em direitos e em deveres.

Ocorre que, se tais ideias oportunizaram o surgimento de outras dimensões de poder, também inseriram a necessidade de interconexão entre estas. Mais do que nunca, nenhum espaço-estrutural é capaz de bastar-se a si mesmo. Cada um necessita interagir e respeitar a resultante de forças oriundas dos demais, sob pena de não prosperar.

Tendo em vista que a interação tornou-se mais necessária, fica claro que cada estrutura de poder, para manter-se minimamente estável, passou a exigir maior fundamentação retórica, a qual, por sua vez, será tão mais eficiente quanto mais tiver ressonância na tradição e nas expectativas dos receptores do discurso. De fato, se, antes, poder-se-ia lançar mão constante da força e da violência, hodiernamente, faz-se imprescindível, para a longevidade de cada relação, basear-se o poder em práticas razoáveis e arrimadas (principalmente) em aspirações culturais e políticas.

A propósito, não se pode olvidar de que, mesmo entre os pensadores que apregoavam o uso da força mais bruta para a manutenção do poder, sempre se reconheceu a imprescindibilidade de buscar-se a legitimação e o equilíbrio entre os fatores sociais. Como exemplo mais emblemático, deve-se lembrar de Nicolau Maquiavel, que, embora defendesse, há muito, o emprego da força, não desconhecia a importância de se utilizá-la apenas para o fim específico de assegurar-se o governo. O pensador de Florença, portanto, é hostil a qualquer

tipo de atitude que desperte o ódio ou o desprezo do povo em relação a seus governantes, mas também ressalta a importância do equilíbrio do poder (ainda que pela força) no alusivo às relações com as classes mais abastardas. De fato, sustenta que o príncipe, no que tange aos mais poderosos, submeta-os ao governo (a fim de que não concorram com ele em autoridade), mas também adverte, sempre, acerca do erro em realizar-se qualquer comportamento sádico e gratuitamente cruel. Ou seja, o que se verifica no pensamento do florentino é que nem mesmo seu pragmatismo político, despidido de preocupações morais e éticas, abandona a busca pelo equilíbrio entre as forças sociais. A propósito, lembre-se de que, embora Maquiavel apregoe a importância de que o governante seja dissimulado e temido, a fim de assegurar o seu domínio, adverte sobre o insucesso de uma autoridade odiada. Nesse sentido, diz ele:

[...] os homens relutam menos em ofender aos que se fazem amar do que aos que se fazem temer, pois o amor se mantém por um vínculo de obrigação, o qual, mercê de perfídia humana, rompe-se sempre que lhes aprouver, enquanto o medo que se incute é alimentado pelo temor do castigo, sentimento que nunca se abandona. Assim, o príncipe deve tornar-se temido, de sorte que, se não for amado, ao menos evite o ódio, pois é fácil ser, a um só tempo, temido e não odiado, o que ocorrerá uma vez que se prive da posse dos bens e das mulheres dos cidadãos e dos súditos, e, mesmo quando forçado a derramar o sangue de alguém, poderá fazê-lo apenas se houver justificativa apropriada e causa manifesta. Deve, em especial, impedir-se de aproveitar os bens alheios, uma vez que os homens se esquecem mais rapidamente da morte do pai do que da perda de patrimônio<sup>36</sup>.

Aliás, a verdade é que, no campo teórico, a existência dessa dialética entre o impulso pela liberdade (natural em cada homem) e a busca pelo poder sempre foi reconhecida e analisada de múltiplas formas; tanto assim que essa tensão de forças (liberdade x poder) não passou despercebida também pelo historicismo, consoante ressalta Hans Georg Gadamer ao aludir à reflexão de Leopold von Ranke, colhida de seu livro *História Universal (Weltgeschichte)*:

---

<sup>36</sup> (Maquiavel, 2004:106-107).

[...] Nesse sentido é absolutamente correto que Ranke escreva: 'A liberdade se associa à força'. Pois a força, que é mais que a sua exteriorização, já é sempre liberdade. Sabe que tudo poderia ter sido diferente, que cada indivíduo que atua poderia também atuar de outra maneira. A força que faz história não é um momento mecânico. Para evitar isso, Ranke fala expressamente de 'uma força original', e da fonte primeira e comum de todo fazer e deixar de fazer humano' – e isto é para Ranke a liberdade.

Não representa uma contradição à liberdade o fato de que ela esteja limitada e restrita. Justo isso torna-se patente na ausência da força que consegue se impor. É por isso que Ranke pode dizer que 'junto à liberdade se encontra sempre a necessidade'. Pois que necessidade não significa aqui uma ação de causar que exclua a liberdade, mas a resistência que a força livre encontra. Eis aqui a verdade da dialética da força posta a descoberto por Hegel. A resistência que a força livre encontra procede ela mesma da liberdade. A necessidade de que se trata aqui é o poder daquilo que nos sobrevém e o poder dos outros que atuam contra nós é o dado prévio para todo começo de atividade livre. Enquanto exclui muitas coisas como impossíveis, ela restringe a ação ao possível, ao que está aberto. A necessidade procede da liberdade e encontra-se até mesmo determinada pela liberdade, que conta com ela.<sup>37</sup>

Fica claro, portanto, que a força da liberdade (de natureza moral) vai sempre agir entre os espaços deixados pela repressão de um poder ilegítimo. Aliás, tal força age justamente a partir da necessidade e através dos campos possíveis mediante os quais esta permite a ação daquela.

Aqui, calha lembrar, novamente, episódios que antecederam a Revolução Francesa:

Logo após a Guerra dos Sete Anos (1756-1763) e a Guerra de Independência dos Estados Unidos da América (1775-1783), a França sofreu enormes prejuízos em seu tesouro, além de perdas de colônias (tais como o Canadá e parte da Louisiana, para os ingleses, e algumas áreas nas Antilhas e feitorias no Senegal, para a Espanha). Desta forma, tornava-se natural seu ingresso em uma forte crise financeira.

Por isso, nos meses que antecederam o início do processo revolucionário, Luís XVI (que reinava desde 1774) e os membros do Primeiro e do Segundo Estados foram aconselhados a conter as despesas da corte, notadamente me-

<sup>37</sup> (Gadamer, 1999:318-319).

diante a abdicação de privilégios por parte da nobreza e do clero. Eram essas as orientações dos dois ministros das finanças mais importantes, Turgot e Necker, inspirados pelas idéias iluministas e atentas, à onda de sedição, de motins e de saques que se espriava por toda a França.

Os privilegiados, contudo, não tinham qualquer disposição para sacrifícios, o que terminou por culminar no aumento de pressões sociais ensejadoras das alterações históricas marcadas pela Revolução Francesa.

Ora, quando o clero, a nobreza e o rei mostraram-se recalcitrantes, estimularam, naturalmente, a força da liberdade, que passou a atuar dentro das oportunidades e dos episódios que lhe foram sendo apresentados.

Tivessem então o Primeiro e o Segundo Estados agido com maior respeito à pressão de forças sociais, buscando medidas mais legítimas, teriam sofrido consequências muito menos drásticas do que aquelas de que foram vítimas a partir de meados de 1789.

Eis a razão dos ensinamentos de Ranke!

Assim, é certo que, mesmo nos dias atuais, onde há uma tendência apológica à racionalidade, sempre haverá esse movimento dialético entre liberdade e poder, de modo que, quanto mais este buscar reprimir aquela, mais testemunhará a instabilidade de suas estruturas. E isso porque a trindade do homem (que é corpo, é mente e é espírito) possui uma forte dimensão cultural, política e social, própria de seu sentido de pertencimento, o qual não pode ser desprezado sempre que se busquem solucionar litígios interindividuais ou entre coletividades.

Ora, mesmo no campo jurídico, ainda que se considerem apenas os influxos mais ortodoxos do positivismo, jamais se logrou desvencilhar a aplicação do direito dos imperativos éticos e dos juízos de valor sobre várias condutas.

O pai do positivismo jurídico (Hans Kelsen), por exemplo, embora tenha criticado com veemência a falta de lógica-argumentativa da escola natural, desenvolveu o conceito de *Grundnorm* a partir de uma construção metafísica. Para ele, as normas de Direito, distribuem-se em escalonamentos de validade ascendente, formando uma pirâmide em que as superiores justificam as inferiores. Apesar disso, sustenta que, para a norma constante no ápice da estrutura, haver-se-ia de reconhecer a existência de uma Norma Hipotética Fundamental, cujo comando não poderia ser questionado. A pergunta é: quem fundamenta a *Grundnorm*, senão uma exigência (metafísica) de que esta deve ser simples e inexplicavelmente, respeitada?

Aliás, atento apenas à ideia de pureza que Hans Kelsen buscava para a ciência jurídica, Karl Larenz chegou a formular a seguinte crítica à Teoria Pura do Direito:

Ora, a norma de grau superior, diz ainda KELSEN, não pode nunca determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior). Fica sempre uma margem de discricionariedade superior, relativamente ao ato de produção normativa ou de execução, tem sempre e só o caráter de um quadro a preencher através desse ato. A interpretação, enquanto por ela se entenda uma atividade de conhecimento, apenas logra mostrar-nos esse quadro, mas nunca preenchê-lo. Se o sentido literal da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis [...]

[...] quando KELSEN, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da interpretação de norma, juízos corretos, deita a criação fora com água do banho.

Sem dúvida que a decisão judicial constitui sempre um ato de vontade, enquanto se propõe conduzir a uma situação jurídica que seja inatacável pelas partes. Sem dúvida ainda que tanto a interpretação como a aplicação de uma norma a um caso concreto requerem mais do que uma dedução e uma subsunção logicamente não controvertíveis. Requerem, antes de tudo, atos de julgamento, que se fundam, entre outras coisas, na experiência social, na compreensão dos valores e em uma concepção correta dos nexos significativas. Nos casos-limite, o decisivo pode ser mesmo a concepção pessoal de quem julga.<sup>38</sup>

Todavia, e por amor à verdade, deve-se lembrar que, em geral, Hans Kelsen tem sido muito mal compreendido, especialmente no Brasil. Com efeito, quando o pensador alemão almeja a sanar o direito de juízos de valor moral e político, está-se referindo apenas ao direito como ciência, fazendo-o numa perspectiva epistemológica. No que tange ao campo de aplicação jurídica, próprio das atividades forenses desenvolvidas por juízes, por promotores de justiça e por advogados, Kelsen não somente reconhece a presença de valoração moral, como entende que a discricionariedade judicial é uma fatalidade da qual não se pode escapar.

<sup>38</sup> (Larenz, 1997:105-107).

De fato, quando se lê o capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito, não se pode chegar à outra conclusão e é nesse sentido o magistério de Lênio Luiz Streck:

Eis aqui um ponto que, no âmbito do peculiar sincretismo que domina o pensamento jurídico brasileiro, gera grande perplexidade. Geralmente, procura-se aplicar a Kelsen um tipo de pecha que o colocaria como defensor deste positivismo primitivo caracterizado por esta ideologia (na medida em que sua obra supostamente pregaria uma espécie de aplicação, cega de valores, do direito positivo). Todavia, esse tipo de interpretação só pode ser feita por alguém que possua algum tipo de domínio vulgar da teoria do direito. Nesse caso, é sempre necessário lembrar que, em Kelsen, operamos com dois níveis: o da ciência do direito e o do direito, das práticas jurídicas. Kelsen nunca afirmou que os órgãos aplicadores do direito tinham o dever – moral – de decidir segundo as regras vigentes. O comando que determina a redução da atividade do jurista à descrição das normas jurídicas, adequadas a uma norma hipotética fundamental pressuposta, é de natureza epistemológica e aplica-se, como tal, apenas à ciência do direito. Esse é o busílis da teoria kelseniana. No campo das práticas jurídicas, estamos diante daquilo que, com Warat, podemos nomear de ‘política jurídica’.

[...] Noutras palavras: Kelsen apostou na discricionarietà do intérprete – no nível da aplicação do direito – como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia ‘a salvo’ da subjetividade, da axiologia, da ideologia, etc. Veja-se: Kelsen não separa a moral do direito. Ele separa, sim, a ciência do direito da moral.<sup>39</sup>

Em suma, nem mesmo a pretensiosa lógica positivista de Kelsen, pelo menos no alusivo ao campo de aplicação concreta do direito, foi capaz de evitar as influências valorativas a que estão sujeitos todos aqueles que manipulam as regras jurídicas, para a materialização das normas. Em um mundo formado por tantas sociedades complexas, impossível desconhecer-se, como dito, as permanentes influências recíprocas que cada espaço de poder exerce sobre o outro.

---

<sup>39</sup> (Streck, 2014:21-29)



## CAPÍTULO III

### O PODER DO DIREITO

#### 3.1 Do poder e da legitimação pelo direito

A busca para assegurar-se o direcionamento de condutas é típica das relações de poder, constituindo a sua própria razão de existir. Desta forma, para garantir-se como estável, a relação precisa estender-se no tempo, vencendo as barreiras da precariedade, de forma que o maior desafio de toda relação de poder é garantir, a longo prazo, um intercâmbio desigual entre seus integrantes.

Ora, como visto a estabilidade de tais relações, na ótica acurada de Boaventura de Sousa Santos, é assegurada por instituições próprias (família, fábrica, mercado, comunidade, Estado e sistema internacional). Contudo, a fortaleza dessas instituições dependerá, sempre, do ambiente de paz e de respeito que surja entre os membros das respectivas relações sociais e mesmo entre os vários espaços-estruturais. De fato, quanto mais os destinatários do poder aceitam limitar os seus comportamentos em nome da relação em que se encontram, mais a sua dimensão consolida-se e evolui, fortalecendo o que se chama de legitimação. Ao contrário, se surgem incontornáveis e permanentes tensões de forças, desencadeia-se o processo deletério da estrutura de poder, dando ensejo a que outro (ou outros) indivíduos assumam o seu controle.

Mas de que forma são assegurados o controle e a estabilidade nas relações de poder? Como se consolidam? O que pode levá-las à longevidade ou à fragilização?

No campo das relações mantidas não somente pelo Estado (em sua condição mais simples ou mais complexa), mas também por empresas capitalistas privadas e por associações (especialmente de natureza política), Max Weber foi um dos grandes responsáveis pela análise sistemática que se estabelece entre autoridades e dominados. Para tanto, o sociólogo define poder como *“toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”*<sup>40</sup>. Em seguida, apre-

<sup>40</sup> Aliás, na sequência, o sociólogo diferencia “poder” de “dominação”, reconhecendo esta como um conceito mais preciso, porquanto seria “a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” (Weber, 2014:33).

sentada, a título de paradigma, três tipos puros de poder legítimo, quais sejam: o poder tradicional, o poder carismático e o poder legal.

É evidente que as três formas de poder legítimo trabalhadas por Weber não existem de maneira isolada; na prática, elas se interpenetram, de modo que se podem observar características de um padrão em outro. Entretanto, o estudo de seus conceitos fornece a qualquer investigador importantes referências teóricas, para que se compreenda melhor a complexa rede de organização, de estabilidade ou de instabilidade das relações de poder.

No que tange ao conceito de Estado e à sua dominação, diz ele:

A uma associação de dominação denominamos associação política, quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, dentro de determinado território geográfico, estejam garantidas de modo contínuo mediante ameaça e a aplicação de coação física por parte do quadro administrativo. Uma empresa com caráter de instituição política denominamos Estado, quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes.<sup>41</sup>

Além disso, torna-se óbvio que, dentre os dominados, existem aqueles que integrarão um corpo administrativo, viabilizando a logística necessária para o efetivo cumprimento das ordens emitidas pelo superior ou pelo chefe. A organização de tal estrutura administrativa, por sua vez, também será determinada pelo tipo de legitimidade que a investe. A forma de escolha dos súditos ou dos servidores, o nível de qualificação dos mesmos, a espécie de atividades prestadas, o espaço de sua competência, as suas eventuais autonomia e discricionariedade, bem como o seu nível de credibilidade— tudo sofrerá forte influência da maneira como o poder se legitima.

Com efeito, pela inteligente perspectiva de Weber, um Estado orientado pela legitimidade tradicional funda sua relação de poder em prescrições arraigadas na sociedade. A autoridade mantém-se assim a partir do respeito que os dominados expressam aos costumes e às tradições. Obedece-se de maneira automática, reiterando-se condutas antigas, há muito introjetadas como hábitos no meio social. O corpo administrativo aí presente é escolhido segundo critérios de pessoalidade e de vinculação com o senhor. Trata-se de dependentes, de parentes ou de amigos

<sup>41</sup> *Ob. Cit.* p. 34.

personais, cujas nomeações, de ordinário, não são regradas por aspectos racionais e cujas funções e responsabilidades não são objetivamente fixadas. Ou seja, o conceito de “competência” não emerge como referencial no limite estabelecido para o exercício dos encargos. A esfera privada do governante confunde-se com sua expressão de poder, de modo que, neste tipo de poder legítimo, há uma imbricação entre a figura da autoridade e o indivíduo que a investe. A liderança, portanto, não se encontra em um sistema legal; mas, sim, em uma pessoa, que, como mencionado, dita suas ordens ancorada na força dos costumes.

Interessante perceber que, do quadro acima descrito, surgem duas consequências naturais para o direito em sociedades regidas pelo poder tradicional: a) de um lado, o senhor está limitado pelos ditames advindos dos costumes. Não tem como ele criar novas regras que se apresentem como avessas às tradições, porque estas são reconhecidas por todos como “valendo desde sempre”. Destarte, posicionar-se contra os costumes é pôr em xeque a própria legitimidade do poder, o que seria inadmissível para a sociedade em geral; b) por outro lado, no que alude aos fatos não regulados pelas tradições, goza a autoridade de amplíssima discricionariedade para decidir. Nessa região discricionária, impera o arbítrio, alimentado pela afeição, pelo agrado e pela pessoalidade, que variará apenas de senhor para senhor, conforme suas noções individuais de ética, de justiça e de utilitarismo.

Em suma, se, em uma parte, o espaço de autoridade sobre o direito é restrito à moldura traçada pela tradição e pelos costumes; na outra parte, impera a discricionariedade, sujeita aos impulsos do capricho, da pessoalidade e do voluntarismo.

Nesse ínterim, Max Weber divide o poder tradicional em duas formas, quais sejam:

- I) Estrutura puramente patriarcal, cuja representatividade maior encontra-se na figura do sultão (que controla todo o corpo administrativo de maneira concentrada e heterônoma, sem se preocupar com qualquer tipo de seleção especializada de seus funcionários); e
- II) Estrutura segundo ordens ou estamentos, cuja representatividade maior encontra-se no sistema feudal e nos principados antigos. Aí, apesar de persistir um vínculo de pessoalidade entre o senhor e seus servidores, estes gozam de parcela de autonomia na administração. No período da Idade Média, por exemplo, observa-se que algumas

pessoas de maior proeminência social eram agraciadas com títulos e com concessões do senhor, a fim de exercerem algum poder dentro de seus feudos. Nesse quadro, gozavam de autoridade de mando administrativo, inclusive no que tange à esfera jurisdicional.

Em qualquer caso, seja na estrutura genuinamente patriarcal, seja naquela alicerçada sobre ordens ou estamentos, o certo é que, no poder tradicional, a tradição, o privilégio, as relações feudais ou patrimoniais de fidelidade e a honra disciplinam as relações globais.

Por outro lado, na legitimidade carismática, a obediência dos dominados é mantida por um vínculo de afetividade, em razão dos “dons gratuitos” provenientes do líder. A relação de natureza emocional, a ideia de adoração, embalada pelo carisma são as características básicas deste tipo de poder. Historicamente, tais esferas de legitimidade encontravam-se em torno de profetas e de heróis. A crença está na pessoa específica do líder, advinda da noção de que este é um eleito, abençoado por capacidades mágicas, por dons divinos, por revelações, ou por características heróicas, que lhe constituem o espírito e o corpo. Ademais, junto de tais atributos, sempre lhe advém a retórica, a qual reforça a atmosfera arrebatadora.

No que alude ao corpo administrativo, verifica-se também aqui a ausência do conceito racional de “competência”. Contudo, diferentemente do que se dá no poder tradicional, os servidores não são eleitos com base em uma dependência doméstica, ou em um vínculo de parentesco ou de amizade, tampouco com base em uma ordem ou em um estamento; mas, sim, de acordo com sua dedicação à causa do líder. Aquele que mais se comprometer com a “missão” para a qual a autoridade foi divinamente talhada terá mais aceitação no corpo organizacional.

Além disso, no que se refere às regras estabelecidas por tal poder carismático, elas estão assentadas, tão-somente, na vontade e nas palavras do líder. O que importa é o que ele prega, o que diz e o que anuncia muito mais do que as regras escritas ou as tradições.

O maior exemplo que se pode citar é o de Jesus Cristo, o qual, no seio da sociedade hebraica, passou a arregimentar multidões em torno de si. Então, questionou o código de posturas legado pelo Antigo Testamento. Dizia ele: *“eu sou o caminho, a verdade e a vida. Ninguém vai ao pai, senão por mim”*.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Bíblia online (2012:1).

Seus ensinamentos punham em questão justamente as tradições e os costumes, mesmo que não se baseassem em nenhum estatuto legal ou racional, e ainda que fossem contra hábitos já incorporados amplamente pelos membros da sociedade hebraica.

Note-se que, nas sociedades hodiernas, o poder carismático tem sido amplamente personificado na figura do demagogo. De fato, tem sido comum o surgimento de líderes políticos que se anunciam (ou são anunciados) como “salvadores da pátria”, utilizando discursos cujos conteúdos simulam interesses genuinamente populares, para a satisfação e o aplauso das massas – tudo em conformidade com o que já fora apregoado por Max Weber acerca da legitimidade carismática:

Sobre a validade do carisma decide o livre reconhecimento deste pelos dominados, consolidado em virtude de provas – originariamente, em virtude de milagres - e oriunda da entrega à revelação, da veneração de heróis ou da confiança no líder. Mas esse reconhecimento (em caso de carisma genuíno) não é a razão da legitimidade; constitui, antes, um dever das pessoas chamadas a reconhecer essa qualidade, em virtude da vocação e provas. Psicologicamente, esse “reconhecimento” é uma entrega crente e inteiramente pessoal nascida do entusiasmo ou da miséria e esperança.<sup>43</sup>

Aliás, uma forte evidência de tal tipo de poder encontra-se no fato de os administrados esquecerem-se de qualquer fundamento lógico. Olvidam-se, ainda, das tradições, para se limitarem à adoração da pessoa do governante, ensejando uma idolatria cega, muito serviente aos regimes demagógicos, os quais tendem, naturalmente, para a autocracia.

Sobre esse aspecto, aliás, verifica-se que, atualmente, na América Latina, tal forma de dominação ganha força, recrudescendo as reacionárias tendências ditatoriais.

A Venezuela é um exemplo marcante dessa realidade, haja vista que a influência de Hugo Chaves alcançou tamanha idolatria entre seus prosélitos que, entre os membros do PSUV, não têm faltado apelos à sua santificação, inclusive pós-morte.

---

<sup>43</sup> (Weber, 2014:159).

A propósito, veja-se a recente matéria veiculada en La Verdad.com, a qual alude a um *Chaves Nuestro* (como paralelo à célebre oração cristão do Pai-Nosso).

En el PSUV rezan “Cháves Nuestro”

Los participantes en el “I taller para el diseño del sistema de formación socialista” del Partido Socialista Unido de Venezuela lanzaron hoy la “Oración del delegado”, versión chavista del Padre Nuestro católico que incluso se inicia con la frase “Chávez nuestro que estás en el cielo”.

“Chávez nuestro que estas en el cielo, en la tierra, en el mar y en nosotros, los y las delegadas, santificado sea tu nombre, venga a nosotros tu legado para llevarlo a los pueblos de aquí y de allá”, dice la primera parte de la oración leída por la delegada psuvista María Uribe.

Danos hoy tu luz para que nos guíe cada día, no nos dejes caer en la tentación del capitalismo, mas líbranos de la maldad de la oligarquía, del delito del contrabando porque de nosotros y nosotras es la patria, la paz y la vida. Por los siglos de los siglos amén. Viva Chávez, finaliza la plegaria.

El taller, que se inició el jueves pasado y culminó hoy, cerró con la lectura de la oración, así como con la participación de cantantes y poetas que dedicaron sus piezas al fallecido presidente Hugo Chávez (1999-2013) y a la llamada revolución bolivariana que propugnó.

En el evento de clausura estuvo presente el jefe de Estado, Nicolás Maduro, junto con buena parte de su gabinete ministerial, gobernadores chavistas y otros funcionarios y ofreció un discurso en el que señaló que la revolución se encuentra en una fase que “exige cada vez más formación de valores.

Cuando nos preguntamos qué valores debemos formar, y cuando nos preguntamos dónde debemos formar esos valores, tiene una sola respuesta: debemos formarnos en los valores de Chávez en el combate diario en la calle, creando, construyendo revolución, haciendo revolución”, dijo Maduro.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> (Diário La Verdade, 2014:1).

Além disso, malgrado a força da mídia e as manifestações pluralistas o impedissem, observou-se que, mesmo no Brasil, surgiu uma verdadeira adoração ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (que alcançou um recorde de 83% de aceitação em seu governo). O fato, obviamente, indicava uma tendência à personificação do poder, seguida de um enfraquecimento das instituições democráticas.

Para se apreender a verdade de tal declaração, basta lembrar-se de que, durante o mandato de Lula, o governo brasileiro financiou um filme acerca da vida do então Chefe do Estado, cujo conteúdo era, em tudo, uma hagiografia à figura do ex-Presidente. Além disso, mesmo após o fim de seus dois mandatos, e apesar de não exercer (oficialmente) cargo público, Lula teve sua imagem divulgada como um genuíno fiador da pretensa reeleição de sua sucessora (Dilma Rousseff).

Ora, toda a obediência baseada no carisma gera uma legitimidade irracional, ao tempo em que permite uma demagógica e perigosa concentração de poder. Não é por outro motivo que, em *terrae brasilis* (assim como em toda a América Latina), cresce a preocupação com os ataques incessantes à censura. Afinal, um poder que se caracteriza pelo carisma não enseja qualquer mínima crítica à pessoa da autoridade que o materializa. É nessa “santificação” do líder que se encontra posta a pedra-fundamental da legitimidade.

Finalmente, diga-se que, quando Max Weber trata do poder legal, explica-o como aquele cuja legitimidade funda-se na crença de um estatuto racional, caracterizando-se pela impessoalidade e pela universalidade.

Nesse caso, o dominado adota determinada conduta, porque acredita estar a autoridade baseada em fundamentos lógicos, que ultrapassariam os limites dos caprichos individuais. A dominação, dessa forma, arrima-se em regras de competência e na edificação de um corpo administrativo sóbria e ponderadamente organizado, alijado de apelos tradicionais, afetivos ou emocionais. O chefe é obedecido em razão de um respeito hierárquico embutido na regra (ou nas regras) existentes no estatuto. Aliás, tendo em vista que o poder legitima-se pelo regulamento, todo o corpo administrativo e o próprio chefe, ao tempo em que recebem suas esferas de atribuições dessa ordem racional, encontram-se limitados por ela e por seus procedimentos.

Assim, fica claro que, para se atender às exigências funcionais previstas no estatuto, não de se escolher agentes especializados para cada atividade, visando a se atingirem o nível, a objetividade e a eficiência nos serviços desenvolvidos.

A propósito, veja-se como se manifesta Weber sobre o poder legal:

A dominação legal baseia-se na vigência das seguintes ideias, entrelaçadas entre si:

1. que todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser estatuído de modo racional [...]
3. que, portanto, o senhor legal típico, o “superior”, enquanto ordena e, com isso, manda, obedece por sua parte à ordem impessoal pela qual orienta suas disposições;
4. que – como se costuma expressá-lo, quem obedece só o faz como membro da associação e só obedece “ao direito”;
5. [...] que os membros da associação, ao obedecerem ao senhor, não o fazem à pessoa deste, mas sim, àquelas ordens impessoais e que, por isso, só estão obrigados à obediência dentro da competência objetiva, racionalmente limitada, que lhe foi atribuída por essas ordens.<sup>45</sup>

Weber ainda deixa claro que a manifestação mais pura de poder legal é a burocracia – sistema de atividade administrativa no qual a execução das tarefas é feita por agentes bem definidos, os quais seguem uma rotina e uma hierarquia próprias e que se orientam por um estatuto fixo. Entretanto, por uma perspectiva mais técnica e principiológico do direito moderno, pode-se lembrar que tal estruturação escalonada, hierarquizada, legalizada e objetivamente instituída enquadra-se no sistema administrativo montado, especialmente, em um Estado de Direito. De fato, há de se reconhecer que o ordenamento jurídico mediante o qual o Estado se autolimita pelas próprias normas é um exemplo marcante do conceito de poder legal, haja vista que ele surge exatamente de procedimentos formais, que culminam em estrutura de regras alegadamente racionais.

No estado brasileiro (pelo menos tal como abstrata e idealmente encontra-se fundado na Constituição Federal), observa-se um interesse constante em respeitar-se a legalidade, a objetividade e a eficiência. Os superiores (em tese, ao menos) não podem agir conforme seu livre-arbítrio; mas, ao revés, têm de seguir suas atividades de acordo com as regras insertas no estatuto-mor, qual seja, a Carta Política, baliza de todas as demais leis regulamentadoras da ação pública. No art. 37, da Constituição Federal, a preocupação com a especialização e com a objetividade do corpo administrativo salta aos olhos já a partir

<sup>45</sup> (Weber, 2014:142).

do elenco de princípios explícitos ali apresentados (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Ademais, a regra também determina uma prévia e necessária existência de cargos e de empregos públicos (criados por lei), os quais têm esferas de atribuições próprias e que (salvo as exceções constitucionais) somente podem vir a ser ocupados pelos indivíduos aprovados em um concurso público.<sup>46</sup>

Nesse quadro burocrático, encontra-se ínsito o objetivo de preservar a impessoalidade no trato administrativo. Então, o conceito de competência não apenas existe, mas também se apresenta como um dos fundamentos da atuação pública. O superior não tem poderes ilimitados. Seus subalternos possuem, outrossim, um âmbito de atribuições que devem ser observados, de forma que, por princípio, a competência de cada agente não pode ser transferida a outro, salvo nos casos previstos em lei e justificados ao ponto de atender-se aos interesses públicos. É o que se observa, por exemplo, nos artigos 11 e 12, da Lei nº 9.784/1999, a qual, no Brasil, trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidente.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:  
I - a edição de atos de caráter normativo;

---

<sup>46</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso pública de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (Brasil, 1988:20).

- II- a decisão de recursos administrativos;
- III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade<sup>47</sup>.

Note-se que, se tal realidade já seria perceptível em um Estado de Direito, mais ainda o é quando se fala de um Estado Democrático de Direito. Aqui, as autoridades, para além de terem seus poderes limitados por um estatuto legal, não de buscar respeitar e assegurar os direitos dos cidadãos, sejam aqueles atinentes às esferas individuais, sejam aqueles referentes ao âmbito coletivo.

No estado democrático de direito (pelo menos no que tange à sua idealização), não basta respeitar-se a lei. Mais do que isso, mister se faz a busca da efetivação de direitos que assegurem as aspirações de uma vida boa. E isso porque a fonte da legitimidade não está nas tradições, nos costumes, no superior, no chefe ou no líder; mas, sim, na lei, e a legitimidade racional da lei encontra-se na aceitação de que esta existe para atender ao bem-comum.

Desta maneira, a consequência automática da inserção do adjetivo “democrático” é a assunção, por parte do Estado, dos deveres de: I) ensejar, ao máximo, a participação dos cidadãos no planejamento do agir administrativo; II) dar publicidade às condutas desenvolvidas pelos agentes estatais; III) justificar, no interesse público, as decisões adotadas e oportunizar aos cidadãos que influenciem no direcionamento de novas decisões do corpo administrativo.

A propósito, não é demais lembrar as lições de Robert Dahl, quando, definindo o que venha a ser uma “democracia ideal”, caracteriza tal regime como um “sistema de direitos fundamentais”.

[...] así, cada membro del *demos* tiene el derecho de comunicarse com otros; el derecho de que su voto se compute igual que los demás, el derecho de recabar información; el derecho de participar em idéntica condición que los otros miembros; y el derecho, junto com otros miembros, de ejercer el control de agenda. Por ende, la democracia es má que um mero procedimiento político; necesariamente, también es um sistema de derechos fundamentales.<sup>48</sup>

Em síntese, quando se fala de estado democrático de direito, está-se reconhecendo a permanente necessidade de transparência, de justificação e de

<sup>47</sup> (Brasil, 1999:1).

<sup>48</sup> (Dahl, 2004:11-55).

prestação de contas de cada etapa do movimento estatal. É nesse contexto de legalidade racionalizada que se busca a manutenção da legitimidade do poder.

Aqui, salta aos olhos a íntima conexão entre política, sociedade e direito. Este, não-raramente, termina sendo utilizado para justificar e legitimar o poder das autoridades sobre o direcionamento e o controle das relações sociais, viabilizando a manutenção do poder estatal. Aliás, não é por outro motivo que, como se verá, apesar de ter sido, por alguns estudiosos, injustamente aposto como categoria secundária de controle social, o Direito terminou por ter sua importância reconhecida pelos sociólogos, inaugurando-se um novo estágio dentro da teoria social, conforme se verá a seguir:

### **3.2 O direito pela visão da sociologia e a sua função ideológica na manutenção do poder**

Não se discute que os homens, na busca incessante de atenderem às suas necessidades, e em virtude de suas limitações naturais, vêem-se compelidos a manter inúmeras relações entre si. Dessas relações, surgem condutas variadas e, muitas vezes, interesses antagônicos, os quais, todavia, nem sempre são manifestados pelos indivíduos.

Realmente, é possível que uma pessoa adote determinado comportamento sem que, para tanto, admita, expressamente, a sua vontade. Pode tomar tal atitude, por exemplo, com o fito de satisfazer valores próprios, ou meras expectativas de seu grupo.

Quando age impelido apenas por móvel pessoal e autônomo, diz-se que o ser humano atua segundo os influxos da Moral. É o que acontece quando se opta por fazer-se uma doação a um indigente que, em via pública, estende a mão à espera de caridade. Nesse caso, embora não haja qualquer coação (ou pena) para aquele que não presta a assistência, o doador (a depender de sua formação moral) cobra de si tal conduta e dirige-se segundo a mesma.

Quando, por outro lado, uma pessoa age para satisfazer as pretensões do seu meio, atua segundo os imperativos dos costumes e dos tratos sociais. A situação, *a priori*, é semelhante, mas não se identifica com o campo da Moral. É que, no caso das regras sociais, a pressão que emerge para o indivíduo é externa (heterônoma). Parte, na realidade, de outros indivíduos, que esperam (embora não possam exigir) determinado tipo de comportamento. Assim ocorre, por exemplo, quando, durante um almoço, cria-se a expectativa de que cada

cidadão tenha um mínimo de compostura à mesa. É claro que, se algum deles não corresponder aos desejos dos demais, não terá como se lhe aplicar uma pena institucional. A sanção limitar-se-á à desaprovação implícita ou explícita dos presentes. De qualquer forma, repise-se, a pressão (diversa da advinda da Moral) é exógena.

Daí por que Miguel Reale<sup>49</sup> diferencia Moral de Costume, explicando que este último, ao contrário da primeira, caracteriza-se pela heteronímia; enquanto aquela, pela autonomia.

Aqui, importa ressaltar que a conclusão do professor alude às sociedades modernas, cujas complexidades já alcançaram o nível da construção de um ordenamento jurídico. Afinal, nas organizações mais primitivas, inexistiam diferenças marcantes entre costume (incluindo religião) e Direito, confundindo-se ambas as formas de controle social.

O certo é que, em inúmeros outros casos, todavia, alguns interesses pessoais, quando expressos, chocam-se com o meio com tanta força que se torna automático o surgimento de conflitos. A Moral e as meras sanções sociais mostram-se incapazes de conter os efeitos maléficos oriundos de tais comportamentos. Desta forma, torna-se imperativa a busca de soluções através de uma das seguintes vias:

- I) O uso da força, através da qual o mais poderoso ou mais ágil sobressai-se; II) O encontro de soluções alternativas pelas próprias partes; ou III) A intervenção de um terceiro.

Ao primeiro mecanismo, convencionou-se chamar de autotutela. Dá-se, como dito, quando uma parte impõe seu modo de solução do litígio à outra. É a forma mais instintiva de pôr termo a uma contenda e remonta às mais antigas eras.

Na segunda hipótese, os próprios litigantes buscam e encontram, em comum, resolver a celeuma. É o que se chama de autocomposição. Neste caso, existem três possibilidades: a) uma parte reconhece estar a outra com a razão, encerrando-se a polêmica; ou b) uma delas renuncia à pretensão que fundamenta o litígio; ou, ainda, c) cada litigante abre mão de parcela de sua alegada pretensão, para, juntos, alcançarem um termo pacífico.

---

<sup>49</sup> (Reale, 1987:57).

Finalmente, é possível que a solução do litígio caiba a um terceiro. Tal pode dar-se por vontade das próprias partes, que confiam na honestidade e na sabedoria do árbitro eleito, ou porque os costumes, as tradições ou a lei assim o determinam.

Pois bem, embora seja conhecido o brocardo latino *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, existe direito), deve-se questionar: em quais das situações de solução de litígio referidas pode-se afirmar que está presente o direito?

A resposta a essa pergunta, obviamente, dependerá do que se entende por tal conceito. Se compreendido o termo no sentido tradicional, torna-se inconcebível dissociá-lo da noção de Estado. Para o sociólogo austro-polaco Ludwig Gumplowicz, por exemplo, somente se pode falar em “direito” dentro de um ente estatal, porque a existência do Estado seria condição necessária para seu surgimento. Tal pensamento, nesse aspecto, coaduna-se, perfeitamente, com o positivismo jurídico clássico. Logo, por essa perspectiva, muitas soluções de litígio, especialmente as adotadas em sociedades primitivas ou menos complexas, dar-se-iam de forma alheia ao direito, quando fossem *contra legem*.

Imagine-se um exemplo:

- Em uma tribo indígena inserta na floresta Amazônica brasileira, resolvem-se aplicar castigos corporais a um de seus membros, por adotar conduta desviante das regras ali aceitas. Como o art. 5º, da Constituição Federal, que trata dos direitos e das garantias individuais, proíbe esse tipo de sanção (cruel ou degradante), resta evidente que a pena aplicada seria inválida. Tratar-se-ia, no caso, de uma medida não-jurídica, segundo a perspectiva tradicional do conceito de direito.

Aqui, não se pode deixar de reconhecer que o direito brasileiro admite, expressamente, no caso de crimes cometidos por indígenas, a aplicação de sanções penais ou disciplinares pelo próprio grupo tribal. Nesse caso, a instituição indígena assume caráter jurisdicional, sob a autorização do Estado para tanto. Ocorre que, conforme especifica a Lei Federal nº 6001/1973 (Estatuto do Índio), tais medidas punitivas apenas serão aceitas se estiverem alijadas de características cruéis ou infamantes.

*In verbis:*

Art. 57 da Lei. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disci-

plinares contra os seus membros, desde que não revistam carácter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.<sup>50</sup>

Como dito, apesar do reconhecimento (importante) de juridicidade às sanções aplicadas, estas somente terão amparo no direito se sua incidência estiver conforme as exigências da Constituição Federal.

O problema é que, muitas vezes, o “carácter cruel ou infamante” somente se evidencia à luz de uma determinada cultura e de uma certa tradição, específicas de um povo. Ou seja, a interpretação do que seja “cruel ou infamante” apresenta claros contornos de relatividade.

Para se ter uma boa compreensão, suficiente lembrar-se de que, para o “homem branco” em geral, consideram-se penas brandas aquelas relacionadas aos aspectos patrimoniais, tais como: multas e prestações pecuniárias, ou mesmo prisões domiciliares. Contudo, para um indígena, muitas vezes, a perda, por exemplo, de parte de suas terras (ainda que garantida a sua sobrevivência e mesmo que não lhe seja desonroso ou difamante) pode emergir como medida causadora de uma imensa dor moral, muito superior, por exemplo, ao recebimento de açoites ou medidas do gênero. É que, com frequência, o patrimônio está relacionado ao seu culto, às suas crenças, ou ao seu respeito pelos antepassados (v.g território sagrado). Ademais, no caso das “prisões domiciliares”, tais medidas, por atingirem a liberdade (tão cara aos membros do grupo tribal) pode encerrar uma crueldade bem maior do que para a média dos “homens brancos” e bem mais hedionda do que os castigos corporais.

Desta forma, o intérprete ideal haverá de buscar compreender a cultura e os valores da sociedade tribal cujo membro está sendo condenado, a fim de respeitar, a um só tempo, os princípios constitucionais (que não aceitam a crueldade de a infâmia) e a cultura indígena sob foco.

Sobre tais aspectos interpretativos, falar-se-á em tópicos seguintes.

De qualquer forma, segundo o conceito clássico de direito, uma pena de açoite aplicada pelo referido infrator indígena (ainda que no caso concreto seja tida como mais branda) seria *contra legem* e, portanto, antijurídica.

Por outro lado, segundo a visão sociológica de Boaventura de Sousa Santos, entende-se que o direito está presente todas as vezes em que se verificar um corpo de procedimentos regularizados, socialmente justificáveis e destinados a contribuir para a solução de litígios, sob a ameaça da força.

<sup>50</sup> (Brasil, 1973:1).

O conceito do mestre português, assim, é mais flexível, reputando-se materialmente mais eficiente. Abrange, pois, uma gama maior da realidade, aí se incluindo as formas de solução de litígio que, embora contrárias ao ordenamento estatal, sejam socialmente justificáveis e aceitas. No caso referido, a aplicação dos castigos físicos ao índio poderia ser considerada incidência do direito, desde que aplicado segundo procedimentos aí aceitos e através de autoridade socialmente reconhecida.

Como se vê, o conceito mais amplo de Sousa Santos também traz a vantagem do respeito à diversidade cultural, projeção de um direito humano básico.

É nesse último sentido, portanto, que se compreende aqui o termo “direito”, ainda que com temperamentos advindos das aspirações universais acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Em qualquer caso, há de se ressaltar que, embora seja um fenômeno incontestável, o direito, ao longo de séculos, mereceu maior reconhecimento ou vilipêndio por parte da sociologia, a depender da época e dos estudiosos que analisaram a sua importância como mecanismo de controle social. Quem faz a advertência é, justamente, Jürgen Habermas:

Durante os três últimos séculos, a categoria do direito oscila, na análise do Estado e da sociedade, acompanhando os altos e baixos das conjunturas científicas. De Hobbes até Hegel, a categoria do direito foi utilizada como uma chave capaz de mediar todas as relações sociais. [...] Adam Ferguson e John Millar ainda estão no caminho que vai de Aristóteles a Marx, encontrando-se, pois, na encruzilhada entre a política clássica e a economia política contemporânea. Enquanto pensadores empíricos, eles se dirigem contra o prescritivismo de um direito da razão, cujos argumentos normativos ultrapassam as particularidades históricas e os dados sócio-culturais; e, na qualidade de sociólogos e antropólogos antigos, eles também se opõem a um racionalismo que pretendia absorver a rede informal de relações sociais consuetudinárias, de tradições naturais, de interesses e de estruturas de classes profundamente arraigados e transformá-los num sistema de regras.<sup>51</sup>

O certo é que a antiga dicotomia teórica sobre a importância do direito formou dois grupos de pensadores sociais sobre o tema, quais sejam: os funcionalistas e os conflitualistas.

<sup>51</sup> (Habermas, 2003:66-67).

Para os funcionalistas, a sociedade possui vários mecanismos de controle, que mantêm o equilíbrio comportamental dos indivíduos e dos grupos. Consideram que, em regra, a harmonia social é assegurada por meio da família, da religião, das tradições etc. Logo, partem do entendimento de que o conflito é episódico e patológico nas relações humanas, de modo que o direito, no máximo, teria a função de restabelecer a ordem que, excepcionalmente, foi abalada, sem, contudo, alterá-la substancialmente. Na realidade, essa corrente teórica entende que mesmo o aumento da complexidade nas organizações modernas não obsta a permanência da harmonia. Ao contrário, defendem que, quanto mais as sociedades incrementam seus níveis de complexidade, mais se estabelecem conexões entre os subsistemas sociais. Dentre seus principais preconizadores, estão Talcott Parsons, Robert K. Merton e Niklas Luhmann, os quais, malgrado possuam peculiaridades em seus pensamentos, concordam sobre a auto-funcionalidade do sistema social.

Os conflitualistas, por outro lado, partem do pressuposto de que as relações humanas encontram-se sob permanente litígio. Para alguns, como Ralph Dahrendorf, os conflitos existiriam entre indivíduos; para outros, como Ludwig Gumplowicz, todavia, as contendas surgiriam entre classes. De qualquer forma, em ambos os casos, reconhece-se que os litígios são fenômenos naturais e inevitáveis na sociedade. Desta forma, ao se construir o ordenamento jurídico, torna-se inevitável que as tensões intersubjetivas ou interclasses sejam para aí transpostas. O direito surge, então, como resultado dos inúmeros conflitos e com enorme função ideológica, tendo por escopo mascarar a luta subjacente pelo poder. Serviria, pois, diretamente, aos interesses da classe dominante, sendo eficiente instrumento de legitimação do *status quo*.

Com quem a razão?

Não se pode desconhecer que toda relação humana é marcada, no mínimo, por tensão de forças potenciais. O conflito, embora nem sempre se manifeste, há de ser tido como latente ou possível. Assim acontece, como não poderia deixar de ser, inclusive, na família, por mais harmônico que seja o meio doméstico. Pais e filhos, ainda quando se amam, mantêm entre si permanentes risco de litígio, o qual, às vezes, chega a desencadear-se até mesmo em cenas violentas do cotidiano. Exatamente por isso é comum a presença, em ordenamentos jurídicos, de normas que expressem a extensão do poder parental.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> O Código Civil Brasileiro, por exemplo, regulamenta o poder-dever dos pais nos seguintes termos: Art. 1.634. Compete aos pais quanto às pessoas dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e edu-

Da mesma forma, também em relações efêmeras ou de célere contato social, o litígio é sempre pressuposto. É por tal motivo que, de ordinário, o direito, buscando antecipar-se a determinados conflitos, estabelece regras de convívio social. É o que acontece, por exemplo, com a destinação de vagas de estacionamento de veículos para os proprietários que possuam deficiência física, ou com as inúmeras regras de definição de tráfego de automóveis. O legislador, ciente dos riscos permanentes do surgimento de conflitos, regula as condutas e prevê sanções antes mesmo que surja uma contenda efetiva.

Em suma, nesse aspecto, impossível negar-se a veracidade da perspectiva dos conflitualistas.

Por outro lado, há de ressaltar que a sociedade tem garantida a sobrevivência, justamente, porque existem inúmeras outras formas de controle dos comportamentos humanos, além do direito. Aliás, malgrado o conflito seja sempre, no mínimo, potencial, na maioria das vezes (felizmente), as relações sociais pautam-se pela harmonia e pela razoável credibilidade ou tolerância entre os sujeitos. A moral, os costumes, a religião e a escola são mecanismos ou instâncias que resguardam a convivência intersubjetiva. Na realidade, por mais se reconheça o impulso atávico-egoísta do homem, é sabido que o ser humano, até pela sua racionalidade, não se põe a dispêndios permanentes de forças. Em regra, busca (ainda que como forma de sobrevivência) a manutenção significativa de relações de paz. Para asseverar a assertiva, basta recordar-se de que, mesmo durante as grandes guerras históricas, sempre houve múltiplas tréguas e tentativas de acordos entre os contendores.

Em suma, a perspectiva mais prudente é a que sintetiza as teorias conflitualistas e as funcionalistas. Afinal, ao tempo em que se reconhece a presença constante do litígio nas organizações humanas, é impossível desprezar-se que a eficiência do Direito, na qualidade de instância formal de controle, depende, diretamente, do equilíbrio advindo das instâncias informais.

---

cação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (Brasil, 2002:1).

### 3.3 O poder é bom?

Michel Foucault, ao revés da maioria dos pensadores, presta enorme homenagem à função progressiva do poder. Ele lembra que o poder viabiliza a unidade e a harmonia sociais, de modo que possui forte conotação positiva nas relações humanas. Assim, é injusto que se costume ligar a sua finalidade à simples ideia repressora, olvidando-se de sua inestimável função social.

Ora, me parece que a noção de repressão é totalmente inadequada para dar conta do que existe justamente de produtor no poder. Quando se definem os efeitos do poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa a não ser dizer “não”, você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz “não”, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.<sup>53</sup>

Não se nega que tais considerações de Foucault trazem à baila indiscutível aspecto progressivo do poder. O poder, efetivamente, só pode existir se é capaz de construir algo. É que, ao viabilizar a convergência de ações, desloca as forças sociais para uma tendência à unidade.

Karl Marx, por exemplo, por um lado, apontava o aspecto repressivo dos poderes estatal e jurídico, porque os entendia como lídimas formas ideológicas de dominação pelas classes burguesas. Apesar disso, terminava por reconhecer que, antes de se eliminarem o Estado e o Direito, para alcançar-se a sociedade comunista, mister se faria a instauração de uma “ditadura do proletariado”<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> (Foucault, 1984:7-8).

<sup>54</sup> Lembra Gerardo Molina: “En cuanto al primer nivel, Marx explicó em varias partes de su obra que al ser derrocado el capitalismo y al procederse a organizar otro sistema, vendrá um período que él llama etapa inferior del comunismo, pero que sus continuadores denominan com más exactitud, la etapa socialista. Después vendrá outra, muy evolucionada, la propriamente comunista. Uno de los rasgos distintos de la primera fase, según el análisis hecho por Marx en el libro “Crítica de los programas de Gotha y de Erfurt”, es que en el lapso entre la sociedade capitalista y la comunista, el Estado

Ou seja, mesmo um ferrenho alzo do Direito e do poder estatal, não lhes pôde negar a qualidade unificadora, indispensável para dirigir comportamentos.

Não obstante isso há de se reconhecer que a “unidade”, o “progresso” e a “construção coletiva” sempre foram bandeiras utilizadas pelos Estados totalitários, que, amiúde, arregimentaram (e arregimentam) as massas populares em geral. Aliás, tais conceitos apresentam-se como sedutoras e eficientes expressões retóricas, porque a ideia de “integrar”, de “formar” ou de “participar” de uma entidade maior vem ao encontro da aspiração que o ser humano tem, no sentido de completar as suas necessidades em geral. A muitos daqueles cujas necessidades se antolham muito distantes, o discurso da “unificação” pelo poder costuma apresentar-se como irresistível tentação, ao qual acorrem prontamente. Aliás, o problema maior surge quando o indivíduo não se sente integrado à sociedade. Passa, então, a buscar a esperança, um ponto de estabilidade para si mesmo e, não o encontrando, dispõe-se a se inserir em qualquer espécie de empreitada.

Ralph Dahrendorf aponta justamente esse quadro (o da desesperança) como a principal fonte de conflito entre os indivíduos. Ele afirma que, no caso, não se trata de uma classe social, mas de uma “classe inferior” (de “excluídos da sociedade”), que, mais tarde, terminam sendo o principal recurso humano, para integrar a pequena delinquência (a curto prazo) e, mais tarde, a criminalidade mais complexa, bem como o terrorismo.

En cualquier caso, lo cierto es que actualmente en los países de la OCDE, no solo hay un número considerable de perdedores, sino también de gente perdida, de personas que no creen que los supermercados, las elecciones políticas, las iniciativas ciudadanas o los días festivos son también para ellas. Ciertamente, estas personas viven en la sociedad, pero no son parte de ella [...] Independientemente de cuál haya sido el motivo que há llevado a W. J. Wilson a desechar el concepto de clase inferior, hay una buena razón para hacerlo: no estamos ante una clase social em sentido estricto. Las clases son grupos sociales que son capaces de organizarse para defender sus intereses y que por lo general así lo hacen. Los excluídos de la sociedad, en cambio, se asemejan a los parados de Marienthal que Paul Lazarsfeld y Marie Jahoda describieron en um estudio temprano: etos son gente apática

---

construído después del triunfo de la revolución proletaria adquirirá un gra poder, a efecto de dirigir com éxito el proceso transformador, para irse desvaneciendo luego poco a poco, hasta llegar a su extinción definitiva em la segunda etapa, cuando se passe de la dominación sobre los hombres a la administración de las cosas (Molina, 1986:57).

[...]. La extrema pobreza, la exclusión más completa, significa también apatía; el conflicto social sólo comienza cuando existe un rayo de esperanza

[...]

[...] Estas condiciones son extremadamente favorables para un modo de vida al margen e incluso fuera de la ley y del orden. La delincuencia es una de las formas de individualización del conflicto social [...].

De aquí al segundo fenómeno que hemos de mencionar en este contexto, el terrorismo, hay solo un paso. Me refiero fundamentalmente al terrorismo basado en el martirio.<sup>55</sup>

Outra situação bastante curiosa, capaz de ilustrar que a ordem e a unidade (advindas do poder) nem sempre são benéficas alcançou as telas do cinema. Recentemente, o filme *Die Welle*, de Dennis Gansel, contou a história de um professor de uma escola ginásial alemã, Rainer Wenger (interpretado por Jürgen Vogel). O docente resolve envolver toda uma classe em uma experiência pedagógica sobre Autocracia. Inicialmente, lança um desafio aos alunos, asseverando estar convicto de que seria possível, mesmo nos dias atuais, a implantação de uma ditadura na Alemanha. Pergunta: “*Vocês são da opinião de que uma ditadura não seria mais possível entre nós?*” (“*Ihr seid also der Meinung, das eine Diktatur bei uns nicht mehr möglich wäre?*”<sup>56</sup>).

A ideia do professor, embora a princípio seja ridicularizada por alguns discentes, vai-se concretizando. No decorrer das aulas, os estudantes devem levantar-se antes de dirigir-lhe a palavra e tratá-lo por “senhor” (*Herr Wenger*). A turma cria um cumprimento oficial e cria um nome para o movimento – A Onda (*Die Welle*). Além disso, para criar uma uniformidade e marcar distinções dos demais membros da escola, os integrantes de “A Onda” passam a vestir calça jeans e camisa branca e criam um símbolo do grupo.

Empolgados pela sensação de que integram uma entidade importante, os jovens passam a desprezar quem não os segue; picham os bens públicos com o emblema do movimento; e começam a reprimir qualquer ato que venha a frustrar um mínimo desejo do professor *Wenger*. Este, por sua vez, deixa-se

<sup>55</sup> (Dahrendorf, 2005:93-100).

<sup>56</sup> (*Die Welle*, 2008:[DVD - 102 min.]).

seduzir pela percepção de poder, tornando-se, a cada dia, uma pessoa mais intolerante.

A autocracia, fundada sobre a ideia de unidade e de poder, estava constituída!

É certo que a relação de poder constituída entre *Herr Wenger* e seus seguidores permite ao professor o controle e a atenção total na sala de aula. O aspecto progressivo e construtivo do poder (de que fala Foucault) sobressai-se. Os alunos, a propósito, demonstram incrível interesse nas atividades da matéria e participam ativamente dos trabalhos a ela pertinentes.

Por outro lado, como sói acontecer em todo o sistema de “lavagem cerebral”, os estudantes perdem o interesse por tudo o que não estiver ligado ao movimento “A Onda”. E, como a intolerância e o radicalismo são seus traços mais fortes, não é de estranhar que, ao final da história, verifique-se que o movimento conduz os jovens a cometerem atos extremos de violência, gerando tragédia e morte, inclusive, no ambiente escolar.

Poder-se-ia dizer que se trata de mera invenção cinematográfica, sem base científica alguma. Todavia, a mesma história narrada por Dennis Gansel já houvera sido veiculada por um filme americano e, em ambos os casos, a inspiração surgiu de uma história real (embora menos dramática).<sup>57</sup>

O risco de condutas “uniformizadoras” como essas não passou despercebido pelos olhos atentos de Alain Touraine. Realmente, o sociólogo frisou, há muito, o perigo advindo da identificação de cada pessoa com uma ideia imutável (pretensamente perfeita). Segundo ele, sempre que atitudes desse jaez são fortalecidas, dá-se um passo a caminho do autoritarismo e da intolerância.

Todos os que têm pensado que a verdadeira liberdade residia na identificação do indivíduo com um povo, um poder ou Deus, ou, pelo contrário, que o indivíduo e a sociedade tornavam-se livres em conjunto ao se submetem à razão, abriram o caminho para os regimes autoritários [...] Se o homem não passa de um cidadão ou se o cidadão não é o agente de um princípio universal, deixa de haver lugar para a liberdade e esta é destruída em nome da razão ou da história. É pelo fato de terem resistido a essas ilusões perigosas que os partidários da liberdade negativa e da socieda-

<sup>57</sup> É uma regravação (com modificações) do filme americano *The Wave* (de 1981), cuja inspiração é o livro, de mesmo nome, do escritor Morton Rhue. Este, por sua vez, escreveu a obra inspirado fatos reais, ocorridos em uma escola na Califórnia, em 1967 (SALA 2084. Adaptações Ideológicas em Quatro Versões de “A Onda”) (*Die Welle*, 2008:[DVD - 102 min.]).

de aberta – em poucas palavras, os liberais – defenderam melhor a democracia do que os que faziam apelo à fusão entre indivíduo e sociedade em uma democracia popular – aliás, doravante, a História tornou seu nome impronunciável.<sup>58</sup>

Diante disso, torna-se evidente que o poder, sendo meio de direção de comportamentos, não se configura, por si só, em uma relação maléfica ou benéfica. Tudo há de depender se a unidade produzida através dele é canalizada para aprimorar a personalidade e a dignidade humanas, ou para construir a intolerância, a violência e o radicalismo. O problema maior surge quando, como se verá, busca-se tornar qualquer poder imutável, haja vista que, ao assim fazer-se estar-se-á fragilizando qualquer pretensão democrática.

### 3.4 Da vigília contra a autocracia

Sabendo-se que os conflitos, mesmo latentes, espraíam-se pelas sociedades em geral, e tendo-se ciência de que o uso maléfico do poder conduz a riscos sociais extremos, questiona-se: como se evitarem tais riscos em âmbito estatal?

A resposta a esse pergunta, certamente, atravessa todas as organizações humanas e, no que tange ao seu aspecto mais abrangente, clama pela compreensão de como se comporta o poder político – assim entendido como aquele pertinente às relações ou às implicações do poder na vida do povo e na forma de organização e de condução do Estado.

Para se compreender o grau de evolução política de um Estado, interessante avaliar-se como está distribuído o poder, o modo como é transmitido, a forma como é controlado e o acesso dos cidadãos ao mesmo. Daí se falar em sistema político.

Assim, quando se quer saber onde se encontra o poder, utiliza-se a nomenclatura *forma de Estado*, especificando-se tratar-se de um ente Centralizado (poder político unificado) ou Federado (poder distribuído). Quando se deseja saber se o poder é transferido hereditariamente (monarquia) ou temporariamente (república), fala-se em forma de governo. Se avalia a forma de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, está-se apreciando o regime de governo: presidencialismo ou parlamentarismo. Por fim, na apuração do

<sup>58</sup> (Touraine, 1994:35).

acesso do povo ao poder, utiliza-se a categoria regime político – autoritarismo e democracia (indireta, semi-direta e direta).

Ora, se é verdade que a categorização de um determinado sistema político dá uma ideia de como se processam as relações de poder entre governantes e governados, também é certo que tal entendimento, conquanto seja importante, é relativamente vago, haja vista ser genérica. De fato, ao se dizer que, no Brasil, está-se diante de um Estado Federado, de natureza republicana, regido pelo presidencialismo e de democracia semi-direta, tem-se apenas uma noção de como se imbricam as tensões de forças políticas nesse país. Aliás, tal noção, se extraída apenas do sistema constitucional, pode, inclusive, dificultar análises mais profundas sobre a realidade de determinado Estado. É que, embora não seja, felizmente, o caso do Brasil (pelo menos até o momento), seria perfeitamente possível que, por trás de um ordenamento jurídico democrático, funcionasse, na prática, um sistema autoritário, que atropelasse os direitos e as garantias individuais.

Recentemente, por exemplo, tem-se verificado, na América Latina, uma tendência dos Chefes de Estado, no sentido de utilizarem emendas constitucionais e plebiscitos, para permanecerem no Poder, em detrimento da salutar oxigenação político-democrática. Fica claro, portanto, que a previsão, no ordenamento jurídico, de instituições democráticas, por si só, não evita o surgimento de autocracias ou de oligarquias. A solução para investidas dessa natureza é a eterna vigilância da população, a qual se efetiva mediante atos concretos de participação política e jurídica, seguida de robusta atuação da imprensa.

A respeito, importantes lições podem ser colhidas de Pierre Lévy, notadamente a partir de seu livro *A Inteligência Coletiva – por uma antropologia do ciberespaço*<sup>59</sup>. Na obra, o pensador faz edificante recapitulação acerca de como a espécie *homo sapiens* tem manipulado, de maneira cada vez mais evolutiva, conceitos, técnicas e métodos destinados a potencializar suas capacidades, seja no aspecto tecnológico, seja nos âmbitos social e político.

Nessa trilha, Lévy demonstra como, em diversos setores do conhecimento, o homem tem buscado aumentar a eficiência e a eficácia de seus resultados pela otimização dos meios e pelo respeito às individualidades, que merecem uma atenção singular em prol do alcance de melhores objetivos. É o que ele denomina “progresso em direção à economia do humano”.

---

<sup>59</sup> (Lévy, 1999:79).

De fato, o pensador francês começa recordando que, no atinente ao controle das espécies vivas, o *homo sapiens* partiu da seleção natural (considerada uma tecnologia que a vida aplica a si mesma), passando por uma seleção artificial (com o a domesticação de animais desde a revolução neolítica), até atingir a moderna biologia molecular (que lhe proporcionou técnicas de controle da vida inclusive na escala genética). Da mesma forma, assistiu-se a um enorme progresso acerca do uso e do controle da matéria (com técnicas que vão desde a mecânica, perpassando a termodinâmica, até atingir a nanotecnologia). Segue, então, falando do controle das mensagens (a princípio somáticas e, depois, midiáticas e digitais), para, ao final, abordar a evolução observada no que tange ao controle sobre os grupos humanos. É que estes, explica Lévy, no princípio, tiveram mera natureza orgânico-familiar; mas, em seguida, apresentaram-se regulados por instituições transcendentais (Estado burocrático) e, hoje, devem ir em busca de um concepção de “Inteligência coletiva”.

Com efeito, Lévy segue demonstrando que a melhor forma de se aumentar o rendimento de uma organização social humana é mediante o desenvolvimento de uma política que ele denomina “molecular”; ou seja, uma política que busque valorizar cada riqueza humana “qualidade por qualidade”.

Nesse ínterim, preconiza o filósofo a necessidade de desenvolver-se uma engenharia do laço social, de modo que os membros do grupo humano não sejam organizados por categorias ou classes, nem unificados por líderes ou instituições (poder transcendente); mas, sim, construídos, de forma contínua, sobre uma auto-organização, que assegure a permanente e ativa participação de todos. (poder imanente).

A respeito, Pierre Lévy apresenta-se com um verdadeiro “futurista político”, haja vista que aposta na capacidade de se aproveitarem as tecnologias mais modernas e avançadas da cibernética, para viabilizar-se a formação de um ciberespaço, que torne possível a materialização de uma democracia em tempo real. O desejo do estudioso é construção uma grande “ágora virtual”, por meio do que a política e o direito podem incorporar, permanentemente, ideias advindas de todas as potencialidades humanas.

Pois bem, sobre o tema, ainda que se possa apontar a descrição de Lévy como um “sonho impossível” (e ele próprio se reconhece, em boa medida, como utópico), não se pode desconsiderar que tal perspectiva emerge como relevante paradigma a ser buscado pelas sociedades hodiernas, em especial

quando se lembra de que, no campo jurídico, a realidade dos processos eletrônicos já é concreta e palpável.

O certo, portanto, é ser irrefutável que o Direito (inclusive o Direito moderno e, por que não dizer?, o eletrônico ou o cibernético), ao lado de ser uma instância formal de controle das condutas sociais, funciona como instrumento ideológico de extrema utilidade, albergando, em seu bojo, as múltiplas facetas do discurso que se espalha na sociedade.

### **3.5 As instâncias de validade da norma jurídica e a função da magistratura na sua apreciação**

Como toda criação cultural, a norma jurídica, da mesma forma, não está imune ao colorido variegado de interesses (inclusive os de natureza escusa). A busca incessante dos indivíduos, no sentido de satisfazer às suas múltiplas necessidades, é trasladada do âmbito fático para o âmbito normativo (norma jurídica)<sup>60</sup>. Desta forma, para que cumpra a sua legítima função social ordenadora, o Direito não pode limitar-se à justificação formal. Realmente, o simples fato de uma prescrição normativa ser oriunda de uma autoridade ou de um procedimento não tem o condão de dar sustentabilidade ao sistema jurídico. Faz-se mister que o procedimento racional-legal (de que trata Weber) mantenha-se harmônico com os anseios sociais, a fim de assegurar-se a sua eficácia. Afinal, o poder não se mantém sem que os dominados, consciente ou inconscientemente, permitam-no.

A propósito, importa lembrar que, no Brasil, tem-se destacado importante perspectiva do Direito, a partir da sua análise tridimensional, como fato, valor e norma. Defende-se, segundo essa concepção, que o Direito preexiste à lei. Aquele surgiria, automaticamente, da dinâmica das organizações humanas; esta, por sua vez, seria a mera expressão formal do Direito, constituindo-se em uma resultante do embate entre os fatos e as aspirações sociais. Eis, pois, o motivo por que, nas palavras de Arnaldo Vasconcelos, seria possível o fenômeno da ineficácia jurídica.

Em verdade, a norma não é Direito, embora, em linguagem metafórica, possa dizer-se que ela contém Direito.[...] A lição pauliana é

<sup>60</sup> Aqui, mais precisamente neste tópico, está-se utilizando norma jurídica como conceito equivalente a regra e a princípios, os quais são inseridos no ordenamento a partir de um procedimento legal instaurado e regularizado por autoridades competentes. Como se verá posteriormente, o conceito mais moderno de norma está ligado a um caso específico, quando se fala de “concreção normativa”.

exemplar: a regra nasce do Direito.[...] O certo é que o Direito antecede à sua expressão formal, que é a norma jurídica, devendo, só por esse motivo, prevalecer sobre ela.

[...] Precisamente porque a norma não constitui Direito é que se dá o fenômeno da ineficácia. O fato de a norma estar disponível, isto é, ter vigência, não implica a sua realização prática. Essa se funda em razão de justiça, que é causa de seu acatamento, medida de sua eficácia.

Vigência e eficácia são momentos distintos do ser e do realizar-se, este pressupondo aquele, salvo em se tratando de norma consuetudinária, quando a vigência decorre da eficácia. E há de ser assim, porque a norma jurídica pertence ao mundo ético, mundo do dever-ser, que por definição deve ser, mas, na prática, poderá sempre não vir a ser.<sup>61</sup>

É claro que não se pode negar que a “rede produtiva” (o viés progressivo do poder a que se refere Foucault) só subsiste através da anuência dos dominados. Estes, de maneira geral, têm de apeter-se com a situação que o poder lhes impõe (ou, ao menos, resignar-se com ela). Aliás, no caso específico de um poder legitimado em um estatuto, as regras que o arrimam têm de ser construídas não apenas ritos burocráticos e administrativos; mais que isto, têm de respeitar as aspirações da sociedade e os valores coletivos de uma maneira geral; ou, no mínimo, têm de ser capazes de seduzir ou de ludibriar a maioria do corpo social. Em suma, de alguma forma, tais regras devem ser aplaudidas; ou, pelo menos, aceitas. É nesse sentido que o professor Miguel Reale (da Universidade de São Paulo) demonstra que uma norma jurídica há de obedecer a três instâncias de validade, quais sejam: validade formal ou técnico-jurídica (vigência), validade social (eficácia ou efetividade) e validade ética (fundamento).<sup>62</sup>

Explica o professor que, quando se fala em validade formal, deve-se entender tal conceito como “*a executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração*”.<sup>63</sup> Nesse caso, toma-se em consideração, tão-somente, o fato de a norma ter seguido

<sup>61</sup> (Vasconcelos, 2002:13).

<sup>62</sup> Observe-se que Miguel Reale lembra que, “na terminologia brasileira, vigência equivale a validade técnico-formal, enquanto que os juristas de fala espanhola empregam aquele termo como sinônimo de eficácia” (Reale, 1987:105).

<sup>63</sup> *Ob. Cit.* p. 108.

os trâmites legais de sua formação, como requisito para tornar-se obrigatória. Para tanto, teria de respeitar quatro etapas:

- I) Elaboração por poder político competente – a norma tem de ser oriunda de ente político; os quais, no caso do Brasil, são a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios;
- II) Legitimidade do órgão (ou legitimidade subjetiva). Não basta que a norma seja oriunda da pessoa política; mas, também, que seja produzida por um órgão autorizado a tanto – Poder Legislativo (se se trata de lei); ou órgão competente do Executivo (quando se trata de ato administrativo);
- III) Legitimidade quanto à competência *ratione materiae* (ou legitimidade objetiva). Como cada órgão tem competência legislativa específica, a validade formal também estará condicionada ao fato de a matéria normativa ter sido produzida pelo órgão incumbido constitucionalmente de fazê-lo. Assim, no caso do Brasil, o Congresso Nacional (órgão do Legislativo federal) não pode conceder isenção sobre um tributo de competência do Estado do Rio de Janeiro ou do Estado do Piauí, por exemplo. É que, no caso, embora seja o Congresso órgão subjetivamente legítimo integrante de um ente político, não tem competência para regular tal matéria;
- IV) Legitimidade quanto ao procedimento. Não basta ser expedida pelo órgão ou pelos órgãos legítimos, nem que estes atuem dentro da matéria de sua competência. Também é imprescindível que a norma trilhe os trâmites prévia e racionalmente definidos – proposta do Parlamentar ou do Chefe do Executivo; votação e aprovação por determinado *quorum*; promulgação; e publicação etc.

Respeitados tais requisitos, estar-se-ia diante de uma norma formalmente válida!

Mas seria o bastante?

Obviamente que não. Afinal, se a norma tem a pretensão de orientar condutas na comunidade, consubstanciando-se em um instrumento do poder político, faz-se necessária a sua razoável aceitação social (eficácia). O fato, por si só, de existir no ordenamento, não leva ao necessário reconhecimento por parte dos cidadãos.

É claro que sempre remanesce ao Direito a possibilidade de impor condutas, sob a ameaça de sanções. Todavia, o mecanismo da força consegue, somente por algum tempo, manter o que Habermas chama de “*faticidade artificial*”. A médio ou a longo prazo, a tensão de forças entre faticidade e validade leva, inexoravelmente, à desestabilização do poder político.

A propósito, interessante o pensamento do professor alemão:

A validade social de normas de direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a faticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a faticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição de legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.<sup>64</sup>

Por fim, Reale frisa a importância de que a norma preencha a terceira instância de sua validade – a ética. Aliás, a partir dessa perspectiva, vislumbra-se a similitude de seu pensamento com o de Dreier, quando este trata de validade de um sistema de direitos:

Em primeiro lugar, ele precisa ter eficácia na sociedade e, em seguida, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou alcance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> (Habermas, 2003:45).

<sup>65</sup> *Ob. Cit.* p. 51.

Com efeito, seria insuficiente que, pelo simples fato de uma regra alcançar significativa aceitação social, ela viesse a ser obrigatória. Caso assim fosse, estaria instalada a ditadura da maioria, em total atropelo dos direitos individuais da minoria.

Imagine-se, por exemplo, que, em determinado Estado, a onda crescente de imigrantes gerasse um forte sentimento de xenofobia. Diante disso, o governo, movido por pressões sociais constantes, expedisse normas radicalmente restritivas de direito aos estrangeiros ali residentes (v.g proibição de empregos e controle de natalidade por medidas de esterilização). Ora, em tal situação, considerando a enorme maioria dos nacionais, não se discutiria a validade social das normas recentemente aprovadas. O problema é que as mesmas violariam o núcleo ético dos direitos humanos, afrontando as ideias mais comeczinhas da moral.

Aqui, contudo, ingressa-se em uma complexa questão, relativa a se saber quem poderá reconhecer quando uma norma (*rectius*: lei) é ou não eticamente válida e, mais ainda, como será feito tal reconhecimento e que critérios serão utilizados nessa empreitada.

Veja-se que, de fato, não basta se aplicarem “fórmulas prontas”, oriundas de uma metodologia analítica ou lógico-dedutiva; afinal, a ideia do que seja “direitos humanos”, para apreciação do núcleo ético da norma, é, como se demonstrou alhures, variável conforme o ambiente em que se analisa uma conduta. O sentido do que seja “cruel” para uma sociedade burguesa típica da pós-modernidade, por exemplo, será bem diferente daquele sentido empregado por uma aldeia indígena amazônica, notadamente se esta última ainda se mantiver isolada da denominada (não sem preconceito) “civilização”.

Eis, assim, o motivo por que David Sánchez Ruiz, após fazer uma acerba crítica ao conceito que as sociedades ocidentais burguesas utilizam para “direitos humanos” e para as chamadas “gerações de direitos”, elabora a seguinte advertência:

Historicamente, siempre han existido grupos humanos que se han levantado y resistido frente a distintas y diversas expresiones del poder. [...] Por desgracia, muchos de ellos al final han visto retrasado o impossibilitado el reconocimiento constitucional e/o institucional de sus reivindicaciones. Incluso sus demandas han sido juzgadas como no factibles.

En este sentido, los derechos de los trabajadores, las mujeres, los negros, los pueblos indígenas, los homosexuales, y las personas con algún tipo de discapacidad pueden tener procesos de reconocimiento institucionales y normativos posteriores a los sucesivos y con resultados dispares movidos por racionalidades, conflictividades, necesidades y rugencias distintas. No es un problema de generaciones, sino de derechos que surgen ante problemas y racionalidades diversas que luchan por una hegemonia previamente establecida por el grupo social – la burguesía – que consiguió esblencr las reglas del juego acerca de como dar sentido al concepto de derechos humanos.<sup>66</sup>

Pois bem, o certo é que, nos países democráticos, onde há a preocupação com o sistema de equilíbrio dos Poderes, a última palavra sobre a validade da norma jurídica é do Judiciário. De fato, é aos magistrados que incumbe a função de apreciar a validade das leis quanto aos procedimentos de formação, assim como verificar se as mesmas se harmonizam com o arcabouço ético do ordenamento. Para tanto, os juízes (seja mediante análise incidental em caso concreto, seja através de apreciação abstrata por uma Suprema Corte) devem buscar sorver os valores da Justiça aceitos socialmente, para, à luz do ordenamento jurídico, reconhecerem como válidas ou inválidas as normas sob análise. Tais valores éticos encontram-se positivados em regras e em princípios, cuja sede precípua é Constituição do respectivo Estado.

Eis o motivo por que a atuação do Judiciário está diretamente relacionada ao controle do poder político em uma sociedade, funcionando, iniludivelmente, como robusto mecanismo de domínio social.

O problema é: como evitar-se que os juízes atuem como meros instrumentos ideológicos?

### **3.6 Instrumento de domínio: da magistratura à lei**

Já se viu o motivo por que a atuação do Judiciário está diretamente relacionada ao controle do poder político em uma sociedade, funcionando, iniludivelmente, como robusto mecanismo do domínio social.

O problema é: como evitar-se que os juízes atuem como meros instrumentos ideológicos? E até onde vai a atividade interpretativa do Judiciário?

<sup>66</sup> (Rubio, 2011;(67):9-22).

Não se pode negar que, para mudar do paradigma teológico (dominante na Idade Média) para o antropológico, a classe burguesa teve de substituir a “palavra de Deus” pela lei. Se, antes, obedecia-se à autoridade por simples respeito aos costumes ou à religião, posteriormente, passou-se a lançar mão de um ordenamento alegadamente racional, para arrimar o poder. O Direito (aqui entendido em sentido mais ortodoxo e no âmbito estatal), efetivamente, assumiu a função de legitimador do poder, utilizando, para tanto, procedimentos formais de justificação – situação que perdura, de um modo geral, em todas as sociedades modernas; embora, em alguns casos, como visto, temperada com matizes de dominação carismática.

Nesse contexto, torna-se cada vez mais relevante a atividade do jurista, a qual, não se pode negar, serve diretamente ao robustecimento e à estabilização das relações e das dimensões de poder. Tal circunstância, aliás, não passou despercebida por Jean Jacques Rousseau, o qual lembrava que as sociedades sempre cuidaram de organizar uma magistratura forte, capaz de arrimar a dominação dos governantes:

Se seguirmos o processo da desigualdade nessas diferentes revoluções, verificaremos ter constituído seu primeiro termo o estabelecimento da lei e do direito de propriedade; a instituição da magistratura, o segundo; sendo o terceiro e último a transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Assim, o estado de rico e de pobre foi autorizado pela primeira época; o de poderoso e de fraco pela segunda; e, pela terceira, o de senhor e escravo, que é o último grau de desigualdade e o termo em que todos os outros se resolvem, até que novas revoluções dissolvam completamente o Governo ou o aproximem da instituição legítima.<sup>67</sup>

Na realidade, se a organização do Judiciário sempre foi divulgada (e aceita) como um enorme benefício para a sociedade, também é certo que, ao longo da história, os magistrados advieram das próprias classes dominantes, estimulando a corrupção e a cumplicidade ainda presente, em muitos casos, até os dias hodiernos.

Ao analisar as relações sociais que se desenvolveram na época da Revolução Francesa, Georges Lefebvre dá notícia de que a toga, como os títulos em geral ultrapassaram as barreiras da hereditariedade e transformaram-se em

---

<sup>67</sup> (Rousseau, 2005:110).

objeto de barganha e de negociação. A nobreza, antes familiar, passou a ser comerciável e excelente fonte de renda para o rei. De qualquer forma, as classes menos abastardadas, mesmo perante os influxos da revolução, não tiveram possibilidade de desfrutar minimamente das parcelas de poder:

Outro tipo de nobreza se justapôs a essa de espada, à velha, ou supostamente tal, nobreza. O rei pôde enobrecer e sempre recompensou dessa forma os seus servidores; nos séculos XVI e XVII, tendo adquirido o costume, para obter dinheiro, de vender as funções públicas – sobretudo as judiciais, mas também as financeiras, militares, administrativas e municipais –, ocorreu-lhe a ideia de enobrecer alguns desses cargos ou offices, para elevar seu preço. A nobreza hereditária passou a ser outorgada a membros dos tribunais judiciais parisienses – Parlamento, Tribunal de Contas, Tribunal e Ajudas, Grande Conselho, Magistratura, Tribunal da Moeda – e a membros de alguns tribunais de província; nos outros, a nobreza concedida a título pessoal tornava-se transmissível após certo tempo de exercício da função: a toga. [...] Esses nobres, de recente extração burguesa, são ricos, pois os cargos são caros; geralmente, por tradição familiar, sabem administrar e aumentar seu patrimônio. [...] Os enobrecidos, em um piscar de olhos, esquecem a sua origem e adquirem a mesma altivez que os outros.<sup>68</sup>

Pois bem, influenciado por esse espírito de desconfiança, a burguesia, logo que assumiu o poder político, tratou de buscar vacinar-se contra eventual reação do clero e da nobreza. Desta forma, uma das maiores preocupações dirigia-se, justamente, à atuação dos magistrados. Afinal, se estes, tradicionalmente, eram vinculados ao Antigo Regime, far-se-ia imprescindível controlar seu labor.

A alternativa então vislumbrada seria engessar a atividade dos juízes, tornando-os “escravos da lei”. O plano era que as regras jurídicas deveriam ser tão claras e tão específicas que se impediria a atividade interpretativa. Precinizava-se, assim, que ao magistrado caberia, tão-somente, aplicar o texto frio; afinal, imaginava-se, ensejar espaço hermenêutico, implicaria a possibilidade de o Judiciário, a partir de análise subjetiva, atacar os valores revolucionários, oportunizando a ressurreição, tão-temida, do regime pretérito.

O Código Civil francês de 1804 foi um marco desse pensamento, que ficou conhecido como “escola exegética”. A elaboração do diploma legal foi

<sup>68</sup> (Lefebvre, 2008:46-47).

acompanhada diretamente pelo próprio Napoleão Bonaparte, que presidiu mais da metade de cerca de cem sessões de aprovação da Comissão de Legislação do Conselho de Estado. Na oportunidade, o projeto apreciado foi de autoria de Tronchet (Presidente da *Cour de Cassation*, antigo e respeitado processualista) de Portalis (membro do Tribunal de Presas), de Bigot de Préameneu (comissário do governo junto ao Tribunal de Cassation) e de Meville (juiz da *Cour de Cassation*) e tinha por objetivo claro limitar a atividade interpretativa da magistratura, vetusta parceira do clero e da nobreza.

Contra o engessamento do Judiciário, todavia, apontavam-se, pelo menos, duas consequências gravíssimas:

- I) Por mais pretensiosamente detalhista que fosse a lei, jamais teria o condão de prever todas as vicissitudes da vida quotidiana. Logo, alegava-se, diante das lacunas, o subjetivismo hermenêutico seria inevitável;
- II) A norma, sendo produzida a partir de comandos legais, se fosse aplicada restritivamente, limitaria os juízes à condição de “boca da lei” e, portanto, de lídimos carrascos, a serviço da classe dominante.

Em suma, se, antes, o instrumento principal do domínio era a atividade dos juízes, diretamente comprometida com o *Antigo Regime*; a partir de então, a norma (no seu conceito mais positivista) ocuparia o lugar de destaque. Na realidade, nesse período, houve clara confusão entre Direito e lei.

Passados mais de duzentos anos da publicação do Código Napoleônico, persistem (e até se proliferam) as celeumas em torno da amplitude interpretativa que pode ter o Judiciário. Devem os magistrados ser meros aplicadores da lei? E o que significa “aplicar a lei”? Podem eles (os juízes), sob a alegação de aplicar a norma, tomar decisões de cunho político? Trata-se de questionamentos que atravessam a dicotomia entre jusnaturalismo e o direito positivo, até alcançar as mais modernas discussões sobre solução de casos difíceis, e põe em xeque a própria legitimidade do Poder Judiciário.

O problema é tormentoso, especialmente em uma democracia. Afinal, costuma-se dizer que, se os membros da Justiça não são eleitos pelo povo, impossível lhes é tomar qualquer decisão contrária ao texto legal. A interpretação da lei, portanto, deveria ser uma operação meramente declarativa.

A conclusão, se analisada perfunctoriamente, parece simples e direta. Todavia, considerando-se as infinitas nuances dos casos levados à Justiça, a si-

tuação é complexa. É que surge o questionamento: como se descobrir o que determina a lei, notadamente quando se sabe que sua linguagem, amiúde, é polissêmica, sendo destinada a regular condutas em diversas épocas e lugares.

Inicialmente, registre-se que, entre a elaboração do projeto de lei, o período de sua aprovação e o início de sua incidência, transcorre um enorme espaço de tempo. Muitas vezes, os fatos motivadores da confecção do texto legal não são os mesmos quando ele começa a ter vigência. Mais do que isso: a própria sociedade alterou-se nesse interregno. Logo, quando se fala em buscar a “intenção legislativa”, surge logo a dúvida se: a) deve ser levada em conta a vontade de legislador à época da elaboração do texto; ou b) deve ter-se por base a vontade dos representantes eleitos à época em que está sendo aplicada a lei (atuais representantes), a partir da avaliação de todas as recentes mudanças legislativas e da apreciação da regra dentro do sistema jurídico como um todo. Em síntese: aplica-se a *mens legislatoris* ou a *mens legis*? Ou, ainda: é adequado e/ou correto falar-se, nos dias atuais, de uma hermenêutica em busca de tais intenções (do legislador e da lei)?

Há logo quem defenda a lógica de adotar-se a vontade do sistema como se extrai do seu atual corpo legislativo, haja vista que, se a norma está sendo aplicada hoje e para os homens da atualidade, nada mais prudente do que se considerar a corrente “vontade popular”, expressa pelos atuais representantes do povo, mediante o sentido do acervo legal que hoje está sendo produzido. Não obstante, há de se convir, seria um tanto quanto difícil saber-se, com precisão, qual o atual estágio dos valores e do espírito populares, bem como de seus representantes.

O certo é que, geralmente, para aqueles que entendem que o magistrado deve ater-se à “letra da lei”, a correta interpretação é aquela que considera a “intenção do autor” da regra (à época em que se iniciou a sua vigência).

Mas, então, o problema persiste: como saber-se a “intenção do legislador-autor”?

Ronald Dworkin leciona a respeito, dizendo que, normalmente, para aqueles que têm a chamada “concepção centrada no texto da lei”, são duas as teorias metodológicas apresentadas: as semânticas e as psicológicas. De acordo com a primeira, deve-se buscar o sentido das palavras, analisando-se o significado das expressões, inclusive à luz da linguagem mais corrente. Por outro lado, de acordo com as teorias psicológicas, o que está em jogo não são tanto as palavras; mas, sim, as decisões e as condutas que revelam a genuína inten-

ção dos legisladores. Assim, caso seja obscuro o sentido das palavras, deve-se avaliar os comportamentos dos parlamentares.

A concepção centrada no livro de regras, portanto, orienta os juízes no sentido de tentar desenvolver teorias semânticas. Eles deveriam perguntar, por exemplo, qual seria considerado o significado da expressão 'uma parte do público' num contexto similar do discurso comum. Ou qual é o significado mais natural de algum componente da expressão, como a palavra 'público'. Ou qual se considerou ser o significado de expressões similares em outras leis. Compreende-se que diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica: nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela [...]. Os que preferem questões de psicologia de grupo a questões de semântica consideram que são as decisões e não as palavras que constituem o âmago da questão. [...] Se, porém, por alguma razão, as palavras usadas não exprimirem unicamente uma decisão particular, então é necessário que nos voltemos para qualquer outra prova que possamos encontrar do que pretendiam fazer.<sup>69</sup>

Ambas as teorias são insuficientes, porque, embora desejem levar a uma segurança interpretativa, trazem, ao revés, infinitas incertezas. De fato, uma única palavra pode ter diversos significados. Então, como compreender-se o seu alcance? Dever-se-ia interpretar apenas o seu sentido literal? O que dizer-se de compreender uma palavra dentro do texto onde está inserida? E o que fazer-se quando uma mesma expressão ou palavra são empregadas em várias leis com sentidos distintos?

Mais difícil ainda é descobrir-se a intenção do autor por meio de suas condutas.

Que condutas devem ser levadas em conta?

Dworkin faz vários questionamentos nesse sentido. Seria uma prova da "intenção" o teor de um artigo da lavra do parlamentar, publicado em jornal e sobre o tema da lei em debate? E uma conversa com amigos durante o café da manhã? E que tal uma carta que um parlamentar enviasse à sua amante, durante a qual teria mencionado o seu ponto de vista sobre determinada matéria legislativa? Quem definiria quais documentos ou condutas seriam reconhecidas como autênticas manifestações psíquicas do legislador?

<sup>69</sup> (Dworkin, 2001:11-12).

Ora, se a investigação psicológica sobre as intenções de um membro do legislativo já seria extremamente difícil, impossível mesmo se afigura descobrir-se a vontade de todo o Congresso de parlamentares.

O problema é maior porque há uma infinidade de temas a serem objetos de ação legislativa. Logo, com certeza, vários parlamentares não refletiram sobre todos os meandros que os envolve. Assim, votam, simplesmente, em apoio a seu partido ou a uma determinada “bancada” (do governo ou da oposição); isso sem se falar das não-raras ocasiões em que, simplesmente, deixam-se mover por interesses escusos.

Fica claro, destarte, que a busca da “intenção legislativa” é uma criação artificiosa e inviável. Essa concepção, a propósito, embora alegue ter forte natureza democrática, não passa de uma construção fundada, em muitos aspectos, sobre argumentos falaciosos.

Explica-se:

- Em primeiro lugar, parte-se da suposição de que os parlamentares, efetivamente, representam a vontade dos eleitores. Mas será que é assim?

Por mais exemplar que seja a democracia, os candidatos a cargos políticos, já em suas campanhas, demonstram-se ardilosos. Trata-se de um apelo estratégico (e até de sobrevivência) dos pretensos eleitos. Realmente, em seus programas de governo, é bastante comum que os políticos (desejosos da vitória) evitem abordar temas mais polêmicos. Eles temem que, ao fazê-lo, desagrudem uma boa parcela do eleitorado, podendo malograr na campanha. Aliás, mesmo as tentativas no sentido de discutir os temas (por exemplo, mediante debates entre candidatos) não conseguem atingir, satisfatoriamente, o seu alvo. É que, por maior que seja a exposição das ideias, será impossível exaurir-se a pauta social. Logo, em última análise, quando os eleitores votam em um candidato, desconhecem um sem-número de opiniões que o eleito tem sobre variegadas problemáticas sociais. Assim, em muitas ocasiões, quando o parlamentar vota a criação de uma lei nova, ele, nem de longe, está representando aqueles que o elegeram; afinal, como dito, os eleitores não conheciam (nem imaginavam) sequer qual seria o ponto de vista do parlamentar sobre múltiplas matérias legisladas.

Em segundo lugar, diga-se que o voto de um legislador vale tanto quanto o de outro. Não se leva em consideração, assim, que alguns parlamentares tenham sido escolhidos por um número enorme de eleitores, enquanto outros somente oforam mediante um número bem menor.

No Brasil, onde se aplica o sistema proporcional para a escolha dos membros do parlamento, a situação chega a ser surpreendente. Através dessa sistemática, o número total de votos válidos é dividido pelo número de vagas (cadeiras) disponíveis. O resultado da operação chama-se quociente eleitoral. A partir daí, divide-se o número de votos válidos de cada partido (ou coligação) pelo quociente eleitoral, chegando-se a número de cadeiras a que faz jus. Quem tiver maior resultado, terá direito a mais vagas, que serão distribuídas internamente (dentre os candidatos do partido), na ordem decrescente (do mais votado para o menos votado). Assim, é muito comum ocorrerem duas situações esdrúxulas: a) um parlamentar pode ser eleito com pouquíssimos votos, somente porque outro (ou outros), do mesmo partido ou da mesma coligação, tendo sido amplamente votado(s), fez (fizeram) com que o grupo político obtivesse cadeira suficiente para a sua agremiação; ou b) um partido bastante pequeno, por ter conseguido atingir o “quociente eleitoral”, viabiliza a eleição de um candidato (com poucos votos), enquanto outros candidatos (de outros partidos) não são eleitos, apesar de terem obtido muito mais votos.

Para se demonstrar concretamente o problema, interessante lembrar-se o comentário feito pela revista VEJA sobre as eleições gerais de 2010:

A eleição de 2010 escancarou um dos maiores absurdos do sistema eleitoral brasileiro. Das 513 cadeiras da Câmara, apenas 36 foram ocupadas por políticos que chegaram lá com os próprios votos. Os outros 477 eleitos – 93% do total – conseguiram o mandato graças a votos dados a outros a outros políticos ou às suas legendas. Isso ocorre por causa da obtusa regra do quociente eleitoral. Ela estabelece que as cadeiras do Parlamento sejam divididas entre as siglas, e não entre os indivíduos mais votados. Por isso, um candidato pode perder a vaga para um concorrente que teve votação menor, dependendo do partido em que está. É uma confusão que desorienta o eleitor e faz com que os votos dados a um político sejam usados para eleger outro. Para tirarem vantagem dessa distorção, os partidos buscam lançar os chamados puxadores de votos – candidatos de escassas credenciais e farto apelo popular, como o palhaço Tiririca. Na última eleição, ele teve 1,3 milhão de votos em São Paulo. Garantiu a própria eleição e de mais três ‘caronistas’ que estavam em sua coligação.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> (Northfleet, 2011;(36):78-84).

A situação, portanto, é alarmante! Tanto assim que o nível de ideias apresentadas pelos “puxadores de votos” é bem ilustrada nas abordagens do palhaço Tiririca, o qual se elegeu com frases como: “*Você sabe o que um político faz no Congresso? Não? Nem eu. Mas vote em mim que eu te conto*”, ou “*Vote em Tiririca: pior do que está não fica!*”

Outro problema reiterado em *terrae brasilis* surge na eleição (majoritária) dos senadores. É que cada senador tem um suplente, para integrar a sua chapa. Ocorre que os suplentes, com bastante frequência, são pessoas absolutamente desconhecidas pelos eleitores; em geral, trata-se de parentes ou de apadrinhados dos candidatos principais. De qualquer forma, saem eles (os suplentes) vitoriosos, graças aos votos dados aos candidatos titulares. Então, faz-se um grande golpe contra a democracia: muitas vezes, o senador eleito afasta-se, alegando motivo de doença, ou para assumir outro cargo público (como o de Ministro de Estado). A partir daí, na prática, apenas o suplente passa a expressar-se nas votações realizadas no Congresso. Em resumo: os cidadãos votam no titular, mas quem assume as funções efetivas no Senado é o suplente.

Com tais exemplos, retirados da realidade brasileira, não se quer desconhecer a importância das eleições, ou anular, totalmente, a sua legitimação. Deseja-se, apenas, frisar que a tão-propalada representatividade do Legislativo é mais aparente do que verdadeira. A relação direta entre a vontade do povo e a vontade de seus parlamentares, obviamente, não se verifica.

Nessa trilha, Ronald Dworkin lembrar que o Poder Legislativo também está sujeito a um sem-número de pressões (como já demonstrado). Realmente, sobre seus membros, existe uma constante preocupação em se aventurarem sobre temas polêmicos, porque, ao fazê-lo, pode desagradar uma grande parcela de seu futuro eleitorado. O temor tem razão de ser, especialmente porque, no mundo todo, a política tornou-se uma genuína carreira profissional. Deputados e senadores, desta forma, almejam, sucessivamente, a conservar suas funções públicas e, para tanto, tentam a aceitação do máximo de indivíduos do corpo social. Eis o motivo por que, amiúde, observa-se que, simplesmente, inexistem leis regulamentadoras sobre determinadas matérias. Os parlamentares omitem-se na sua função de representar.

Tal situação, por si só, demonstra a importância de o Poder Judiciário concretizar o ordenamento jurídico, ante a omissão do Legislativo. No Brasil, especialmente ao longo dos últimos anos, esse fenômeno vem-se repetindo, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em entrevista dada à Revista VEJA (edição de 31 de agosto de 2011), a então recém-egressa Ministra da Suprema Corte (Ellen Gracie Northfleet) é bastante esclarecedora:

Foram quase onze anos no Supremo. O tribunal mudou muito nesse tempo?

Creio que a corte de dez anos atrás era mais contida, mais dada ao judicial, uma expressão em inglês que indica um esforço para não substituir o legislador. Acontece que a demanda para que o STF resolvesse impasses políticos também era menor. Hoje, há temas controversos que o Congresso não aborda. Os parlamentares não querem se comprometer com uma posição. As demandas, então, vão parar no Supremo, que não tem outra saída senão decidir sobre tais assuntos. Há também o famoso ‘terceiro turno’ – quando a minoria vencida no Legislativo recorre à corte para reverter ou amenizar a derrota. Eu não diria que existe no STF uma atitude concertada para adotar o ativismo judicial. Alguns ministros – muito bem amparados na doutrina e na técnica – avançam mais nessa direção. Outros, menos. Não vejo, contudo, um interesse em aumentar o poder do Supremo. O nosso poder já é bem grande. O certo é que nesses últimos dez anos foram as circunstâncias que fizeram do dilema entre ativismo e contenção um aspecto central para a corte.<sup>71</sup>

Note-se que, ao responder o questionamento, a ex-Ministra aborda mais um aspecto de extrema relevância, no que tange à abrangência da atuação do magistrado: é que, muitas vezes, o Poder Judiciário apresenta-se como verdadeiro fórum de debate para as minorias.

Ora, todos esses fatores comprovam que o Poder Judiciário, ao contrário do que geralmente se supõe, não é mero julgador de casos com base na lei. Mais do que isso, ele se constitui em outro importantíssimo espaço para a construção da democracia. Afinal, repise-se, torna-se mesmo premente que se supere a vã tentativa de buscar-se a pura “vontade do legislador”, ou mesmo o “pensamento da lei”; haja vista que tais concepções tradicionais da hermenêutica, em verdade, são meros resquícios culturais das teocracias pretéritas, quando se atribuía ao governante uma capacidade de onisciência ou de onipresença. Isso porque, em primeiro lugar, não existe a figura única de um “legislador”, mas sim de colegiados oficialmente representativos da sociedade; e,

<sup>71</sup> (Portela; Lopes, 2011;(35):19-23).

em segundo lugar, porque, sendo a lei uma obra humana, seria impossível dela exigir-se uma racionalidade profética ou de tom divino.

Nesse sentido, relevantes as lições do professor Manuel Calvo García, quando aborda as concepções hermenêuticas fundadas no espírito ou no pensamento da lei, apontando-lhes os aspectos que as aproximam e que as distanciam entre si:

Esta distinción es importante dado que em torno a la misma se van a enfrentar, posteriormente, dos teorías de la interpretación. La primera de estas dos corrientes sostiene que el intérprete há de buscar la voluntad de hecho del legislador histórico. Mientras que la segunda, la llamada teoría objetiva de la interpretación, busca el significado inmanente de la ley, com independência de la intención del legislador. [...] en muchos casos, con ligeras correcciones en cualquiera de ambas teorías [...] se ha llegado a resultados técnicos y a conclusiones normativas parejas. [...] el intérprete busca siempre um contenido intelectual: un estado mental, algo que ha sido concebido o pensado y que se transmite a través de las palabras.<sup>72</sup>

Desta forma, apesar de não se desconhecer que o postulado do legislador racional foi útil para a admissão do ordenamento jurídico como um sistema lógico e coerente (pressuposto necessário para o início da atividade hermenêutica), não se pode compreender a arte de interpretar como restrita ao texto frio da lei, conforme se analisará mais à frente, já sob os delineamentos da hermenêutica filosófica. Logo, quando se trata de interpretação de lei, fica claro que, embora os magistrados não sejam eleitos, isso não lhes retira a legitimidade para interpretar normas, inclusive declarando a sua inconstitucionalidade. Ao revés, justamente por não serem eleitos é que os juízes funcionam como um contrapeso no regime democrático. Realmente, o Judiciário é um dos instrumentos mais fortes no resguardo dos direitos das minorias. É ele que evita que estas minorias sejam atropeladas pela grande massa majoritária. E como fazem isso? Buscando assegurar o já denominado núcleo ético das normas jurídicas.

Um exemplo emblemático ocorreu, recentemente, no Supremo Tribunal Federal.

No julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN nº 4277) e de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF

<sup>72</sup> (García, 1986;(3):101-132).

nº 132), a Suprema Corte brasileira reconheceu, por unanimidade (10x0), a união entre homossexuais, equiparando-a a uma união entre homem e mulher.

Importa ressaltar que, em tal julgamento, o Tribunal decidiu contrariamente a uma norma expressa da Constituição Federal, que estabelece o casamento apenas entre heterossexuais. Senão, veja-se: Art. 226, §3º da CF. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.<sup>73</sup>

Pois bem, ante o teor das regras transcritas, a Corte fundamentou-se em princípios do próprio texto constitucional, como o do art. 3º, que proíbe qualquer discriminação em razão de origem, raça, sexo, cor, idade ou de outros fatores (Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*). Nesse diapasão, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.723, do Código Civil, que dizia: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família”. Desta forma, ampliou o conceito de união estável, ao tempo em que conclamou o Poder Legislativo a regulamentar a matéria.

Foi a adoção implícita de uma “concepção centrada nos direitos” (para usar as palavras de Dworkin).

Além desse, muitos outros exemplos concretos houve, dentre os quais merece destaque a decisão, também do STF, sobre o uso de células-tronco para pesquisas no Brasil, apesar de não existir qualquer previsão legislativa a respeito. Na oportunidade, visando a assegurar a dialética do julgamento, convidaram-se duas entidades com interesses contrapostos: a Igreja Católica (representada pela CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) e a entidade de cientistas. A primeira contra e a segunda a favor do emprego das mencionadas pesquisas. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal fundamentou-se em um já conhecido instituto jurídico: o *amicus curiae*. É que, como as ações declaratórias de inconstitucionalidade, embora discutam apenas direitos, geram repercussão coletiva, é normal que o relator do processo sob análise convide entidades de interesses contraditórios, para que, na qualidade de “amigos” (*amicus curiae*), sustentem argumentos a favor e contra a petição.

---

<sup>73</sup> (Brasil, 1988:64).

Oportunamente, frise-se que, apesar de os exemplos citados aludirem a decisões políticas no âmbito de um tribunal superior, é evidente que mesmo os magistrados singulares, não-raramente, emitem juízos de valor fundados, visivelmente, em argumentos sociológicos e políticos. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando alguns juízes estaduais decidiram reconhecer a supracitada união homoafetiva antes mesmo do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, assim como quando se autorizou mudança de sexo entre as pessoas.

Em suma, em favor desse ativismo judicial, costumam-se apontar várias razões, que podem se elencadas, resumidamente, da seguinte forma:

1. É impossível (ou ao menos difícil) descobrir-se a “intenção do legislador”;
2. A alegada legitimidade do parlamento é mais ideológica do que genuína;
3. O Poder Legislativo, muitas vezes, é omissivo, no que tange à expedição de leis;
4. As leis aprovadas nem sempre respeitam a “instância de validade ética” a que devem estar submetidas. O “mínimo ético”, assim, deve ser assegurado pelo sistema de Justiça, através da interpretação da norma;
5. A democracia não é construída apenas para satisfazer a maioria, de modo que o Judiciário apresenta-se como imprescindível fórum de debate para as minorias e como freio às abusivas aspirações utilitaristas;
6. A sociedade modifica-se e, com ela, urge que se realizem novas interpretações da norma em vigor;
7. O Poder Legislativo está bem mais sujeito às influências do *lobby* das classes mais abastadas. Logo, com frequência, os interesses dos menos favorecidos encontram bem menos espaço na pauta do Parlamento;
8. O Judiciário, por tudo isso, é indispensável, para que se mantenha o equilíbrio na democracia;
9. As decisões da Justiça estão sujeitas a reformas por tribunais superiores;
10. Os membros dos tribunais superiores são, de ordinário, nomeados por Chefes do Executivo. Logo, indiretamente, a representatividade popular está assegurada também no Poder Judiciário;

11. A lei, através de tais decisões, não é desrespeitada; ela, simplesmente, é aplicada. Em suma, as normas legais são balizas ou molduras de uma “obra de arte”. Elas estabelecem os parâmetros básicos da decisão dos magistrados; todavia, é somente por meio do processo que se realizará a “concreção normativa”.<sup>74</sup>

Em suma, diariamente, magistrados de todo o mundo, no exercício do seu dever de julgar, tomam decisões fundadas em argumentos políticos, conforme lição de Ronald Dworkin. Aliás, para exemplificar, o pensador americano lembra a dificuldade que se tem verificado na interpretação da “cláusula da igualdade” inserta na Constituição dos Estados Unidos:

A interpretação da cláusula da igualdade de proteção da Constituição nos Estados Unidos oferece exemplos especialmente vívidos. Não pode haver nenhuma interpretação útil do que significa essa cláusula que seja independente de alguma teoria sobre o que é a igualdade política e até que ponto a igualdade é exigida pela justiça. A história do último meio século do Direito constitucional e, em grande parte, uma investigação exatamente dessas questões de moralidade política. Juristas conservadores argumentam persistentemente (embora não de maneira coerente) a favor de um estilo de interpretar essa cláusula baseados nas intenções do autor e acusaram outros, que usavam um estilo diferente, com resultados mais igualitários, de inventar em vez de interpretar o Direito. Mas tratava-se de uma vociferação com o intuito de ocultar o papel que suas próprias convicções políticas desempenham na sua escola do estilo interpretativo, e os grandes debates jurídicos quanto à cláusula de igualdade de direitos teriam sido mais esclarecedores se fossem mais amplamente reconhecido que valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Essa expressão é muito utilizada por Friedrich Müller, conforme ressalta João Maurício Adeodato: “O procedimento genérico através do qual se procura adequar normas e fatos e decidir, tradicionalmente conhecido por “interpretação” ou “interpretação e aplicação do direito”, Müller denomina ‘concreção normativa’ (*Normkonkretisierung*), procurando justamente afastar-se da hermenêutica jurídica tradicional e determinar mais precisamente seus conceitos e procedimentos. Nessa tarefa, insiste que a concretização não significa silogismo, subsunção, efetivação, aplicação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral. Esses critérios, puramente cognitivos e lógicos, sem exigências de responsabilidade e fundamentação, constituem herança equivocada do positivismo legalista exegético. Só na concretização, ao ser decidido o caso, é produzida a norma” (Adeodato, 2002:240).

<sup>75</sup> (Dworkin, 2001:78).

Outrossim, na trilha de Ronald Dworkin, não faltam defensores da imbricação entre política e direito. Aliás, muito comumente se tem dito haver dois tipos de magistrados: os que sabem que tomam decisões baseadas em valores sociológicos e políticos e os que não sabem que o fazem.

Daí surgirem outros questionamentos, tais como: essa imbricação entre política e direito é necessária? Se, como demonstrado, é irracional ou inadequado falar-se na busca de uma *mens legislatoris*, qual o espaço da discricionariedade judicial? Ela é mesmo uma fatalidade? É admissível que, num Estado Democrático de Direito, o juiz, ante lacunas legais, e arrimando-se em fundamentos argumentativos, venha a aplicar a sua moral pessoal? Existem vínculos entre a moral e o direito? Se existem, como a moral pode influenciar o campo jurídico? Quem participa desse diálogo, inspirando os valores políticos e morais que devem orientar a interpretação normativa, mormente quando se trata de ações de natureza coletiva, cujos efeitos atingem todo o corpo social? E, finalmente, o conceito (ou a revisão do conceito) de legitimidade processual pode implicar alguma alteração no direcionamento das sentenças, legitimando-as à luz do princípio democrático?

Hão de se buscar as respostas nos itens seguintes, desde análises acerca da atividade cognitiva dos hermeneutas (especialmente magistrados), até se discutir se é possível e em que medida é possível uma resposta correta para litígios de natureza difusa em um Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO IV

### É POSSÍVEL CONHECER E APLICAR CORRETAMENTE O DIREITO?

#### 4.1 Do ato de conhecer e das contribuições da hermenêutica filosófica

No item anterior, observou-se uma lista de razões que costumam ser apresentadas para justificar um ativismo judicial, tendo-se por base, especialmente, falhas na atuação dos parlamentares.

Não se pode desconhecer, contudo, que, malgrado o Judiciário emerja como esfera de proteção dos indivíduos frente aos abusos (comissivos ou omissivos) das estruturas de poder, seus membros (os juízes, os desembargadores e os ministros) também não se encontram absolutamente blindados contra as pressões políticas e tampouco completamente imunes aos impulsos da arbitrariedade. Além disso, ainda que se trate de magistrados investidos das melhores intenções em favor do meio social e do respeito aos direitos fundamentais, um problema recorrente é de saber-se como tais operadores do direito deverão atingir a resposta correta (ou pelo menos a melhor resposta) durante o exercício hermenêutico.

As raízes do problema têm sede antiga e remontam ao próprio ato de conhecer. Com efeito, a busca da correta interpretação focou-se, no início e preponderantemente, na relação sujeito/objeto. O posicionamento do observador, a forma como lhe é apresentada a coisa, o ambiente e as circunstâncias nas quais esta se encontra inserida, assim como o ânimo, a disposição de espírito e o interesse do estudioso – tudo apresenta relevante influência para o entendimento da realidade investigada.

A fim de explicar o ato de conhecer, diversas concepções teóricas foram desenvolvidas, merecendo, destaque os posicionamentos dicotômicos entre o dogmatismo e o ceticismo.

Para os dogmáticos, o conhecimento advém do próprio contato com o objeto. Aqui, há uma supervalorização do ente a ser examinado, o qual teria uma existência independente do sujeito. Todas as características, as formas e as dimensões da coisa seriam integralmente apreendidas pelo examinador mediante um simples contato com ela. A propósito, lembra Johannes Hessen que tal concepção teve suas raízes no pensamento dos pré-socráticos (os fi-

lósofos Jônios da natureza, os Eleatas, Heráclito e os Pitagóricos). Até então, o conhecimento não é visto como problema e o sujeito (observador) é totalmente desprezado na análise. Quer dizer, os dogmáticos, por terem uma visão ingênua do ato de conhecer, não se dão conta de que as qualidades pessoais do investigador influenciam, diretamente, na apreensão espiritual do objeto.

Ao dogmatismo, contrapõe-se o ceticismo, cujo fundador foi Pirro de Élis (360-270 a.C). Para os prosélitos da versão mais radical desta concepção filosófica, o conhecimento não chega sequer a ser possível. Isso porque aí se acredita na constante volubilidade do sujeito (investigador), de modo que, se o estudo de determinado objeto está permanentemente exposto às circunstâncias onde está inserido, bem como às peculiaridades de sua cultura e de sua formação pessoal, impossível seria que o conhecimento existisse objetivamente.

É claro que houve correntes menos fundamentalistas do ceticismo, dentre as quais se destacam o ceticismo médio ou acadêmico, o subjetivismo e o relativismo.

Segundo a análise mais branda dos céticos acadêmicos, embora a verdade não seja passível de apreensão integral (porque o observador está sempre influenciado pelo meio), é possível buscar-se e alcançar-se um conhecimento verossímil. Essa foi a concepção defendida por Arcesilau (241 a.C) e por Carnéades (129 a.C).

Quanto aos subjetivistas, o que emerge como empecilho é o fato de que a verdade é sempre condicionada pelo sujeito ou pelos sujeitos que a observam. Se o objeto é apreendido pelo observador de determinada maneira, isso não quer dizer que o será compreendido por outrem da mesma forma. Aí, fala-se em subjetivismo individual – que preconiza a verdade apenas pela ótica de cada indivíduo – e em subjetivismo genérico – que apregoa a verdade possível e uniforme apenas para os seres humanos. Logo, se  $2 \times 2 = 4$  para os seres humanos, não quer dizer que a assertiva seja correta para seres distintamente organizados.

Finalmente, no alusivo aos relativistas, o conhecimento está sempre condicionado pelo ambiente e pela cultura, onde inserto o observador (ou os observadores). Logo, se uma assertiva é verdadeira para determinadas pessoas que se encontram formadas segundo certas tradições, é perfeitamente possível que ela seja tida como falsa por adeptos de outras culturas.

Está claro, portanto, que, independentemente do viés adotado, o ceticismo volta os olhos de tal forma para o sujeito (examinador) que se esquece do objeto a ser apreendido. De fato, para os adeptos dessa concepção, se ao

sujeito é impossível ser totalmente objetivo, inviável também será atingir-se qualquer tipo de verdade.

Enquanto o dogmatismo guarda visível ingenuidade epistemológica, o ceticismo extremo chega a negar a própria possibilidade do conhecimento.

Um avanço teórico surgiu com Immanuel Kant, o qual apresentou uma síntese a essas idéias antípodas, tendo defendido o criticismo. Por meio deste, o filósofo de Heidelberg apregoa, de um lado, que o conhecimento é efetivamente possível; de outro, porém, compreende que, antes de se aceitar uma afirmação da razão humana, necessário se faz que se assuma um papel de inquisidor e de crítico frente a qualquer assertiva com pretensão de verdade.

O problema é que, como visto, para a hermenêutica clássica, o ato de conhecer fundava-se, mormente, na relação sujeito/objeto, ainda como se fosse possível cindir as realidades do examinador e do ente examinado. Tais concepções, porém, sofreram importantes mudanças, em especial a partir de contribuições de Martin Heidegger e de Hans Georg Gadamer, que formaram os alicerces de uma hermenêutica filosófica contemporânea.

Heidegger foi o responsável pelo desenvolvimento do conceito de *Da-sein*, que tem sido traduzido como “ser-aí” ou “presença”. Trata-se da compreensão de que o homem é uma história que está acontecendo. Não haveria um “ser” humano, porque o indivíduo é o que ele chama de “ser para a morte”; ou seja, o homem existe, mas não é. Somente com o fim da existência é que o contínuo devir do ente humano se estabiliza, chegando a um “ser”. Note-se que “existência” aí é compreendida como um conjunto de possibilidades; é o “poder-ser”; no qual se desenvolve a “presença”, que nada mais é do que a herança da tradição em direção a um futuro aberto para múltiplas possibilidades. Diz ele:

A presença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. Essas possibilidades a própria presença as escolheu, mergulhou nelas ou ali simplesmente cresceu. No modo de assumir-se ou perder-se, a existência só se decide a partir de cada presença em si mesma. A questão da existência só poderá ser esclarecida sempre pelo próprio existir. A compreensão de si mesma que assim se perfaz, nós a chamamos de compreensão existenciária (N3).

A presença é o seu passado no modo de seu ser, o que significa, a grosso modo, que ela sempre ‘acontece’ a partir de seu futuro. Em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também

em sua compreensão de ser, a presença sempre já nasceu dentro de uma interpretação de si mesma, herdada da tradição. De certo modo, e em certa medida, a presença se compreende a si mesma de imediato a partir da tradição. Seu próprio passado, e isso diz sempre o passado de sua geração, não segue, mas precede a presença, antecipando-lhe os passos.<sup>76</sup>

Releva notar que, por meio de tais concepções, vai-se além da relação sujeito/objeto. Não existe mais a idéia de um observador que se aparta do ente observado, tal como apregoava a tradicional teoria do conhecimento. Eles coexistem em um mesmo plano, de forma que se torna inviável falar-se em mera apropriação espiritual do homem por meio daquela superada relação.

A propósito, válido dizer-se ser mais compreensível o raciocínio de Heidegger quando se está ciente de que ele acredita numa fenomenologia, entendendo-a como a arte de *“deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”*.<sup>77</sup> Ou seja, os objetos da interpretação devem ser sempre apreciados segundo as possibilidades que eles mesmos se apresentam em cada tempo histórico.

Não é por outra razão que, para o filósofo alemão, a linguagem e a fala avultam em importância; afinal, é por meio daquela que se compreende o mundo e é por meio desta que se articula a compreensibilidade. Em suma, a fala é o fundamento ontológico-existencial da linguagem e ambas guardam a compreensão prévia que se tem do mundo.<sup>78</sup>

Com efeito, quando se lê uma obra ou quando se ouve um discurso, já se tem uma pré-compreensão dessa obra ou desse discurso, pois eles já se encontram recheados de significados que foram absorvidos pela cultura e pela tradição nas quais está inserto o observador. É por isso que Heidegger está correto ao dizer que o *Dasein* se compreende a partir da tradição e que esta não o segue; mas, ao revés, precede-lhe os passos. Mais que isso, lembra ele que *“a interpretação de algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia, concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”*.<sup>79</sup>

Hans Georg Gadamer, na trilha de Heidegger, adverte que, embora haja uma *“pressuposição geral”* de que as pessoas que manipulam as palavras de

<sup>76</sup> (Heidegger, 2005:58).

<sup>77</sup> *Ob. Cit.* p. 74.

<sup>78</sup> *Ob. Cit.* p. 223.

<sup>79</sup> *Ob. Cit.* p. 211.

um mesmo idioma o fazem com o igual sentido, isso não é necessariamente verdade. Com efeito, não raramente, o sentido empregado pelo autor de um texto é diverso daquele ao qual está habituado o intérprete. O risco, então, é que a compreensão do leitor, por ele não se alijar dos significados provenientes de sua “pré-compreensão”, deixe de alcançar sua verdadeira possibilidade. Eis o motivo por que Gadamer adverte acerca da imprescindibilidade de não se deixar conduzir acriticamente pelos “hábitos imperceptíveis do pensar”, com o escopo de se orientar a visão “às coisas elas mesmas”.

Para se proteger contra a arbitrariedade dessas “felizes idéias” do “pré”, o intérprete tem que observar, antes de tudo, a si mesmo, à sua cultura e à sua tradição, mantendo-se vigilante contra os pensamentos que lhe ocorram como consequência de sua “pré-compreensão”. Somente assim poderá o hermeneuta separar o que vem de si e o que vem do texto.

Fica claro, portanto, que, com as lições de Heidegger e de Gadamer, a hermenêutica deve-se voltar, antes de tudo, para o sujeito, conscientizando-o de sua compreensão e de sua disposição, residentes no âmbito do “pré”, apesar de isso não significar uma neutralidade ou um autoanulamento por parte do intérprete. Em suma, o hermeneuta deve ter ciência de sua “pré-compreensão”, para saber diferenciá-la dos conceitos oriundos do texto, mas tal atitude não implica desconhecer o fato de que, ao interpretar, ele também cria algo próprio, a partir de sua tradição (compreendida como um acervo de pressupostos orientadores de todo o conhecimento) e a partir de seu tempo histórico.

Leciona Gadamer:

[...] quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade em relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> (Gadamer, 2004:405).

Aliás, a temporalidade é tão importante para Heidegger que ele concebe o tempo “*como horizonte de toda a compreensão e interpretação do ser*”.<sup>81</sup> Logo, apregoa que a presença compreende a si e ao mundo, bem como interpreta este a partir de dados espaço e tempo.

Pois bem, a partir das referidas doutrinas, fica claro que os atos de conhecer, de entender e de criar são indissociáveis e, da mesma forma que o estudioso deixa sua impressão pessoal no objeto, este também, não-raramente, insculpe marcas na personalidade e na formação do investigador. Ou seja, a hermenêutica, embora não possa desprezar o objeto investigado, está para além da relação sujeito/objeto.

Isso significa que a verdade sobre um objeto provém ao menos: a) das características da própria coisa; b) dos fatores ambientais e espaciais; c) da perspectiva do observador; e d) da história, da tradição e da cultura do mesmo intérprete, que são formadas no seu campo de “pré-compreensão”.

Assim, também fica claro que, por mais comprometido que seja o intérprete, ser-lhe-á sempre dada a verificação de uma realidade parcial, porque fundada apenas em uma análise feita por uma ótica específica.

Portanto, se a dificuldade já existe para os pesquisadores das ciências naturais, com maior envergadura se apresenta o problema para o cientista social, porquanto se encontra imerso, muitas vezes, dentro da própria realidade a ser apreciada.

No caso dos juízes, a propósito, alguns fatores apresentam-se como especialmente mais complexos e delicados. É que, diferentemente de certos investigadores históricos, os magistrados lançam-se na tarefa de interpretar não apenas acontecimentos passados; mas, sim, litígios que se encontram em sua efervescência, e cujos desfechos vão depender de sua atividade hermenêutica - daí porque as paixões e as pressões (oriundas das diversas estruturas de poder) são contínuas e, cada vez mais, pululantes.

Em suma, de um lado, os magistrados correm o risco de serem omissos, dando oportunidade a violações de direitos que deveriam resguardar; de outro, porém, correm o risco de serem arbitrários e irracionais.

Então, como agir?

A teoria do conhecimento já apresentava importantes orientações para a resposta à indagação. É que, embora centrada na relação sujeito/objeto, há

---

<sup>81</sup> (Heidegger, 2005:76).

muito já chamava a atenção para um terceiro elemento do ato cognitivo, que seria a “imagem” que o sujeito projetaria sobre o objeto a partir da concepção que ele absorveu por meio de sua compreensão. Explicando melhor: como o sujeito, ao contrário do que preconizava o dogmatismo, seria incapaz de apreender completamente o objeto examinado, ele criaria, em sua tela mental, uma projeção resultante de sua compreensão limitada. Ou seja, a “imagem” projetada seria distinta do objeto, porque jamais o observador tem condições de, plenamente, absorver as características do ser examinado. Tal “imagem” surgiria, então, como um terceiro elemento da relação sujeito/objeto, pondo-se entre ambos.

Como lecionava Hessen, o sujeito da relação pertence a uma esfera psicológica; o objeto, a uma esfera ontológica; e a “imagem”, a uma esfera lógica. Isso porque todo conhecimento, antes de se apreendido pelo observador, atravessa uma zona de análise racional. Quer dizer, somente se alcança o ato de conhecer após se admitirem como lógicas certas características do objeto.

Pois bem, se é certo que o sujeito (porque limitado em seu poder de observação, bem como influenciado pelo meio e pela cultura onde está inserto) não pode compreender, na integralidade, o objeto, fica claro que, quanto mais observadores houver apostos em ângulos e em perspectivas diferentes, mais facilmente se apreenderão as características do ente examinado. Em suma, quanto mais examinadores dispostos em situações variadas, mais possibilidades de se compreender o objeto.

Em sendo assim, não se pode desconhecer o enorme préstimo que a cultura democrática pode ensejar para a teoria do conhecimento. De fato, é própria da democracia a admissão de perspectivas diversas, fomentando o estímulo às idéias e a oxigenação das mesmas. Isso porque, na análise de qualquer objeto, existirá sempre a formação de uma “imagem” por parte de um sujeito. Contudo, se tal “imagem” for bombardeada por inquisições e por múltiplos e distintos pontos de vista, resta claro que o seu foco vai-se tornando cada vez melhor. Aquelas características inicialmente verificadas têm seus contornos mais bem definidos e, quanto às “zonas cinzentas”, tem elas sobre si lançadas luzes advindas das “imagens” construídas pelos demais observadores.

Na prática, em muitos aspectos, um discurso democrático vem de encontro aos anseios do criticismo de Kant, porque, para ele, quanto mais perspectivas conflitantes houver, tanto mais posicionamentos inquisidores do objeto existirão.

O mesmo se entenda quanto à interpretação de qualquer texto.

É claro que, da mesma forma como a apreensão integral de um objeto nunca está completa, o conhecimento pleno do texto também não está. Todavia, quanto mais se “bombardear a imagem” previamente concebida pelo intérprete, mais próxima será esta do objeto.

A grande contribuição da hermenêutica filosófica surge com o reconhecimento da importância da pré-compreensão e da tradição no que se refere ao ato do conhecimento. De fato, para Hans Georg Gadamer (seguindo a trilha fenomenológica de Heidegger), o ato de compreender um texto somente surge no momento em que o leitor se deixa interpelar pelo seu conteúdo. É que, antes mesmo de lançar a primeira mirada, o intérprete possui um arcabouço pré-compreensivo, próprio de sua condição de ser racional. O conhecimento do texto, assim, não parte do grau zero; mas, ao contrário, assenta-se em um conjunto de pressupostos (preconceitos) orientadores de toda a compreensão do leitor. Desta forma, quando se inicia o contato com a obra escrita, o intérprete pressupõe um entendimento sobre a linguagem e o conteúdo lançados. Todavia, ao se dar conta de que, em certas partes, não existe harmonia (ou lógica) entre sua pré-compreensão e as vinculações conceituais do texto, passa a ter um choque com o texto, o qual o interpela, discutindo as concepções primeiras que ele trouxera consigo até então.

Gadamer lembra que o choque de interpelação ocorre porque o leitor possui, sempre, uma “concepção prévia de perfeição” sobre o texto; ou seja, admite que uma obra escrita deve ter uma unidade lógica interna, a qual pode e deve ser apreendida. Logo, se, a partir de seus conceitos prévios, não é possível o alcance do sentido, há a necessidade de se reorganizar a pré-compreensão, a fim de lançar novos olhares no texto. Desta maneira, o intérprete revisita o escrito em diversos momentos, até encontrar um sentido de máxima lógica e harmonia. Esse movimento de vai-e-vem do sujeito que confronta sua tradição com o escrito, até atingir um entendimento, é o que o filósofo alemão denomina de círculo hermenêutico (apresentando um avanço nas concepções mais tradicionais da hermenêutica clássica de Schleiermacher).

Note-se que essa pré-compreensão arrima-se não em um solipsismo metodológico, mas em um arcabouço de antecipação de sentidos que foi construído pela tradição e para cuja permanente formação cada sujeito (como pré-sença que é) contribui indefinidamente. Ou seja, as pré-compreensões es-

tão submetidas a constantes revisões, passando a integrar a própria tradição, que, por sua vez, influenciará novas revisões conceituais.

Eis seu magistério acerca do círculo hermenêutico:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo metodológico, pois isso sim descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.<sup>82</sup>

É por isso que Gadamer sustenta que o compreender somente é possível a partir da referida interpelação que o sujeito sofre do texto. É nesse momento que o leitor (se receptivo) começa a perceber as influências que sofre da tradição, bem como a entender a si mesmo. É a partir dessa polaridade dialética entre familiaridade e estranheza que se enceta a genuína interpretação, aquela que é a expressão da compreensão e que se revela como um aporte do sujeito para a gradual e contínua alteração da tradição. Daí porque quanto mais os homens têm contato com textos e com experiências novas, mais alteram sua compreensão e seu horizonte de formação e de tradição, de modo que cada época tem de entender um texto de maneira peculiar, quando, então, passa a melhor entender a si mesma.

A idéia de Gadamer tem seu centro, portanto, na finitude e na limitação do homem, assim como no respeito à alteridade. Pela consciência da finitude, compreende-se que o sujeito está continuamente submetido a um processo de mudança e que, desta maneira, não é ele capaz de controlar absolutamente o seu destino. Lembra o filósofo a importância de se permitirem experiências mediante as frustrações e as quebras de expectativas, porquanto é a partir de-

<sup>82</sup> (Gadamer, 2004:440).

las que se vivencia, de fato, o novo. Aliás, esse “novo” surge da alteridade, que se revela por meio de uma linguagem advinda não de pessoas específicas, mas de um acervo de pressupostos orientadores de todo o conhecimento. É por isso que ele frisa ser a tradição “um verdadeiro companheiro de comunicação, ao qual estamos vinculados como estão o *eu* e o *tu*. Para tanto, explica, faz-se imprescindível que os homens mantenham postura aberta uns para com os outros. É que, em última instância, existe uma relação de pertença entre os indivíduos, de modo que ouvir o outro é entender melhor a própria tradição e, portanto, ouvir com mais atenção a si mesmo, o que, a toda evidência, oportuniza uma mais completa autocompreensão. Isso, porém, não significa que tal “abertura” confunda-se com submissão, de forma que o “eu” não deve, simplesmente, cumprir “às cegas” a pretensão do “tu”. Esse processo de construção de novos horizontes assume, destarte, uma irrefutável natureza dialética, no sentido da contínua mudança da tradição.

Assim, restam evidentes as enormes contribuições que Heidegger e Gadamer trouxeram para o desenvolvimento de uma consciência hermenêutica, ensejando-lhe a colocação no pedestal de hermenêutica filosófica. Essa por sua vez, caminha *pari passu* com a já aludida cultura democrática de oxigenação permanente de ideias.

## **4.2 Do objeto do conhecimento para a concreção normativa pelo magistrado**

Já se falou que a interpretação feita por um juiz em um litígio é bem diversa, por exemplo, daquela que o faz um intérprete literário, haja vista as pressões sociais e os interesses a que estão especialmente expostos os magistrados.

Acontece que, para além desses “interesses efervescentes”, um outro grande problema se antolha para o juiz: é o fato de que sua interpretação não deve ser construída apenas com o foco no texto; mas, também, com os olhos voltados para os fatos sociais.

Eis as duas vertentes a serem trabalhadas pelo julgador: o texto e os fatores políticos e sociais. É a partir de ambas as realidades – a legal e a social – que o juiz terá de construir a norma.

Isso mesmo. Superados os postulados de uma hermenêutica dedutiva, impossível crer-se que o julgador aplique friamente um texto legal aos fatos

que lhe são apresentados. A subsunção automática não é mais admitida, porque, comprovadamente, dá ensejo a inúmeras injustiças e a um progressivo descrédito do Direito, fazendo a todos lembrar o resultado nefasto que tal “orientação” hermenêutica gerou na Alemanha nazista, tendo servido como tese defensiva no célebre Tribunal de Nuremberg. Logo, como se observa, todo o esforço hermenêutico não pode restringir-se a uma relação sujeito (intérprete)/objeto (lei). Muito pelo contrário, o magistrado deve buscar compreender a tradição onde se encontram absortos os elementos sociais, políticos e morais com que vai desenvolver a sua atividade, porque a solução normativa deverá surgir dessa complexa imbricação de fatores. E mais ainda, no âmbito de um Estado Constitucional Democrático, há de preocupar-se em fundamentar os motivos que o levaram a determinada decisão, ensejando que seu pronunciamento seja legitimado e, em geral, sujeito a nova reapreciação por instância superiores.

Tais considerações são importantes especialmente na fase atual do Direito, em que se busca, efetivamente, transpor as balizas da (ao menos pretensamente) ultrapassada escola exegética. Se há muito não se concebe um Direito restrito à lei, impossível que a aplicação da regra jurídica limite-se à mera incidência de uma construção abstrata e contra factual.

No Brasil, as tentativas de superação das concepções do positivismo mais ortodoxo têm ganho força especialmente mediante o estudo de dois doutrinadores alemães – Robert Alexy e Friedrich Müller. É verdade que a análise profunda de tais teorias não se encontra dentro do campo de finalidade do presente estudo; todavia, reputa-se edificante fazerem-se algumas referências a ambas as teorias.

O cerne da teoria de Alexy encontra-se na busca pela distinção entre normas-regra e normas-princípio, bem como na tentativa de resolver conflitos entre normas de mesma natureza. Para tanto, defende que, como os princípios (notadamente os de sede constitucional) são dotados de enorme abstração e de grande campo de incidência, é inevitável que haja, entre eles, colisões, as quais somente podem ser solucionadas mediante uma ponderação e com base na proporcionalidade. Logo, enquanto as eventuais colisões entre normas-regras são resolvidas pela incidência de uma, com a revogação das outras, nos conflitos entre normas-princípio, estes coexistem, de modo que a incidência de um preceito em um caso específico implica mero afastamento provisório dos demais.

A fim de descobrir que princípio será preponderante, diz Alexy, o intérprete há de sopesar os elementos integrantes da proporcionalidade, quais sejam: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade *stricto sensu*.

Ora, a divulgação da teoria de Alexy foi recebida por muitos, no Brasil, como verdadeira “tábua de salvação”, especialmente para se resolverem os chamados *hard cases*. Desta forma, colocou-se em xeque a cientificidade do Direito e, o que é mais grave, os alicerces do próprio Estado Democrático, porquanto, com frequência, tem-se buscado socorro em infinitas e incontroláveis alegações de valores. Assim, tem-se assistido a uma indiscriminada criação de princípios, cujas incidências, não-raramente, revelam uma simples aplicação da moral ou da vontade pessoal do julgador.

A propósito, Lênio Luiz Streck lembra os extremos a que se chegou:

Ocorre que, com o advento da ‘era dos princípios constitucionais’ – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito – parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-la um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou o “suporte dos valores da sociedade” (o que seria isso ninguém sabe).

Positivaram-se os valores: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a ‘criação’, em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem.<sup>83</sup>

Em seguida, o professor apresenta uma lista irracional de princípios que vêm sendo admitidos e utilizados pela jurisprudência brasileira, quais sejam: I) princípio da simetria; II) princípio da efetividade da Constituição; III) princípio da precaução; IV) princípio da não-surpresa; V) princípio da confiança; VI) princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente; VII) princípio da afetividade; VIII) princípio do processo tempestivo; IX) princípio da ubiquidade; X) princípio do fato consumado; XI) princípio do deduzido ou dedutível; XII) princípio da instrumentalidade; XIII) princípio da delação impo-

<sup>83</sup> (Streck, 2014:517).

sitiva; XIV) princípio protetor no direito do trabalho; XV) princípio da alteridade; XVI) princípio da tipicidade fechada; XVII) princípio da cooperação processual; XVIII) princípio da confiança no juiz da causa; XIX) princípio da humanidade; XX) princípio da benignidade; XXI) princípio da não-ingerência; XXII) princípio da paternidade responsável; XXIII) princípio do autogoverno da magistratura; XXIV) princípio da moderação; XXV) princípio da situação excepcional consolidada; XXVI) princípio da jurisdição equivalente; XXVII) princípio da felicidade; XXVIII) princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita; XXIX) princípio lógico do processo civil; XXX) princípio da recursividade; XXXI) princípio da dialeticidade.

Streck denuncia que a pleora de princípios (muitas vezes retirados das leis ordinárias) enfraquece a própria Constituição Federal. É que, caso se aceite esse panprincipiologismo, extraído inclusive de normas infraconstitucionais, a Carta Política e suas determinações restam olvidadas ou de eficácia prejudicada. Na medida em que se considera que “tudo é princípio”, a força dos princípios se esvazia e dá-se ensejo a um sem-número de decisões fundadas em simples alegações ou em sentimentos pessoais do julgador.

Lênio Streck, ao comentar a necessidade de se alcançar, verdadeiramente, uma fase pós-positivista (para se chegar ao que chama Crítica Hermenêutica), lembra ser necessário ter-se em mente que a Moral e o Direito não têm origens distintas em um Estado Constitucional Democrático. Ao contrário, a Moral está dentro da Constituição, de forma que, se o julgador vir-se obrigado a fundamentar suas decisão em aspectos materiais e morais, há de extrair tais elementos do próprio Texto Constitucional; jamais, portanto, de seus valores particulares. Assim é que, diz Streck, ainda que o magistrado possua formação moral distinta, não pode impô-la como base de um julgamento, sob pena de criar Direito de maneira ilegítima, em total afronta às aspirações democráticas. Por exemplo: se o juiz tiver o entendimento pessoal de que a democracia brasileira (hoje com vinte e oito partidos representados no Congresso Nacional) funcionaria melhor se houvesse apenas duas legendas, não poderia, a toda evidência, criar empecilhos por meio de uma sentença à fundação de novas agremiações políticas apenas em virtude de seu particular ponto de vista, ainda que lance mão de expressões como “ponderação de princípios”, “razoabilidade” ou “proporcionalidade”. Como o Estado brasileiro tem o pluripartidarismo político como um de seus princípios fundamentais, a decisão do magistrado, sob pena de nulidade, deve ser aquela que mais facilmente contribua para a efetivação desses almejos da Carta Política.

No que tange a Friedrich Müller, foi também preocupado com uma crescente falta de cientificidade do Direito que ele desenvolveu sua Teoria Estruturante. De fato, já logo no período pós-Segunda Guerra, Müller passou a observar que o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) baseava suas decisões em critérios diversos, especialmente naqueles ligados à clássica exegese normativa. Para tanto, lançava mão de fundamentos variados, desde o raciocínio silogístico até os métodos jusprivatistas de Savigny (interpretações gramatical, sistemática, genética, histórica e teleológica).

A preocupação do professor de Heidelberg residia em dois pontos: 1º) encontrar um método hermenêutico que levasse em consideração não apenas aspectos formais da lei; mas, sim, aspectos materiais, especialmente aqueles de natureza política e social; e 2º) assegurar que a interpretação não se descambasse para um voluntarismo pessoal do julgador – situação que, por ensejar arbitrariedades do juiz, poria em risco não somente a segurança jurídica; mas, também, a democracia.

A partir dos aludidos referenciais, Müller construiu a sua Teoria Estruturante, mediante a qual reconhece não haver a alegada antinomia kelseniana entre o ser (Sein) e o dever-ser (Sollen). Ele, aliás, apresenta, a seguinte crítica:

O fato de a norma “aplicanda” ou o sistema de normas deixarem em aberto várias possibilidades, é compreendido por Kelsen como pressuposto da possibilidade de interpretação. O seu enfoque aqui esboçado permite compreender porque a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma linguisticamente não-unívoco. [...] Com vistas ao caso individual prático, a teoria pura do direito fica devendo todo e qualquer auxílio para saber como determinar o quadro em si logicamente equivalente da ordem aplicada da norma.<sup>84</sup>

Assim, conforme a visão de Müller, o texto da lei é apenas um dado de entrada (uma baliza da interpretação) que ele denomina “programa da norma”. Desta maneira, a tal texto deverão ser jungidos os fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, que integram o denominado “âmbito da norma”. Da união do “programa” com o “âmbito” é que surgiria a norma como expressão do legítimo Direito.

<sup>84</sup> (Müller, 2008:28-29).

Ora, parece claro que a metódica estruturante termina por reconhecer a concepção tridimensional do Direito, da qual já se falou, porque considera que o conceito de norma, além de abranger aspectos dogmáticos (texto), também incorpora aspectos fáticos e axiológicos.

Além disso, embora Müller não negue a importância do consenso, assevera que “um problema do Estado de Direito como a pergunta pelo caráter vinculante e pela inviolabilidade das normas constitucionais concretizáveis não pode ser resolvido apenas com a referência à pré-compreensão, à síntese tópica na ‘situação’ e ao consenso”. De qualquer forma, entre ele e Gadamer, pode-se vislumbrar um ponto em comum, qual seja: a clara postura em favor de uma interpretação aberta do Direito, repudiando-se uma perspectiva hermética e excessivamente formal.

Frise-se que a Teoria Estruturante tem por objetivo precípua a interpretação da Constituição Federal em Estados Democráticos, porque a intenção de Friedrich Müller é robustecer os aspectos da Democracia por meio do Direito, oportunizando-lhe uma aplicação mais harmônica com as necessidades reais da sociedade.

Interessante perceber que a análise do jusfilósofo não anatematiza os tradicionais cânones interpretativos. Ela apenas apregoa (corretamente) que a hermenêutica da Constituição não pode orientar-se apenas por referenciais próprios dos clássicos e vetustos métodos do direito privado. Isso porque o espaço constitucional qualifica-se pelo fato de ser nele onde a política e o direito se encontram.

Explica-se:

- O Texto Constitucional apresenta-se como fundamento de validade de todo o sistema jurídico, de modo que o edifício do Direito move-se ou se flexibiliza na medida em que o faz a Constituição. Ora, como a sociedade é dinâmica, seria impossível que esse espaço constitucional fosse alterado formalmente a cada instante, para atender aos reclamos políticos e sociais. A propósito, a situação é mais facilmente percebida nos Estados como o Brasil, cujas constituições são analíticas e rígidas, de maneira que o seu texto, além de muito abrangente e detalhado, exige complexo e moroso procedimento para a sua alteração formal.

A problemática está cada vez mais presente na pós-modernidade, haja vista que as necessidades humanas pululam até nos mais afastados rincões. Tais necessidades incrementam os níveis de tensão no meio social, especial-

mente com o objetivo de se manterem os intercâmbios desiguais em cada estrutura de poder. Aliás, estas estruturas também criam entre si tensões, porquanto cada um tenta influenciar mais ativamente os comportamentos produzidos nas demais. Desta forma, é natural que a resultante de tantos e contínuos embates exija uma resposta adequada do Direito, cuja fonte precípua, a toda evidência, é a Constituição.

Por outro lado, não se pode admitir que a Constituição e o Direito sejam apenas os resultados da soma dos fatores sociais de poder. É que, malgrado as concepções sociológicas de Ferdinand Lassale guardassem importantes lições para uma necessária mutação constitucional, aplicá-las de forma genuína ensejaria uma enorme insegurança para toda a organização humana. É por isso que as teorias hermenêuticas hodiernas, dentre as quais se destaca a Teoria Estruturante, tem duplo objetivo: por um lado, construir um Direito como sistema aberto, com respeito à alteridade, à tradição e aos reclamos do meio social; e, por outro, reconhecer a importância do Texto como baliza interpretativa. O equilíbrio entre a validade e a faticidade surgirá, acima de tudo, de uma concretização normativa onde haja controle sobre o discurso e sobre os fundamentos utilizados em cada decisão.

Diz Müller:

A concretização do direito no Estado Democrático de Direito deve empenhar-se para abandonar o campo dos 'credos' que se pautam em conclusões metodicamente precipitadas e trabalhar elementos da argumentação que possam ser concretamente, no sentido de racionalmente, examinados e discutidos no âmbito da ciência do direito, ou seja, de um modo bastante específico, constituam-se como elementos de relativa objetividade.<sup>85</sup>

Dessa maneira, ao tempo em que busca assegurar a oxigenação do sistema, mantém-se em nível razoável a estabilidade e o equilíbrio democráticos. Isso porque, conforme lembra Lênio Streck, uma hermenêutica que se pretende pós-positivista não deve vir a reboque dos fatos sociais. O próprio Direito também apresenta imperatividade capaz de influenciar (ou mesmo alterar) culturas e propensões no meio social.

Um exemplo simples ilustra a alteração de comportamentos a partir de exigências legais: até o início dos anos noventas, praticamente não se utiliza-

<sup>85</sup> (Müller, 2008:120).

vam cintos de segurança no Brasil. Apesar de o aparato ter sido patenteado ainda em 1895 nos Estados Unidos, e malgrado o cinto de três pontos tenha sido lançado em 1959 pelo sueco Nils Bohlin, na quase totalidade dos automóveis brasileiros, tratava-se de item inócuo. Então, somente a partir de 1994 e de 1997, com a inserção (a princípio) de algumas locais e, depois, do Código de Trânsito, bem como mediante as naturais aplicações de sanções aos infratores é que se passou a perceber uma rápida alteração de comportamento, observando-se que a exigência do cinto foi inserida, de maneira contínua, inclusive, nos currículos escolares. Ou seja, apesar de a cultura ser totalmente infensa à utilização de cintos de segurança durante anos, a determinação das regras jurídicas, acompanhadas de aplicação de sanções e de campanhas de conscientização, resultou numa mudança de comportamento. Logo, se, a princípio, houve inúmeras reclamações, inclusive com apelos ao “direito de liberdade”, hoje, tais “argumentos” tornam-se inaudíveis frente ao coro enorme daqueles que se adequaram ao uso do item obrigatório. Assim, conquanto ainda existam infratores, não se pode negar que, a partir da regra, modificou-se, substancialmente, a cultura do povo e a própria forma de os indivíduos perceberem o conceito de liberdade (agora sob as balizas do direito).

Pois bem, no que tange à hermenêutica contemporânea, que une teorias divergentes (como a de Robert Alexy, Friedrich Müller e Ronald Dworkin), o desafio é o seguinte: adotar-se um viés filosófico que ultrapasse a relação sujeito/objeto e os aspectos formais-dedutivistas, a fim de promover-se um movimento dialético com a tradição e com o meio social. Trata-se, pois, de um inegável aprimoramento da medieval concepção tópica, na medida em que, cada vez mais, busca-se a solução hermenêutica a partir do problema prático apresentado.

Aqui, frise-se, não se tem por finalidade dissecar tais teorias (que se digladiam, ora preconizando uma única resposta correta para cada situação interpretativa, ora defendendo “uma” dentre várias respostas para cada caso); mas, tão-somente, demonstrar-se que, hoje, a legitimidade da decisão de um julgador depende, cada vez mais, de sua capacidade de construir uma norma no caso específico (norma-decisão) sem se prender a meros aspectos formais. Ou seja, é-lhe exigido, atualmente, o repúdio a uma postura solipsista, para assumir uma conduta que observe, simultaneamente, facticidade e validade, *Sein* e *Sollen*.

Essas constatações tornam-se mais robustas quando se percebe que, nos textos constitucionais hodiernos, exige-se do Poder Judiciário, cada vez

mais, decisões que perpassem robustos aspectos valorativos, aferindo-se critérios como o de eficiência, de efetividade e de discricionariedade. É o que ocorre, por exemplo, em julgados que têm por objeto apreciar comportamentos de administradores cujas condutas repercutiram na sociedade como um todo. Questões alusivas ao meio ambiente, ao urbanismo, à gestão pública e a inúmeras celeumas de natureza difusa demandam análises especiais do hermeneuta, a partir de expectativas legítimas que os cidadãos têm em relação aos seus governantes. É a partir dessa ótica, colhida do “âmbito da norma” e jungida ao seu “programa” que se poderá valorar se um comportamento foi eficiente e efetivo.

Está, assim, com a razão o professor Manuel Calvo García, quando propõe superar-se a dicotomia entre as teorias hermenêuticas de cunho positivista e os enfoques puramente sociológicos, para se atingir um enfoque sócio-jurídico do direito, com ampla interdisciplinariedade na atividade interpretativa. Diz ele:

Hoy por hoy, criterios como los de eficiencia, efectividad y eficacia son consustanciales a las dinámicas jurídicas y hacen difícil encerrar la teoría de la decisión jurídica en los estrechos márgenes de una Teoría del derecho anclada en los presupuestos del método lógico-deductivo, por mucho que se corrijan o atemperen superficialmente.<sup>86</sup>

O que se verá, nos tópicos seguintes, é como a idéia de procedimento emerge como um dado de extrema relevância na mencionada concretização normativa.

### **4.3 Os procedimentos e sua importância hermenêutica em um Estado Constitucional de Direito**

Com a elevação da lei (com destaque para a Constituição) à qualidade de instrumento-mor a serviço do poder em suas múltiplas vertentes (após a superação do paradigma teológico-medieval), fica claro por que todas as tensões de forças sociais, naturalmente, desaguaram na sua elaboração e na sua manipulação. Os procedimentos formais de criação da lei e os procedimentos em geral (que a utilizam) crescem em importância e neles se concentram os principais mecanismos ideológicos da sociedade. De fato, se a lei é a base do

<sup>86</sup> (García, 2010;(44):371-394).

equilíbrio e da força do Estado (bem como das instituições de poder em geral), cada vez mais, há uma tendência de as autoridades e os chefes, na luta de manterem seus interesses, preocuparem-se em influenciar a formação de seu texto, assim como todas as etapas de sua aplicação.

Com efeito, se, nos poderes tradicional e carismático, as decisões são alicerçadas em meros costumes ou na devoção afetiva ao “missionário”, no poder legal (típico das sociedades mais modernas), predomina a justificação racional – motivo por que cresce em importância o momento cognitivo. Logo, se as autoridades ou líderes buscam fundar sua legitimidade em um poder legal (afastando-se das bases tradicionais e carismáticas), é irrefragável que conceitos como o de “competência”, “objetividade”, “racionalidade”, “regulamento”, “cognição” e “procedimento” ganham força; afinal, para que o espaço de atuação de cada agente público seja acompanhado e justificado socialmente, torna-se imprescindível que seus atos estejam harmonizados com uma série de outras manifestações legais.

Pois bem, se isso é verdade em um Estado de Direito, mais ainda o é quando se fala de Estado Constitucional Democrático, onde os procedimentos legais devem apresentar uma preocupação especial com um “prestar contas” aos cidadãos, viabilizando-lhes ampla possibilidade de participar, ativamente, da formação da vontade ou da decisão a ser exarada. É que aí os indivíduos, amparados nos preceitos da democracia, exigem que as decisões estatais, além de estarem arrimadas na regra estatutária e de terem sido emitidas pelos agentes competentes, destinem-se a atender, objetivamente, às aspirações do bem-comum. Para tanto, não é suficiente que um ato decisório seja precedido de uma série de outros atos concatenados e baseados em atividades de postulação (pedidos, requerimentos, representações, elaboração de cadastros etc.) e de conhecimento (estudos, perícias, relatórios, depoimentos etc.). O que os destinatários das ordens exigem é que a autoridade conheça o objeto sobre o qual vai emitir juízo, mas a partir da oitiva dos interessados, oportunizando-lhes influir na formação do seu conhecimento (*Einwirkungsmöglichkeit*).

Aqui, importa lembrar os ensinamentos de Gadamer, quando faz alusão ao movimento que o Iluminismo (*Aufklärung*) empreendeu contra o conceito de autoridade. De fato, a partir de ideias iluministas e com base em concepções da reforma protestante, passou-se a desconstruir a importância de qualquer tipo de mando ou de orientação superior. O objetivo era desacreditar todas as informações dadas como verdadeiras pela Igreja acerca das Sagradas Escritu-

ras, aceitando-se como legítimos somente os dados que a razão pudesse demonstrar.

Gadamer vai tentar resgatar o crédito da “autoridade”, demonstrando que tal conceito, ao contrário do que apontou o *Aufklärung*, está muito mais ligado à ideia de reconhecimento (porque a autoridade deve ser conferida a quem tem maior experiência e conhecimento) do que à ideia de submissão, contra a qual se sublevoou o Iluminismo.

Não se desconhece que, em muitos aspectos, Gadamer estava com a razão. A autoridade deve mesmo guardar em si um viés extremamente positivo, ligado à concepção de reconhecimento e de sabedoria. Contudo, não se pode negar que esse movimento de desconstrução ampliou-se para além dos limites da discussão teológica, para alcançar todo e qualquer tipo de autoridade. Desta forma, quanto mais distância histórica se verifica da origem do Iluminismo, mais se constata como o conceito de autoridade é recebido no meio social com desconfiança. De ordinário, os indivíduos, atualmente, desejam que os méritos da autoridade sejam racionalmente demonstrados, mediante fundamentação e, mais ainda, mediante a participação dos interessados no discurso que envolve a matéria sobre a qual se vai manifestar o líder, ou o chefe, ou o magistrado. Quanto às decisões proferidas pelos modernos poderes legais, não poderia ser diferente. Os homens, dia após dia, exigem mais que a mera presença ou emissão do texto legal; reclamam, sim, por uma fundamentação das decisões em consonância com as suas aspirações pessoais e/ou coletivas.

Esse giro de foco da lei para os cidadãos deu-se com a elevação dos direitos fundamentais ao pedestal máximo de importância do Estado. A partir de então, a lei deixa de ser o fundamento de validade para os direitos fundamentais, passando estes a ser fundamento de validade e de eficácia para aquela. Trata-se, na espécie, da mudança do (primeiro) Estado de Direito para o Estado Constitucional (segundo Estado de Direito), consoante bem leciona Paulo Bonavides, com base em Peter Häberle:

Assinala Häberle que as modernas contribuições ‘para fazer efetivos os direitos fundamentais’ ou para ‘otimizá-los’ são apenas a continuação daquelas ideias. O avanço traduz-se na Alemanha, conforme ele observa, com frequente emprego da máxima segundo a qual os direitos fundamentais já não tem eficácia ‘em função da lei’, mas, ao contrário, as leis ganham eficácia ‘em função dos direitos fundamentais’. É, aliás, uma averiguação que já

fora feita precursoramente por Krueger e que serve para marcar a passagem do primeiro Estado de Direito – o Estado legal, o Estado da separação de poderes – ao segundo Estado de Direito – o Estado constitucional, o Estado do novo dogma dos direitos fundamentais, o Estado assentado sobre o pedestal de quatro gerações cumulativas de direitos, que culminam com o direito à democracia, apanágio do gênero humano e coroamento daquele axioma de concretização progressiva da liberdade.<sup>87</sup>

A propósito, diga-se que a importância do procedimento legal com respeito aos direitos fundamentais não se restringe ao âmbito público. Há uma forte e progressiva tendência para se exigir uma legitimação pelo procedimento também no âmbito particular. Aliás, parece claro que Max Weber já tinha ao menos uma ideia incipiente nesse sentido; tanto assim que, ao falar sobre poder legal, incluiu-o nessa categoria.

Com efeito, nas modernas democracias, a exigência de legitimidade racional-legal ultrapassa a barreira do “público”, para atingir as relações “privadas”. Cada vez mais, observa-se que a justificação por procedimento precede quaisquer medidas de caráter punitivo, construtivo ou vexatório contra o cidadão, como resultado direto das aspirações de igualdade e de liberdade que regem um Estado Democrático de Direito. É consequência do que se tem chamado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) – teoria que, acima de tudo, visa a resguardar o direito de contraditório e de ampla defesa assegurado aos indivíduos não apenas na relação Estado x cidadão; mas, ainda, nas relações intersubjetivas de caráter privado. Trata-se de um imperativo desse Estado Constitucional, cujo carro-chefe é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o ser humano, justamente por gozar de respeito frente à ordem jurídica, não pode ser tratado como um elemento irracional, mero objeto de atos volitivos ou de manifestações de terceiros, sejam tais manifestações oriundas do Estado, sejam elas provenientes da órbita particular. O indivíduo tem que ser ouvido, a fim de que se lhe viabilize a apresentação dos acontecimentos por sua perspectiva, ensejando ao julgador um melhor prisma de análise dos fatos que serão objeto de seu julgamento. É nesse contexto que deve ser (e tem sido) compreendido o teor do art. 5º, LV da Constituição Federal brasileira (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recur-

<sup>87</sup> (Bonavides, 2013:632).

tos *a ela inerentes*”), conjugado com art. 1º, III da mesma Carta (que insere a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado).

Insta lembrar que, no caso da Constituição Federal brasileira, além do já referido teor do inciso LV do art. 5º (que se refere à exigência de contraditório e de ampla defesa nos processos em geral) são inúmeros os dispositivos que, naturalmente, implicam a extensão da eficácia dos direitos fundamentais ao campo das relações particulares, dentro os quais se podem nomear os seguintes: a) I do art. 5º (*“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*); b) II do art. 5º (*“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*); c) IV do art. 5º (*“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*); d) VI (*“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”*); e) X (*“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*); f) XX (*“ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”*); g) I do art. 7º (são direitos dos trabalhadores *“a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”*); h) VI do art. 7º (*“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”*); i) VII do art. 7º (*“garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”*); j) VIII do art. 7º (*“décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”*) etc. }n , podem-se colher três exemplos ilustrativos:

Também não faltam exemplos na legislação infraconstitucional, sendo bastante ilustrativo indicar os seguintes:

- I) Demissão, por justa causa, do empregado, prevista no art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Aqui, fica claro que, apesar da expressividade da lei, diante de quaisquer fatos jurídicos apresentados, imprescindível que o empregador dê ao empregado oportunidade, para, em um procedimento administrativo específico, apresentar sua defesa e suas provas, como decorrência do *due process of law* a que estão sujeitas também as relações privadas. Não haverá, portanto, validade jurídica para uma demissão baseada em provas colhidas unilateralmente, por mais robustas que sejam.

A propósito, veja-se o teor de importante e recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA NO CEARÁ. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

(...)A jurisprudência desta Corte superior já firmou o entendimento de que os conselhos regionais e federais de fiscalização do exercício profissional não possuem natureza autárquica em sentido estrito, ao contrário, são autarquias sui generis, dotadas de autonomia administrativa e financeira, não lhes sendo aplicáveis as normas relativas à administração interna das autarquias federais. Logo, esses conselhos profissionais, como é o caso do reclamado, são considerados entes paraestatais. Nesse contexto, verifica-se que não se lhes aplica a Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, já que não pertencem à Administração Pública. Entretanto, essa tese não afasta a necessária observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais protegem todos os brasileiros e estrangeiros, residentes aqui ou de passagem pelo território nacional. Com efeito, o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Esse dispositivo é aplicável não só aos processos judiciais, mas também aos processos administrativos, inclusive aos procedimentos instaurados fora do Poder público. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecida pela doutrina moderna, conferindo-lhes aplicabilidade no âmbito privado, de modo que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição devem ser observados tanto nas relações entre o Estado e cidadãos como nas intersubjetivas. (...) (Recurso de Revista n. 2673006420035070003. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Julgamento: 15/05/2013. Órgão julgador: 2ª Turma. Publicação: DEJT 24/05/2013).<sup>88</sup>

Em síntese, não é suficiente que o patrão demonstre que o empregado incorreu em falta grave, para demiti-lo por justa causa. Se a demonstração advier de evidências colhidas unilateralmente pela empresa, a decisão será passí-

<sup>88</sup> (Brasil, 2013:1).

vel de nulidade, porquanto inexistiu a oitiva do trabalhador em procedimento formal, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

- II) Aplicação de multas a condômino, por infração a regras fixadas no condomínio.

Outro exemplo recorrente da aplicação da *drittwirkung* em solo brasileiro tem sido a incidência de multas por condomínio em desfavor de condômino que, alegadamente, tenha violado as normas respectivas, tal como se observa na decisão abaixo:

Ementa: PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONDOMÍNIO EM DESFAVOR DE CONDÔMINO. SUPPOSTA VIOLAÇÃO DAS NORMAS INTERNAS. IMPOSIÇÃO DE MULTA SEM ABERTURA DE PRAZO PARA DEFESA. NULIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RECONHECIMENTO PELA DOUTRINA E PELO STF.(...) (Apelação n. 8077772010807001 DF. Relator: João Batista Teixeira. Julgamento: 06/04/2011. Órgão julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 11/04/2011, DJ-e p. 63).<sup>89</sup>

- III) Exclusão de membro de entidade associativa.

Finalmente, aluda-se a um caso de inclusão formal de regra jurídica no Código Civil brasileiro que, expressamente, exige o respeito ao contraditório e à ampla defesa no setor privado.

Com efeito, já claramente inspirado pelos influxos das mais recentes teorias constitucionais, o Código Civil de 2002 trouxe, em seu bojo, a seguinte determinação: Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.<sup>90</sup>

Ora, a regra é claramente limitativa do direito de o ente associado excluir um de seus membros. Ainda que se esteja ante uma justa causa, a retirada do sócio há de ser feita mediante procedimento legal, nos termos do estatuto. Aliás, ainda que, eventualmente, seja falho o estatuto da entidade associativa, a exclusão encontra-se necessariamente condicionada ao contraditório e à am-

<sup>89</sup> (Brasília, 2013:63).

<sup>90</sup> (Brasil, 2002:1).

pla defesa, sob pena de encontrar-se eivada de vício insanável sendo, portanto, sujeita à nulidade.

Todos os casos supracitados (e muitos outros), sejam os adotados expressamente pela lei, sejam por força de entendimento jurisprudencial, emergem como resultado direto da compreensão atual das dimensões dos direitos fundamentais.

A propósito, diga-se que tal consequência no mundo do Direito (notadamente no espaço constitucional) é um corolário automático da difusão de centro de poder para além do Estado, próprio das complexas sociedades modernas, na trilha do já demonstrado com base nas lições de Boaventura de Sousa Santos.

Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional (fl. 620) lembra, inclusive, que, no rastro de um pós-positivismo, e com o advento da teoria material da Constituição, um novo enfoque tem sido dado em todo o mundo acerca dos estudos constitucionais (pelo menos, a toda evidência, nos estados democráticos). Com efeito, se, antes, as atenções estavam concentradas no princípio da separação dos poderes e em temas de distribuição de competências constitucionais, recentemente, tem-se dirigido o debate para o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais e, desde esse ponto, tem-se estendido a eficácia de tais direitos para a esfera nas relações intersubjetivas privadas.

Mas como se deram essas alterações ao longo da história e do pensamento jusfilosófico?

A resposta a essa pergunta pode ser encontrada nas seguintes evidências:

- A partir das revoluções Americana e Francesa, houve uma profunda mudança no eixo de visão estatal acerca dos próprios indivíduos. Até então (quando havia verdadeira confusão entre Moral e Direito), os séculos de história da civilização tinham demonstrado que, nas mais diversas organizações humanas, os membros do corpo social eram, geralmente, tratados como instrumentos (objetos) das atividades públicas, simples meios para que as autoridades (reis, príncipes, imperadores, papas etc.) atingissem seus fins. O Estado tanto seria mais forte quanto mais uniformidade de pensamento pudesse gerar para os seus indivíduos. Tornar seus membros virtuosos e úteis para os fins públicos era a função dos legisladores, nada se vendo de importante em se assegurarem aspirações individuais (salvo, é claro, se viesse a robustecer os objetivos estatais). Eis por que Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, defendia ser

a ciência política o mais importante ramo do conhecimento. É que ela teria o escopo de talhar os indivíduos segundo a virtude, amoldando-os aos reclamos do Estado.<sup>91</sup> Fica óbvio, portanto, o motivo por que os deveres foram, ao longo de séculos, tratados por uma ótica privilegiada e primeira, em detrimento dos direitos.

Essas mudanças nos primas deontológico (em primeiro lugar) e jurídico (em segundo lugar) tiveram seu nascedouro ocidental nas ideias cristãs, mediante as quais se passou a valorizar o indivíduo como ente especial (filho de Deus). Contudo, tal concepção somente foi introjetada no pensamento filosófico por meio do jusnaturalismo e de sua doutrina responsável pela construção das primeiras teorias dos direitos humanos, fundadas, em seus primórdios, nos conceitos de “estado natural” e de “contrato social”, tão ao gosto dos iluministas e dos revolucionários burgueses.

São de Norberto Bobbio as seguintes considerações:

No início, as regras são essencialmente imperativas, negativas ou positivas, e visam a obter comportamentos desejados ou a evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas. Logo nos vêm à mente os Dez mandamentos, para darmos o exemplo que nos é mais familiar [...]. Isso quer dizer que a figura deontica originária é o dever, não o direito.[...]

Não é difícil compreender as razões. O problema da moral foi originariamente considerado mais do ângulo da sociedade do que daquele do indivíduo. E não podia ser de outro modo: aos códigos de regras de conduta foi atribuída a função de proteger mais o grupo em seu conjunto do que o indivíduo singular. Originariamente, a função do preceito ‘não matar’ não era tanto a de proteger o membro individual do grupo, mas a de impedir uma das razões fundamentais da desagregação do próprio grupo. A melhor prova disso é o fato de que esse preceito, considerado como um dos fundamentos da moral, só vale no interior do grupo: não vale em relação aos membros dos outros grupos.

A grande reviravolta teve início no Ocidente a partir da concepção cristã da vida, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> (Aristóteles, 2014:23).

<sup>92</sup> (Bobbio, 2004:54-55).

Ocorre que a mudança do referencial teórico organicista para o individualista não se deu de maneira imediata; mas, ao revés, aconteceu no decorrer de longos anos, seja no campo histórico-real, seja nos campos jusfilosófico e (mais especialmente) jushermenêutico.

Com efeito, ao lado das primeiras formulações jusnaturalistas, as preocupações dos doutrinadores jurídicos (notadamente os constitucionalistas) voltavam-se para a necessidade de controlar o abuso de poder, evitando-se, especialmente, a hipertrofia do Executivo. Era uma reação naturalmente defensiva (e pós-revolucionária) contra o medo do absolutismo.

Não obstante isso, as consequências da hediondez que imperou na II Guerra Mundial levariam, automaticamente, a uma ênfase crescente no respeito à dignidade humana, ensejando o giro epistemológico (já referido) no direito constitucional, cuja ocupação maior passou a ser os direitos fundamentais.

Num primeiro momento, sendo ainda forte a preocupação com as liberdades individuais e com a garantia da autonomia privada, houve grande resistência a admitir-se que o Estado, mesmo a título de proteção do juridicamente mais fraco, viesse a se imiscuir nas relações jurídico-particulares. Temia-se que, ao assim fazer, fosse retirado o espaço de ação livre dos sujeitos de direito. Caberia, pois, a incidência dos direitos humanos como limite apenas à ação pública.

A concepção restritiva de incidência dos direitos fundamentais ganhou mais força nos Estados Unidos da América, cuja cultura individualista sempre demonstrou enorme aversão a qualquer ideia que pudesse implicar inserção do Estado na autonomia privada. É o que se tem denominado de *teoria da negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (State Action)*.

A propósito, lembra André Luiz Tomasi de Queiroz:

Uma teoria contrária à horizontalização dos direitos fundamentais é a adotada nos Estados Unidos da América, denominada *state action*. Por essa teoria, enraizada na própria concepção do Estado Liberal Clássico, os direitos fundamentais estabelecem limites apenas à atuação do Estado. São incapazes de regular as relações entre particulares, e suas condutas encontram-se fora do alcance do globo de garantias por aqueles emanado.[...]  
As discussões sobre as emendas à Constituição Americana sugeriram em um contexto estritamente inicial da historicidade dos direitos fundamentais. O temor de um texto constitucional aberto, possibilitando uma tirania estatal, levou a instauração de várias

convenções de Estados para elaboração e votação de imunidades para o indivíduo frente ao poder – liberdades negativas.<sup>93</sup>

Acontece que, mesmo entre os americanos, o posicionamento refratário à *Drittwirkung* tem sido bastante esmaecido ante o gigantismo alcançado pelas empresas, fábricas e corporações privadas, que esmagam o cidadão comum nos mais diversos tipos de transações modernas. Com efeito, se grandes grupos econômicos são capazes, amiúde, de fazer frente a Estados, o que dizer-se do indivíduo comum?

Na realidade, quando se busca tornar intangíveis as relações jurídicas intersubjetivas de natureza privada, está-se contribuindo para que o cidadão (pessoa física comum) transforme-se em vítima permanente das instituições que controlam os espaços-estruturais de poder.

Hoje, portanto, impera (com algumas variações) o entendimento de que os direitos fundamentais devem emergir como escudo protetivo do ser humano não somente frente ao poder estatal; mas, também, ante a fortaleza das ações privadas. Trata-se da teoria da aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais na órbita particular.

A respeito, veja-se o que diz Daniel Sarmiento:

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.<sup>94</sup>

Ora, não teria mesmo como o direito ficar alheio à criação das múltiplas dimensões de poder. Com efeito, de nada adiantaria ao cidadão gozar de proteção jurídica contra as ações estatais, se lhe fosse dado sofrer arbitrariedades advindas de outros centros de poder (mercado, família, escola etc.).

Portanto, todos os casos supracitados, tanto os adotados expressamente pela lei, como aqueles oriundos de entendimento jurisprudencial, emergem como resultado direto da compreensão acerca da relevância e do alcance dos direitos fundamentais. Isso, notadamente, porque, em uma democracia, o Estado “anda com as pernas da lei” e “fala por meio de procedimentos”, tanto na

<sup>93</sup> (Queiróz, 2013:1).

<sup>94</sup> (Sarmiento, 2006:185).

esfera pública, como na esfera particular. Logo, fica evidente que, nesse contexto, avulta em importância o controle sobre a formação das regras jurídicas e, principalmente, o controle sobre o discurso instalado no bojo de cada procedimento.



## CAPÍTULO V

### O DISCURSO NO PROCESSO

#### 5.1 A natureza sistêmica dos procedimentos judiciais e sua repercussão na hermenêutica

Quando se falou acima sobre a relevância dos procedimentos em um Estado baseado em direitos fundamentais, partiu-se da compreensão de que, em tal Estado Constitucional, existe uma dedicação constante no sentido de oportunizar-se ao cidadão o direito de influir no direcionamento de condutas que possam atingir sua esfera jurídica. De fato, o ideal será que, antes de qualquer decisão capaz de tocar nos interesses dos indivíduos, seja-lhes oportunizada a oitiva e a participação.

É claro que tal “exigência de oitiva” dos cidadãos é tanto maior quanto mais concreta for a experiência democrática de um Estado. Isso porque o conceito de “democracia”, em qualquer sociedade, jamais é completo. Ele se apresenta como uma aspiração diante dos cidadãos e das instituições (públicas e privadas), que, dia após dia, devem procurar alcançá-la de maneira mais efetiva, estimulando a marcha para o progresso.

Quanto mais se correm os olhos para o passado da humanidade, mais se observa que, nas sociedades primitivas, as decisões de autoridade tendiam a atingir seus membros de maneira quase automática. Os juízos de valor sobre condutas eram sumários, sendo executados rapidamente e com mínimas formalidades. Ou seja, era ínfima a preocupação com um julgamento correto e com a segurança jurídica, imperando a atenção com a celeridade da decisão.

É certo que o direito romano, já a partir do seu período primitivo (da fundação de Roma, em 753 a.C a 149 a.C), passou a preocupar-se com uma incipiente idéia de procedimento. Ocorre que tal concepção estava atrelada somente às exigências de formalismo, não havendo compromisso real com um contraditório, com uma ampla defesa, com o alcance da verdade e tampouco com a materialização da dignidade do ser humano.

De qualquer forma, ainda que não se pudesse falar em um procedimento nos moldes democráticos hodiernos, não restam dúvidas de que aqueles pioneiros passos já foram um enorme avanço na busca de se orga-

nizarem e de se racionalizarem atos que culminariam e fundamentariam os juízos decisórios.

Como visto, essa racionalização ganhou força nos Estados em que a legitimidade de poder passou a arrimar-se na lei. É que, cada vez mais, a justificação das ações de autoridade, por se exigir a participação dos cidadãos, depende de um conjunto de atos concatenados que se destinam a uma determinada prestação estatal. Assim é que, se bem observado, num Estado Democrático, os Poderes expressam-se, necessariamente, por processos e por procedimentos legais, constituídos justamente por um grupo de atos fundados em lei, que se alicerçam entre si, e, em última instância, baseados na Constituição.

Com efeito, no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, a importância dos processos surge desde o momento da escolha de seus integrantes mediante a regulação dos atos que culminam na eleição e/ou na posse de seus representantes. Além disso, sua relevância abarca todas as atividades estatais, tais como: procedimento de elaboração das leis; procedimentos de arrecadação de receitas, de realização de despesa e de prestação de contas; procedimentos de composição dos quadros administrativos, procedimentos disciplinares de servidores públicos; procedimentos administrativos de toda a espécie e procedimentos judiciais de toda a natureza.

Uma interessante e útil perspectiva do conceito de procedimento foi dada pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann. De fato, o sociólogo alemão amadureceu a concepção de sistema, partindo de pressupostos multidisciplinares (envolvendo contribuições da física, da matemática, da cibernética, da neurociência e da biologia), com o fim de atingir uma universalidade e com a pretensão de construir uma teoria geral do conhecimento para além do campo sociológico. Então, compreendeu sistema como um conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação, de modo que tais elementos, ao formarem relações entre si, excluem outros de seu convívio. A ideia sistêmica consiste, portanto, em se organizar um “espaço” a partir da retirada seletiva de elementos do mundo. Desta forma, a complexidade dentro do sistema sofre uma redução seletiva de possibilidades quando comparada com as infinitas possibilidades do mundo circundante.

Observe-se que, em sua teoria sistêmica, Luhmann tem, como ponto determinante, a busca de solução de um problema mediante a redução da complexidade do mundo. Complexidade aí é compreendida como um conjunto de contingências ou de possibilidades de eventos. Em suma, como o aumento quantitativo

de elementos implica o aumento geométrico de relações possíveis, torna-se claro que a diminuição de tais elementos implica a redução das possibilidades relacionais dentro do sistema. A idéia, pois é agir com racionalidade a partir da seleção apenas dos elementos necessários para se encontrar a resposta para os problemas. Para tanto, determinados elementos são colhidos do mundo e lançados em campo específico (sistema), a fim de serem apreciados de maneira menos complexa, viabilizando maior organização e celeridade no encontro de soluções.

Importa ressaltar que os sistemas sociais, conquanto apresentem autonomia no que se refere ao mundo circundante, não são totalmente independentes. Eles são, na realidade, *autopoiéticos*, ou de natureza aberta e fechada ao mesmo tempo. Isso implica dizer que, conquanto recebam estímulos do ambiente, destinados a alimentar suas operações internas, os sistemas não absorvem todos estas influências. Ao contrário, realizam uma abertura seletiva, colhendo de seu entorno apenas os elementos necessários para reduzir a complexidade externa e aumentar a eficiência interna.

Destarte, percebe-se que o sociólogo alemão, no alusivo aos sistemas sociais, frisa a importância de sua teoria notadamente com base nos seguintes fatores: a) redução de complexidade em virtude da retirada seletiva de elementos do ambiente; b) natural redução das contingências (eventualidades); c) racionalização e celeridade na solução dos problemas apreciados dentro do sistema; d) inexistência de seres humanos, haja vista que, para ele, nos sistemas sociais, apenas há comunicação (ao contrário dos sistemas psíquicos, os quais seriam compostos de indivíduos e onde há somente pensamentos); e) delimitação de “papéis” por parte daqueles que se comunicam com cada espécie de sistema social; f) natureza autopoiética.

Ora, é desnecessário um grande esforço analítico, para se compreender que os procedimentos adotados pelo Estado, para arrimar as suas decisões, têm nítidas as características dos sistemas sociais, conforme os postulados de Niklas Luhmann. Aliás, considerando-se que o presente estudo busca melhor desenvolver o conceito de legitimidade jurídico-processual para demandas de natureza difusa, urge fazer a análise dos procedimentos judiciais, a fim de que, a partir daí, compreenda-se a própria atividade hermenêutica que se espera de um juiz atuante em um Estado Democrático de Direito.

A propósito, válido ressaltar que o reconhecimento dos procedimentos judiciais pelo sociólogo alemão é expresso, segundo se extrai do seguinte trecho de sua obra *Legitimação pelo Procedimento*:

Como todos os sistemas, os procedimentos judiciais constituem-se pela diferenciação, pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente. Não se trata aqui de romper a continuidade com estruturas e acontecimentos para além dos procedimentos. Diferenciação não quer dizer isolamento causal ou comunicativo. Os tribunais não são prisões. Trata-se antes de construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que possam ser reconhecidas após filtragem de informações. A diferenciação só pode, pois, ser realizada pelo estabelecimento autônomo do procedimento judicial e avança tanto quanto as possibilidades de decisão do sistema.<sup>95</sup>

Ora, não poderia ser mais acertada a percepção de Luhmann; afinal, a natureza sistêmica dos procedimentos judiciais pode ser aferida por vários fatores:

- 1º) Nos procedimentos judiciais, notadamente nos de natureza litigiosa, busca-se concentrar o discurso na matéria controvertida, segundo a perspectiva apresentada pelas partes. Todas as referências fáticas ou jurídicas que não aludem ao tema central do problema a ser apreciado devem ser desconsideradas para o fim de julgamento. Aliás, é esse o motivo por que o magistrado é investido do poder de sanear o feito, eliminando os “excessos” e conferindo objetividade e celeridade à sua marcha processual. Se as partes apresentam considerações de somenos importância, devem ser elas extraídas do debate, mediante a fixação dos pontos controversos, de modo que é apenas sobre esses pontos que deverá ser focada a atividade probatória, assim como a decisão;
- 2º) Com a limitação de elementos discursivos no âmbito do diálogo processual, há iniludível redução de complexidade na apuração da matéria;
- 3º) Os procedimentos judiciais são concretizados em atuações pelas secretarias dos fóruns e dos tribunais, de forma que o que verdadei-

<sup>95</sup> (Luhmann, 1980:53).

ramente deve (ou ao menos deveria) importar são as relações comunicativas estabelecidas entre os sujeitos do diálogo processual (autor, réu, juiz, promotor de justiça, auxiliares judiciais etc.). Ou seja, trata-se de um típico sistema de comunicação nos moldes mais genuínos da teoria de Luhmann, o qual, embora mantenha contato com os sistemas psíquicos (indivíduos), ganha (ou deveria ganhar) aspecto autônomo;

- 4º) Dentro de tais sistemas sociais (que são os procedimentos), cada sujeito deve ao máximo tentar exercer (ou ao menos deveria tentar exercer) uma função rígida e bem delineada, evitando (ou ao menos devendo evitar) uma inserção inadequada e inconveniente de outros “papéis” sociais. Desta forma, devem-se evitar contatos perniciosos de tais sistemas (procedimentos judiciais) com outros sistemas (notadamente os de natureza familiar, religiosa e de amizade). Os vínculos de amizade e de interesses pessoais são alijados, a fim de resguardar-se a pureza dos papéis sociais que aludem aos objetivos do sistema. Assim é que o indivíduo que outrora tenha atuado em uma causa como advogado fica impedido de, posteriormente, vir a julgá-la na qualidade, por exemplo, de magistrado de instância superior (como desembargador ou ministro). Da mesma forma, inviável sua participação quando seja parte do processo seu cônjuge, ou ascendente próximo. Em suma, o sistema estabelece “filtros” que visam a assegurar a genuinidade dos papéis daqueles que neles atuam;
- 5º) Dentro de tais sistemas, como não poderia ser diferente, há de permanecer o respeito às regras jurídicas (materiais e processuais), as quais funcionam como estruturas estabilizadoras dos procedimentos, conferindo-lhes proteção contra contingências irracionais e irrazoáveis do mundo circundante;
- 6º) Apesar da autonomia dos procedimentos judiciais, regulada pelo princípio da diferenciação, não há proibição de que os sujeitos da demanda (especialmente o magistrado) colham elementos materiais (valores, costumes, princípios) do mundo circundante, para alimentar e enriquecer o meio sistêmico. O que não é admissível é a intromissão de elementos em total desrespeito à regulação interna dos procedimentos, situação que geraria desestabilidade e caos. Aliás, os elementos admitidos no meio sistêmico podem influenciá-lo ao ponto de en-

sejar (dentro de limites razoáveis) novas e ricas alterações na forma de resolução de problemas futuros. É justamente em virtude dessa natureza, frise-se, que é possível a concreção normativa de que fala Müller, construindo-se, a partir do caso específico, a norma de decisão.

Como se vê, os procedimentos próprios de um Estado de Direito, notadamente aqueles de natureza judicial, enquadram-se, perfeitamente, nas diretrizes teóricas do conceito de sistema de Luhmann.

Pois bem, a partir dessa perspectiva, e tendo-se por base os aportes da teoria do conhecimento e da hermenêutica filosófica, fica claro que os procedimentos, em especial aqueles regidos sob os pilares dos direitos fundamentais, podem apresentar enormes benefícios no exercício da atividade interpretativa despendida ao longo de demandas ao Poder Judiciário.

Realmente, ao tomar ciência de que pleito lhe é destinado, um juiz, pela simples leitura da peça inicial constrói uma primeira “imagem” acerca do objeto (litígio) a ser analisado. Trata-se, como se viu, de uma projeção mental (e parcial) que o julgador realiza acerca da matéria sobre a qual vai emitir seu juízo ao final da demanda. Tal “imagem” frise-se, não somente é construída com base nas alegações e nos primeiro elementos de prova que o autor lhe apresente. Não! O magistrado, por menos afeito que seja ao tema sob litígio, traz consigo todo um arcabouço cultural e uma visão própria, que influenciarão na construção da “imagem”. Aliás, esse arcabouço cultural integra, diretamente, a sua pré-compreensão sobre qualquer objeto ou matéria que lhe seja apresentado para apreciação e está vinculado, diretamente, à concepção de mundo elaborada pelo uso da linguagem.

## **5.2 Processo e procedimento**

Embora já se tenha abordado bastante a concepção de procedimento como sistema, em especial pela perspectiva sociológica de Niklas Luhmann, deve-se ressaltar que, no campo jurídico, é imprescindível diferenciar-se tal conceito do de processo. Realmente, malgrado sejam ideias que coexistem no âmbito do Direito, elas não se confundem.

Processo guarda em si uma natureza teleológica. A sua concepção está, diretamente, voltada para o fim, que, na realidade jurídica, trata-se de uma prestação. É por isso que se costuma definir “processo” como um conjunto de

atos concatenados que visam a um determinado tipo de prestação jurisdicional. Desta forma é que, se o objetivo é ensejar ao julgador a cognição sobre a matéria do litígio, fala-se de processo de conhecimento; se a finalidade é realizar, de forma prática, a prestação (insatisfeita) a que corresponde o direito, fala-se de processo de execução; se o escopo, enfim, é meramente assegurar uma tutela de urgência, para se dar eficácia a uma outra prestação jurisdicional ou administrativa, fala-se de processo cautelar.

No que tange ao conceito de “procedimento”, traz esse a ideia de rito, de caminho, de formalidades. O “procedimento” é a exteriorização da relação processual; é a forma como ela se manifesta, a fim de viabilizar-se cada prestação (jurisdicional ou administrativa) almejada.

Esclareça-se:

- Quando um autor deseja a condenação de um réu a pagar-lhe indenização moral, a lei fixa um trilha procedimental para o estabelecimento de requisitos de ação, de prazos, de produção de provas, de número de audiências etc. Quando, por outro lado, busca-se anular-se um ato administrativo pela via do mandado de segurança, fixam-se outros requisitos e limites para a demanda, não somente no alusivo aos prazos; mas, ainda, para o reconhecimento de determinados meios probatórios específicos. Isso implica dizer que, seja por questões de ordem técnica, seja em virtude de política legislativa, são estabelecidas regras que conduzem a atividade das partes envolvidas na relação processual.

A respeito da diferenciação entre processo e procedimento, merece aplausos a exposição didática de José Joaquim Calmon de Passos (f. 2/3 do v. III):

Processo e procedimento – [...] A obtenção de uma providência jurisdicional, no entanto, por motivos de ordem técnica e de política legislativa, nem sempre reclama o mesmo número e a mesma espécie de atos singulares. É possível que, para a providência processual X, sejam necessários a +b+c, e para Y sejam indispensáveis a+c+e. Tanto para se lograr X, quando para se alcançar Y, houve um processo: o exercício, pelos sujeitos, do direito subjetivo que lhes foi conferido de provocar a atividade jurisdicional do Estado; o exercício, pelo Estado-Juiz, do dever-poder de aplicar autoritativamente o direito; um e outro, mediante uma série de atos juridicamente regulados. Mas, para se obter X, procedeu-se

de modo diverso daquele por que se procedeu para obter Y. De sorte que, no primeiro processo, houve procedimento diverso do utilizado no segundo processo.<sup>96</sup>

Logo, não há de se confundir ambos os conceitos. O procedimento é a manifestação exterior e formal da providência (jurídica ou administrativa) a que se almeja obter, sendo esta última o processo.

Porém, importante é entender que essa ideia de atos do “processo”, ao tempo em que se vincula ao tipo de prestação almejada, também alude à relação firmada entre os sujeitos da demanda. Isso porque, entre as partes e o Juiz, existe um vínculo legal de ônus, de encargos e de poderes, os quais asseguram o discurso jurídico, com o fito de atingir-se o provimento desejado (cognitivo, executivo ou cautelar). Para uns, trata-se de uma relação triangular, porquanto haveria vínculo subjetivo de cada parte com o julgador e de cada parte entre si; para outros, trata-se de uma relação apenas angular, haja vista sustentarem que não existe vínculo entre o suplicante e o suplicado; mas, tão-somente, de cada um destes com o Estado-Juiz. De qualquer forma, o conceito de “processo” está ligado ao movimento que essa “relação” faz no sentido de obter determinado tipo de provimento judicial, enquanto procedimento refere-se à trilha que essa “relação” segue até o atingimento dessa prestação jurisdicional, conforme a legislação prever para o caso concreto.

Assim é que, repise-se, processo é o “movimento em sua forma intrínseca” (a relação processual) e procedimento é o “movimento em sua forma extrínseca” (o rito, o caminho).

No presente trabalho, quando se falar de discurso processual, está-se referindo ao diálogo que as partes e o Juiz mantêm por meio da referida “relação” e ao longo do caminho formalizado pelo procedimento. Desta forma, pode-se dizer que as “regras de procedimento” funcionam como a estrutura estabilizadora do sistema, definindo o que nele pode ingressar (v. princípio da diferenciação), bem como fixando as balizas legais limitadoras do tema a ser discutido. Quanto às “regras de processo”, garantem elas o movimento interno do sistema e o direito de as partes se relacionarem ao longo da demanda, pleiteando, contradizendo e justificando suas razões discursivas, até o pronunciamento final. Em qualquer caso, sejam as “regras do procedimento”, sejam as “regras do processo”, têm elas suas validades condicionadas, sempre, às finalidades e aos

<sup>96</sup> (Passos, 1989:17).

princípios da estrutura-mor, que é a Constituição Federal. É nesse discurso e segundo tais referenciais que haverá de ser feita a concreção normativa.

### **5.3 O discurso jurídico-processual e a democracia como sistema aberto**

Já se observou que as tensões de forças sociais repercutem (ou pelo menos devem repercutir) na concreção das normas jurídicas. Estas, por isso, para serem válidas, ao lado de obedecerem a requisitos de forma, precisam galvanizar valores sociais e um mínimo núcleo ético, como pressupostos imprescindíveis para a sua validade material-constitucional. Além disso, ficou igualmente claro que, no alusivo à dimensão do Estado (espaço da cidadania), incumbe ao Judiciário aquilatar e fundamentar o nível de validade das normas fabricadas pelos processos legislativos, bem como aplicar-lhes aos casos concretos, mediante atividade interpretativa.

Ora, é cediço que a solução de litígios por parte dos magistrados (pelo menos em um Estado de Direito) depende de uma formalização – o que é feito através de procedimentos devidos, tal como discriminados em lei.

Ao buscar, por meio de um juiz, a solução para a controvérsia, as partes, necessariamente, trazem consigo todo o arcabouço fático e axiológico que envolve os interesses em jogo. Aliás, ao fazê-lo, a carga de valores que inserem no processo judicial não se limita à mera dimensão do direito estatal; ao revés, muitos litígios trazem, em seu âmago, questões de natureza histórica, sociológica, afetiva, mercadológica e, até mesmo, internacional. Como se não bastasse, tais questões vão para além do momento postulatório de uma demanda (a petição e a contestação em um processo judicial). Elas atravessam a fase de produção de provas e deságuam no momento em que se emitem os pronunciamentos (decisões incidentais e sentenças).

Note-se, a propósito, que a importância, no direito moderno, dos outros espaços estruturais (espaço doméstico, espaço de produção, espaço de mercado, espaço da comunidade e espaço mundial) encontra-se cada vez mais reconhecida nas próprias regras (materiais e processuais) do sistema jurídico, conforme se pode lembrar, através dos seguintes exemplos brasileiros:

- 1) O artigo 5º, da Constituição Federal frisa que, além do rol de direitos e de garantias individuais ali expostos, outros, advindos do direito internacional, não de ser reconhecidos como normas do direito brasileiro:

Art. 5º, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>97</sup>

- II) A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil e tradicional paradigma hermenêutico de tal ordenamento jurídico) reconhece, por exemplo, a permanente atenção que o magistrado deve ter aos costumes, aos princípios e aos fins sociais de uma norma, bem como às exigências do bem comum. Tal importância ora reside no processo de integração da lei (quando há lacuna desta), ora no processo de aplicação e de interpretação das normas.

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.<sup>98</sup>

Não é demais ressaltar, com Lênio Streck, que os conceitos de “princípios gerais do direito” e de “exigências do bem comum” devem ter sua fonte na Constituição Federal, a fim de se evitarem as arbitrariedades judiciais (provenientes da moral particular do julgador) e de se garantir o respeito aos imperativos democráticos.

- III) O Código de Processo Civil de 1973 (ainda em vigor), por sua vez, lembra que, na produção e na apreciação das provas, a “lógica da experiência comum” emerge como farol, que deve iluminar caminho do magistrado. Além disso, a importância dos indícios é igualmente reconhecida pelo Código de Processo Penal.

Art. 335 do CPC. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.<sup>99</sup>  
Art. 239 do CPP. Considera-se indício a circunstância conhecida

<sup>97</sup> (Brasil, 1988:9).

<sup>98</sup> *Ob. Cit.* p. 9.

<sup>99</sup> (Brasil, 1973:1).

e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.<sup>100</sup>

- IV) Os costumes e os tratos negociais são também relevantes na aplicação de regras de conteúdo negocial, porque as práticas mercadológicas devem ser igualmente inspiradoras de decisões judiciais. Aliás, os princípios da boa-fé e da segurança, valores jurídicos supremos, encontram-se apostos em um sem-número de normas e têm sua origem, irrefutavelmente, nas condutas ordinárias e nas expectativas justas dos indivíduos (desde que conforme a Constituição). É o que se verifica, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em condição de desvantagem exagerada, ou seja; incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.<sup>101</sup>

Desta forma, fica evidente que: a) de um lado, as partes em litígio (aí se incluindo o juiz) levam consigo um sem-número de aspirações, de expectativas e de formas de apreciação da vida. Tais aspirações, por sua vez, são constituídas não somente a partir do objeto do litígio; ao contrário, muitas vezes, são oriundas (ou influenciadas) por várias outras relações de poder em que se encontram (ou se encontraram) envolvidos os litigantes. Assim, todas as experiências passadas (que formam a “pré-compreensão”) e a tradição terminam por orientar, mais ou menos fortemente, a maneira como as partes (e o magistrado) observam o objeto da demanda; b) de outro, os próprios textos de lei (que também foram produzidas por força do meio social) reconhecem a importância dessas outras dimensões (além da estatal); tanto assim que as admitem, expressamente, como fontes orientadoras da aplicação das normas.

Fica claro, portanto, que o discurso entre as constelações de poder da sociedade ecoam de tal modo que atinge as raias das relações jurídico-processuais, influenciando-as, inevitavelmente. Aliás, tal é facilmente compreensível, inclusive, porque a relação processual, naturalmente dialética e contraditória,

<sup>100</sup> (Brasil, 1941:1).

<sup>101</sup> (Brasil, 1990:1).

possui fortíssimo conteúdo discursivo, que é desenvolvido ao longo das etapas procedimentais.

Em suma:

- a) O discurso jurídico instaurado no processo, como um dos principais mecanismos de aplicação do direito estatal, não pode deixar de sofrer os influxos do discurso social, advindos das variadas dimensões de poder que o cercam. Por isso, quando as partes apresentam os fatos que encetam a demanda, estes já vêm (devida ou indevidamente) valorados.
- b) Se as decisões judiciais se apartarem dessa “realidade cogente”, ocorrerá, a médio ou longo prazo, um esvaziamento na credibilidade do Judiciário e, mais ainda, um enfraquecimento na legitimação do Estado.

Mas as perguntas que surgem, então, são: se o discurso social repercute no discurso processual, como aquele se desenvolve dentro deste? Quer dizer, como os conflitos da sociedade, quando inseridos no campo do processo; ou, mais precisamente, dos procedimentos, são tratados? E como as decisões do Judiciário podem aprimorar ou fragilizar a relação de poder estatal?

A resposta a essas indagações podem ser alcançadas através das lições de Robert Alexy. Em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica – a teoria da justificação racional como Teoria da Justificação Jurídica*, o professor, primeiramente, analisa os diversos tipos de discussão jurídica, frisando que, enquanto, em algumas, são ilimitados o espaço e o tempo argumentativos; em outras, o discurso fica restrito a determinações ou limites específicos. Em seguida, aponta as diferenças e as similitudes entre a argumentação geral prática e a argumentação no Direito (estatal). Lembra, assim, que o ponto que as distingue é a preocupação do discurso jurídico com a lei válida. Esta é sua baliza e, portanto, o limite da sua argumentação. *In verbis*:

Há tipos bem diferentes de discussão jurídica. Pode-se fazer uma distinção entre as discussões na ciência jurídica (dogmática jurídica), deliberação judicial, debates no tribunal, tratamentos jurídicos de questões legais (quer na própria legislação ou diante de comissões ou comitês), discussões de questões legais entre estudantes ou entre juristas ou advogados ou entre pessoas juridicamente qualificadas na indústria ou administração, bem como debates sobre problemas jurídicos na mídia, onde assumem forma de argumentos legais. [...] Com algumas das formas trata-se

da questão de chegar a alguma conclusão dentro de um limite de tempo; com outras, tais como discussões da ciência jurídica (dogmática) não existe limite de tempo.

A questão sobre o que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico. Um ponto pode ser estabelecido mesmo neste estágio: a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida; contudo, isso precisa ser determinado. [...]. No contexto da discussão jurídica, nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações.<sup>102</sup>

Realmente, enquanto se pode prostrar uma celeuma acadêmica indefinidamente, tal não ocorre em um discurso ocorrido dentro de um processo. Ali, o tempo não encontra limites, de modo que se pode estender a discussão pelo período desejado pelos contendores. Aliás, quando se trata de uma discussão científica ou filosófica, o seu teor pode atravessar décadas e até séculos, mediante o infindável ciclo de debates entre os múltiplos pensadores.

Por outro lado, quando se trata de processo, o tempo é restrito aos prazos legais do procedimento respectivo. Há momento para postular; momento para defender-se; momento para produzir e/ou juntar provas; momento para alegações finais; momento para interpor recursos etc. O processo, embora busque garantir o contraditório e a dialética do discurso, luta contra o tempo, porque deseja, em última instância, um efeito prático, consistente em entregar um bem da vida àquele ao qual se reconhece como titular de um direito determinado.

Como se observa, tal análise de Alexy harmoniza-se com o enquadramento de Niklas Luhmann dos procedimentos judiciais no conceito de “sistemas sociais”. É que, segundo já demonstrado, tais procedimentos, justamente visando a serem mais céleres e eficientes, selecionam elementos do mundo circundante de acordo com o princípio da diferenciação. Desta forma, diminuem a complexidade das relações internas e, evidentemente, incrementam o nível de eficiência do sistema.

É claro que, como lembra Alexy, para alguns, o processo não é reconhecido sequer como um discurso. Lembra o autor que Jürgen Habermas, por

---

<sup>102</sup> (Alexy, 2001:211-212).

exemplo, afirma tratar-se o processo de mero “empreendimento estratégico”, haja vista que os seus partícipes, em geral, estariam interessados apenas em alcançar seus próprios interesses, indiferentes, portanto, à eventual necessidade de sacrificar-se a verdade.

Algumas características desses procedimentos indicam o contrário: as limitações impostas pelas regras de procedimento, limites de tempo, e as verdadeiras motivações dos participantes que muitas vezes, se não habitualmente, estão preocupados em chegar a um julgamento que seja vantajoso para eles, em vez de alcançar um resultado justo ou correto. [...] É por essa razão que Habermas conceitualiza um processo como um empreendimento estratégico em vez de como um discurso.<sup>103</sup>

É por isso que, para Niklas Luhmann, o alcance da verdade não emerge como objetivo precípua dos procedimentos. Defende ele que o grande escopo de tais sistemas é garantir maior estabilização social, gerando, assim, uma postura de aceitação do resultado a ser emitido pelo sistema; ou seja, o fito-mor dos procedimentos judiciais é assegurar a legitimação das decisões.

Diz ele:

A posição central do valor da verdade e das funções de conhecimento orientadas para ele tem, sem dúvida, raízes no pensamento histórico, não podendo, contudo, ter boas condições de sobrevivência durante tanto tempo porque proporcionava à polêmica contra a burocracia possibilidades de cobertura e apresentação [...]

O mínimo que se pode fazer é perguntar de forma mais radical se atingir a verdade constitui, geralmente, a função principal do procedimento juridicamente organizado [...].

Está fora de dúvida que, tanto hoje como anteriormente, verdades com este sentido específico não são suficientes para resolver todos os problemas com uma absoluta certeza intersubjetiva. Por isso, uma teoria do procedimento necessita dum ponto de vista mais abstrato de relação funcional, que inclua o mecanismo de verdade, mas que não se esgote nele. É natural que para isso se apóie na função da verdade e, partindo dela, se procurem outros

<sup>103</sup> (Alexy, 2011:216).

mecanismos. De transmissão funcionalmente equivalentes de complexidade mais reduzida. Aí deparamos com o mecanismo do poder e o problema da sua legitimidade.<sup>104</sup>

De qualquer forma, há de se convir que, conquanto não se possa falar nas “condições ideais de um discurso” de Habermas, em um processo, está-se, certamente, ante um discurso (ainda que de natureza peculiar). Para ratificar a assertiva, Robert Alexy lembra três razões: a) no discurso jurídico, existe a preocupação com o que deve ser feito ou deixado de fazer; b) nele, também há uma exigência de correção; e, como característica singular, c) tal discurso deve ocorrer dentro dos limites descritos (prazos procedimentais e observância à lei válida). *In verbis*:

Acima afirmamos a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso aconteceu com base em: (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com exigência de correção. É questão de ‘caso especial’ porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito.<sup>105</sup>

Note-se, a respeito, que a “exigência de correção” de que fala Alexy, embora não seja uma exigência absolutamente racional, está voltada para a necessidade de que o discurso jurídico do processo esteja devidamente justificado, à luz de uma ordem jurídica dada. Assim, apesar de cada litigante visar a satisfazer os seus interesses próprios, cada um, obviamente, quando da exposição de seus argumentos, ocupar-se-á com a sua justificação racional. Em suma, existe uma preocupação com a lei válida, bem como com a manutenção de uma lógica interna no discurso de cada parte.

Diz o autor:

Não existe condição de que a afirmação normativa afirmada, proposta ou pronunciada nos julgamentos seja absolutamente racional, porém apenas a exigência de eu possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalecente. [...] Qualquer pessoa que justifique algo está implicitamente exigindo que essa justificação seja correta e, portanto, que seja correta a afir-

<sup>104</sup> (Luhmann, 1980:23-24 e 27).

<sup>105</sup> (Alexy, 2001:212).

mação. Não é permissível nos discursos jurídicos, assim como não o é nos discursos práticos gerais afirmar algo e depois negar-se a justificá-lo sem dar razões para isso.<sup>106</sup>

Por fim, frise-se que, ao concordar-se com Alexy, no sentido de que a lei válida constitui uma limitação para o discurso jurídico, deve-se fazer uma observação. É que tal raciocínio não implica dizer que os argumentos jurídicos (inclusive os insertos em um processo) devam restringir-se ao campo da lei. Esta funciona como parâmetro, mas as partes não podem desprezar o enorme campo sociológico e valorativo que engloba todos os espaços estruturais de poder. É justamente por isso que a norma é construída a partir do caso específico, reunindo-se o texto (“programa”) aos aspectos político-sociais (“âmbito”), para se efetivar a concreção normativa de Müller. Aliás, o Judiciário, de forma alguma, deve limitar-se à interpretação abstrata, para ulterior subsunção lógico-dedutiva; pois, se o fizer, contribuirá para destruir a sua própria credibilidade, bem como para deslegitimar o Estado. Afinal, como se verá, se o processo deseja ser um instrumento democrático, há de buscar ser, efetivamente, um sistema aberto.

#### **5.4 O ideal da democracia como sistema aberto e os embustes do discurso jurídico-processual**

Insta ressaltar que, no Brasil, por exemplo, a especial preocupação com a lógica interna do discurso jurídico-processual não deve adstringir-se aos argumentos das partes. O juiz, principalmente, é que deve ocupar-se dessa fundamentação, sob pena de ver anulado o seu pronunciamento. Na Constituição Federal, tal dever do magistrado encontra-se manifesto no texto:

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgão do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> *Ob. Cit.* p. 213.

<sup>107</sup> (Brasil, 1988:34).

Ora, se essa exigência é natural em um Estado de Direito, mais ainda o é em qualquer regime democrático.

Explica-se:

- É sabido que o conceito de Estado de Direito não se equipara ao de regime democrático. No primeiro, há uma mera preocupação em limitar-se o poder político pela lei. A ideia aqui está mais relacionada a assegurar-se uma espécie de obediência à “vontade geral”, ou ao “espírito cívico” do povo, concentrando-se em regras de separação e de controle de poder, bem como de organização das atividades públicas. O Estado curva-se, para servir aos ditames da própria lei que criou, tendo em vista garantir a integração social e econômica. Tal conceito, portanto, está vinculado à ideia de equilíbrio e de igualdade ante a lei.

A Democracia, entretentes, pelo menos como se deve compreendê-la na pós-modernidade, traz em seu bojo a ideia de um eterno devir. A sua preocupação, destarte, é assegurar que cada átomo do corpo social movimente-se em busca de sua liberdade, defendendo-se da posição de dominado, independentemente de quem se encontre no poder. De fato, a Democracia está comprometida com a possibilidade de cada cidadão tornar-se o protagonista de sua própria história. Logo, não é suficiente que o povo participe da condução de governantes ao jugo. Aliás, nem mesmo é suficiente que a maioria ocupe o governo. Exige-se, sim, que cada cidadão possa, permanentemente, apresentar ideias e opiniões diversas das tidas como padronizadas, numa contínua mudança de pensamento.

Perfeito, aliás, é o magistério de Alain Toraine:

Mas em que condições é que a idéia de soberania popular conduz à democracia? Com a condição de que não seja triunfante e permaneça um princípio de oposição ao poder estabelecido, seja ele qual for. Prepara para a democracia se, em vez de dar uma legitimidade sem limites a um poder popular, introduz na vida política o princípio moral de recurso que é necessário para defender os interesses e manter as esperanças de todos aqueles que não exercem o poder na vida social. Por falta dessa pressão moral e social, a democracia transforma-se rapidamente em oligarquia, pela associação do poder político com todas as outras formas de dominação social. A democracia não surge do Estado de direito,

mas do apelo a princípios éticos – liberdade, justiça – em nome da maioria sem poder e contra os interesses dominantes.<sup>108</sup>

O autor ainda persiste, frisando a distinção entre o Estado de Direito e o regime democrático, a partir da visão entre o sentido de “liberdade” para os antigos e para os tempos modernos:

A distância entre Estado de direito e regime democrático ou, até mesmo, entre a república dos cidadãos e a proteção dos direitos pessoais, é também aquela que separa a liberdade dos antigos da liberdade dos modernos [...]. Quando cada um reivindica a parte que lhe cabe por seu trabalho, talento, utilidade ou necessidades, está produzindo uma imagem econômica, a correspondência desejável de uma contribuição ou retribuição. Ora, esse equilíbrio explica a satisfação ou as reivindicações dos atores, mas não pode definir um regime político, em particular a democracia, porque esta deve ser definida em si mesma, segunda uma concepção da justiça – deveríamos dizer da justiça – que nada tem a ver com a justiça distributiva.<sup>109</sup>

Assim, fica claro ser perfeitamente concebível um Estado de Direito sem uma democracia. Para tanto, basta que o governo emita leis que, conquanto busquem uma “justiça distributiva”, não se comprometa com a real e efetiva oportunidade de os cidadãos serem protagonistas de sua existência. Em um país, por exemplo, onde todos tenham saúde e estabilidade financeira, mas sejam limitados à mera e esporádica votação de governantes, não se pode compreendê-lo como democrático. Na realidade, tratar-se-ia de uma oligarquia; ou, no máximo, de uma distorção democrática. É o que se poderia chamar de mera democracia formal.

Pois bem, se essa ideia de “meia-democracia”, ou de “democracia formal”, foi bastante para os antigos e para os revolucionários da primeira metade do século XX, não se coaduna com os anseios políticos do século XXI. É que a força cogente da “democracia material” é arrimada pelo permanente diálogo entre os diversos espaços estruturais de poder, que se espraiam na sociedade. Como visto quanto mais complexa é uma organização humana, tanto mais seus integrantes clamam pela satisfação dos diversos tipos de necessidade, de

<sup>108</sup> (Touraine, 1994:36).

<sup>109</sup> *Ob. Cit.* p. 39.

modo que não se comprazem com a mera contemplação passiva das vicissitudes sociais. Quanto mais racionalmente político e completo é o cidadão, mais ele deseja participar, ouvir e libertar-se. Para tanto, prepara, continuamente, o seu espírito, para reagir contra uma situação de domínio. É por isso que, a *contrariosensu*, como lembra Toraine, “o que define a sociedade antidemocrática e, sobretudo, totalitária, é sua imobilidade, seu caráter anti-histórico”. Com efeito, ao se falar de democracia, tem-se de ter em mente uma eterna reação a todos e quaisquer tipos de grillhões que busquem toldar a liberdade de ação e de pensamento políticos. Há de falar-se, sempre, de mutabilidade.

Desta forma, fica claro que, quando se fala sobre um Estado, simultaneamente, de Direito e Democrático, existe uma preocupação especial em legitimar-se o poder, através de um discurso de justificação racional. Há, pois, uma “exigência de correção” lógico-interna. Aí, o Poder Judiciário, como emboadura-oficial dos fluxos das contendas, há de ocupar-se em apoiar as suas decisões em uma racionalidade discursiva. Afinal, se não o fizer, estará contribuindo para minar o poder político do Estado, porquanto este se esvaziaria da indispensável legitimação social.

O conceito de democracia, assim, reconhece, admite e deseja a pressão que os outros espaços estruturais exercem sobre o espaço da cidadania (Estado), em típico processo osmótico. É por isso que o regime democrático é, antes de tudo, um sistema aberto, que viabiliza contínuos diálogos entre as fontes de poder social, bem como a oxigenação ininterrupta do poder político. Está ele, portanto, na trilha do que Pierre Lévy denomina, como já foi dito, “política molecular”, a partir da formação de uma “inteligência coletiva”.

É claro que esse conceito, não se pode deixar de reconhecer, tem uma forte conotação utópica, porque as aspirações da democracia material são sempre obstaculizadas por ações reacionárias dos “poderosos de plantão”. Enquanto as inspirações democráticas, recheadas de “mutabilidade”, buscam munir os dominados contra os governantes, estes, obviamente, procuram manter o *status quo*. Afinal, não se pode olvidar de que, na condição de seres humanos, os governantes, instintivamente, desejam, antes de tudo, a satisfação de suas necessidades e de seus interesses. Somente com robustas cultura e educação democráticas é que se pode alterar esta tendência egoística e atávica. A conduta reacionária, aliás, é especialmente fortalecida pelo emprego de discursos ideológicos, através dos quais se distorcem os princípios democráticos em favor dos dominantes. A partir daí, desenvolvem-se conceitos, ideias e institutos,

para convencer os dominados de que o equilíbrio e a estabilidade são anseios a serem alcançados.

Aqui, todavia, verifica-se que o conceito de democracia exige o contrário. É que o progresso democrático somente é alcançado mediante a permeabilidade do sistema a manifestações novas. Assim, o equilíbrio a ser atingido pela democracia pode ser chamado de “equilíbrio dinâmico”. Quer dizer, as instituições democráticas, conquanto devam respeitar as tensões entre os espaços de poder, também têm que permitir o câmbio de forças, assegurando a oxigenação de ideias, desde que feitas por meios reconhecidamente legítimos. É justamente essa “permissão” que estabiliza a democracia, à proporção em que a enriquece. Os cidadãos, ao saberem que podem galgar posições sociais e políticas melhores, por meios de mecanismos válidos, e cientes de que serão ouvidos em seus reclamos, viabilizam esse contínuo e dinâmico processo de câmbio social, sem abalar as estruturas e os princípios democráticos.

A esse respeito, inolvidável a lição de Alexis de Tocqueville, em a Democracia na América:

Concebo então uma sociedade em que todos, vendo a lei como obra sua, amá-la-iam e a ela se submeteriam sem custo; em que, por ser a autoridade do governo respeitada como necessária e não como divina, o amor que teriam pelo chefe do Estado não seria uma paixão, mas um sentimento ponderado e tranquilo. Tendo cada um direitos e a garantia de conservar seus direitos, estabelecer-se-ia entre todas as classes uma confiança vigorosa e uma espécie de condescendência recíproca, tão distante do orgulho como da baixaza.

Ciente de seus verdadeiros interesses, o povo compreenderia que, para aproveitar os bens da sociedade, é necessário submeter-se a esses encargos. A associação livre dos cidadãos poderia substituir então o poder individual dos nobres e o Estado estaria ao abrigo da tirania do arbítrio.

Compreendo que, num Estado democrático, constituído dessa maneira, a sociedade não será imóvel; mas os movimentos do corpo social poderão ser regrados e progressivos [...].<sup>110</sup>

<sup>110</sup> (Tocqueville, 2005:14).

Aliás, com base em uma retrospectiva histórica, Tocqueville assevera, em tom profético, que ninguém poderá deter essa marcha para o progresso social, econômico e político, cujo destino, fatalmente, será a democracia.

Transporto-me por um momento ao que era a França há setecentos anos; encontro-a dividida entre um pequeno número de famílias que possuem a terra e governa os habitantes; o direito de comandar descende então de geração em geração com as heranças; os homens têm um único meio de agir sobre os outros, a força; descubro uma só origem para o poder, a propriedade da terra.

[...]

Arruinam-se os reis nos grandes empreendimentos, esgotam-se os nobres nas guerras privadas; enriquecem-se os plebeus no comércio. A influência do dinheiro começa a fazer-se sentir sobre os negócios do Estado [...]

Pouco a pouco, as luzes se disseminam; vê-se despertar o gosto pela literatura e pelas artes; o espírito se torna então um elemento de sucesso; a ciência é um meio de governo, a inteligência uma força social; os letrados chegam aos negócios.

Entretanto, à medida que se descobrem novos caminhos para chegar ao poder, vê-se diminuir o valor do nascimento. No século XI, a nobreza tinha preço inestimável; é comprada no século XIII; o primeiro enobrecimento ocorre em 1270, e a igualdade se introduz enfim no governo pela própria aristocracia.

[...]

Se o eleitor examinar o que acontece na França de cinquenta em cinquenta anos, a partir do século XI, não poderá deixar de perceber, ao final de cada um desses períodos, que uma dupla revolução se produziu no estado da sociedade. O nobre terá baixado na escala social, o plebeu ter-se-á elevado; um desce, outro sobe. Cada meio século os aproxima, logo vão se tocar.<sup>111</sup>

É claro, repise-se, que a democracia (nos campos social, político e jurídico) tem uma natureza utópica, tratando-se de uma ideia cuja formação é contínua. Todavia, justamente por ter tal característica é que o ideal democrá-

---

<sup>111</sup> *Ob. Cit.* p. 8-10.

tico atrai as organizações humanas, de maneira irresistível, para o sucessivo aprimoramento. À medida que os indivíduos crescem em esclarecimento, desejam mais efetivar suas liberdades e sua participação, oportunizando a genuína legitimação estatal. De qualquer forma, todo Estado que, em razão de sua Constituição, intitule-se “democrático”, tem de perseguir esses ideais, assim como todo o seu ordenamento. Logo, eventuais leis que desatendam a esta perspectiva, obrigatoriamente, devem ser rechaçadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Pois bem, sabendo-se de que o discurso jurídico (especialmente o jurídico-processual) deve reverberar as forças das múltiplas dimensões sociais, resta evidente que, para ser legítimo e justificador, também tem que ganhar uma conotação aberta. Desta forma, para se compreender como esse “aperfeiçoamento democrático” deve atingir o âmbito da discussão no Judiciário (especialmente nas demandas de natureza coletiva), importante que se observem: a) como os operadores do Direito vêm interpretando a lei (especialmente a de cunho processual), para o fim de assegurar a legitimação dos pronunciamentos da Justiça; e b) como se apresenta a própria relação jurídico-processual, notadamente no que se refere à sua evolução histórica e à sua atual função ideológica dentro de um Estado Constitucional Democrático..

Desde logo, porém, merece destacar-se que, durante séculos e até os dias atuais, os indivíduos, de um modo geral, não se têm apercebido de um claro embuste que os faz vítimas do sistema jurídico. É que, enquanto voltam os olhos para a criação das regras de direito material, pouco notam sobre a importância de que se reveste a formação das regras de direito processual, especialmente aquelas que regulam as demandas de interesse de um sem-número de pessoas.<sup>112</sup> Na realidade, tal ardil ideológico é construído no discurso jurídico como forma de manter-se o “equilíbrio” e a imutabilidade desejados pelo sistema. Aliás, o mais incrível é que isso, conquanto muitas vezes seja feito em ordenamentos alegadamente democráticos, menospreza a característica mais própria da democracia, qual seja, a mutabilidade e a possibilidade constante de que os administrados armem-se contra o *status quo*, para serem os sujeitos de sua história.

<sup>112</sup> José Albuquerque Rocha lembra que o termo “processo” pode ser compreendido tanto em sentido estrito, como sentido amplo. No primeiro caso, designa “apenas aquelas séries de atos que se desenvolvem no âmbito do Judiciário”. No segundo caso, alude a “as atividades desenvolvidas na esfera do Legislativo, Executivo e até dos particulares” (Rocha, 2009:20). É no primeiro sentido que ora se emprega o termo.

Ora, quando se falou de legitimação do poder, discorreu-se sobre os ensinamentos de Weber. Então, demonstrou-se que, nas sociedades atuais, onde a globalização atropela os costumes e onde a retórica ganha força, há uma tendência natural de se arrimarem as dimensões do poder em bases procedimentais. O fenômeno, como não poderia deixar de ser, atinge o Estado, que, a todo momento, busca estabilizar o seu domínio sobre alicerces alegadamente racionais.

É claro que é justamente nos regimes pretensamente democráticos que a importância do procedimento apresenta-se mais evidente. Isso é fácil perceber, porque, como se baseia na pluralidade de ideias, a democracia tem de permitir o diálogo nas várias esferas de poder. Desta forma, como um diálogo somente se trava mediante um permanente contraditório, em respeito à alteridade, fica claro que, quanto mais oportunidade para ouvir “o outro” se ensejar, mais se deverá respeitar um procedimento que se aproxime do racional.

Não obstante isso, o certo é que, mesmo em regimes autocráticos, onde as legitimações tradicional ou carismática são mais comuns, o procedimento também se robustece. Um ditador do século XXI, por mais autoritário que seja, necessita dialogar com outros países, submetendo-se à retórica do sistema global, sob pena de testemunhar, mui rapidamente, o fim de seu poder. O mundo teve seu tamanho reduzido, de modo que as delações via Internet, notadamente as áudios-visuais do *you tube* atravessam fronteiras e fazem balançar os maiores repressores. Estes, assim, repisem-se, são compelidos, em um ou em outro momento, a retroceder, a ouvir, a negociar, a submeter-se a árbitros ou a conciliadores; enfim, a realizar condutas próprias de um processo dialógico.

Desta forma, resta irrefutável que, se o direito material (constitucional, administrativo, civil, penal, eleitoral) emerge como regra de conduta nas relações sociais, é o direito processual (interno ou em âmbito global) que disciplinará como se podem pôr fim aos litígios. Com efeito, em uma sociedade alegadamente democrática, normalmente, o direito material (por si só) não tem força executiva, para compelir um insurreto a respeitar o ordenamento<sup>113</sup>. Quando as demais instâncias de controle social (v.g. moral e costumes) não são capazes de moldar comportamentos com suas “sanções”, o direito material tem

<sup>113</sup> Não se olvida de que o Direito Administrativo, o Direito Penal e o Direito Civil franqueiam a autoexecutoriedade de certos atos. Contudo, tais condutas (v.g. legítima defesa, os esforço físico imediato ante esbulho possessório e os atos do Poder de Polícia) somente são permitidos em caso excepcionais e diante de urgência. Mesmo assim, esses comportamentos sempre ficam sujeitos, pelo menos em um Estado de Direito, à apreciação judicial.

de recorrer, amiúde, ao Judiciário, até porque não se vive segundo os anseios do funcionalismo sociológico. Faz-se imprescindível uma instância formal de coerção.

Nesse sentido, é expresso o art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

De fato, é aos magistrados que incumbe a tarefa de pôr fim a conflitos vários, todas as vezes que a solução não se der de maneira espontânea. Apesar disso, como dito, demorou-se muito, até que se reconhecesse a importância do processo no ordenamento. Para se ter uma ideia, basta recordar-se de que, até recentemente, tal ramo do direito era denominado direito adjetivo ou instrumental, como se fosse um mero apêndice do direito material (o substantivo). O equívoco dessa perspectiva é assinalado pelo professor José Albuquerque Rocha:

Atento a essa definição, costuma-se dizer que o direito processual é instrumental em face do direito dito substancial, visto constitui, precisamente, o instrumento para a tutela do direito substancial nas hipóteses em que sua observância não se verifique espontaneamente. Por outras palavras, o direito substancial constitui matéria sobre que versa a atividade jurisdicional disciplinada pelo direito processual. Mas essa caracterização do direito processual deve ser recebida com reserva. É preciso não esquecer que o próprio direito substancial é também instrumental a respeito dos interesses que tutela, a mostrar que a instrumentalidade é da essência do direito enquanto tal, e não só do direito processual.<sup>114</sup>

Mas, se é assim, válido questionar-se: que caminhos o processo trilhou, até atingir o seu estágio atual? Como os juízes concretizam a norma material, através do processo? Eles se apercebem, efetivamente, dos anseios sociais? Como a norma, dentro do processo, é trabalhada à luz da democracia? E, principalmente, qual a relação entre processo e procedimento com a legitimação do poder?

## 5.5 O direito processual no ocidente

Em primeiro lugar, há de se reconhecer que o processo, mesmo no seu estágio mais bruto, representou um enorme avanço para a humanidade. Se, antes, a lei do mais forte imperava, através da justiça privada; depois, passou-se

<sup>114</sup> (Rocha, 2009:19).

a conceber a solução de litígios com a mediação de um terceiro. Na realidade, tal progresso ocorreu tanto pela perspectiva do cidadão (em busca da satisfação individual por meio da estabilidade das instituições), como pela perspectiva dos governantes, os quais perceberam que a aplicação organizada da Justiça seria *conditio sine qua non* para o desenvolvimento de qualquer Estado. É o que lembram Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça.<sup>115</sup>

Pois bem, é sabido que, no Ocidente, o maior berço jurídico foi o direito romano. Entre a fundação de Roma, no século VIII a.C.<sup>116</sup>, até a tomada de Constantinopla, em 1453 d.C (pelos turcos Otomanos), foi possível criarem-se regras, doutrina e jurisprudência, bem como deixar um legado jurídico indelével<sup>117</sup>. É que, mesmo após a criação do *Corpus Iuris Civilis* em 529 d.C (durante o reinado do imperador Justiniano), o ordenamento seguiu, amoldando-se aos desafios que se lhe apresentavam e constituindo o Direito Bizantino.

<sup>115</sup> (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2010:243).

<sup>116</sup> A data da fundação de Roma é, a rigor, desconhecida, inspirando-se, inclusive, na lenda sobre Rômulo e Remo, para se atribuir o ano de 753 a.C como o de seu surgimento. “Sabe-se, no entanto, que, por volta do século X a.C., no centro da Península Itálica, às margens do Tibre, havia várias aldeias habitadas pelos latinos, povo que vivia, sobretudo, do pastoreio. Acredita-se que no século VIII a.C. ao se verem ameaçados pelos sabinos, um povo vizinho, os latinos se uniram e fundaram a cidade de Roma” (Boulos Júnior, 2012:64).

<sup>117</sup> Apesar disso, é certo que tal civilização não partiu de uma estaca zero. A influência grega entre os romanos é irrefutável e não foi diferente, no que tange à ciência jurídica. Humberto Theodoro Júnior destaca que “o mais importante, contudo, era o respeito à livre apreciação da prova pelo julgador, que exercia uma crítica lógica e racional, sem se ater a valorações legais prévias em torno de determinadas espécies de prova” (Theodoro Júnior, 2004:114).

No que tange ao processo, mais especificamente, o professor Sérgio Bermudes no livro de Humberto Theodoro Júnior “*Curso de Direito Processual Civil*”<sup>118</sup> sintetizou, em três fases, a sua evolução:

a) Período primitivo (da fundação de Roma, em 753 a.C a 149 a.C). Essa fase é marcada pelo excessivo formalismo. Então, cabia às partes escolher uma das cinco *ações de lei* e o procedimento, que era oral, abrangia dois momentos: a.1) um, perante o magistrado, que decidia pela concessão (ou não) da ação respectiva, bem como fixava o ponto controvertido (objeto do litígio); a.2) o outro, ante árbitros, aos quais incumbia a tarefa de instrução do feito e de prolação da sentença.

Já aqui se observa como o ingresso da demanda estava condicionado a um “filtro” prévio do juiz, que decidia pela viabilidade ou não da ação. O poder do magistrado era, pois, enorme, haja vista que, embora não laborasse na coleta de provas, poderia obstar o processo logo em seu nascedouro.

b) Período formulário (de 149 a.C a 200 d.C). Nesse período, as ações de lei apresentavam-se como procedimentos bastante restritos e, portanto, incapazes de atender à dinamicidade crescente das relações jurídicas, em especial após o avanço do Império Romano. Desta forma, foi franqueado aos magistrados o poder de emitir fórmulas, para que, segundo estas, fosse possível compor todas as demandas.

O procedimento, contudo, permaneceu o mesmo. Inicialmente, o juiz apreciava o pleito do autor e a manifestação do réu; em seguida, emitia-se a fórmula escrita, para direcionar a solução do caso. Cabia, finalmente, ao árbitro, o julgamento. Nessa fase, passou-se a postular através de advogados.

c) Fase da *cognitio extraordinaria* (de 200 d.c a 565 d.C). A partir desse período, já não existia a fase de apreciação por árbitros privados. O julgamento passou a ser múnus privativo de agentes do Estado, os quais assumiam o direcionamento do processo ao longo das fases postulatórias, de instrução, decisória e executiva.

<sup>118</sup> (Theodoro Júnior, 2004:110-113).

Fica, assim, ainda mais evidente a relação entre direito (processual) e legitimação estatal.

Em seguida, com a invasão do império pelos povos germânicos, por um lado; e com o desenvolvimento paralelo do direito canônico, por outro, a Europa assistiu a momentos de avanço e de recuo jurídicos, até a formação do que hoje se chama *processo comum*.

Apesar disso, o estudo científico do direito processual foi postergado durante séculos, demandando-se muito mais tempo para se alcançar uma visão crítico-política sobre esse ramo jurídico. Com efeito, até meados do século XIX, não se compreendia sequer a existência autônoma de um direito processual, o qual era visto como “direito adjetivo”. A ação, em sentido processual, era tratada como simples expressão do direito material. Ainda vigorava o entendimento clássico-romano, que remontava ao jurisconsulto Celso, no sentido de que “a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido” (*ius quod sibi debetur in iudicio persequendi*)<sup>119</sup> Na realidade, somente a partir de 1868, com a obra de Oskar Bülow sobre pressupostos processuais (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*) foi que se passou a compreender a existência autônoma de uma relação jurídica no plano processual<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2010:271).

<sup>120</sup> Pontes de Miranda lembra: Com o livro de Oskar Bülow, sobre a teoria dos pressupostos processuais, começou, em 1868, a época construtiva da ciência do direito processual. Antes dele, processualistas, como Manuel Mendes de Castro, no seu século, pensaram com a noção de relação jurídica processual; porém foi dele que se partiu para a sistemática do direito processual, mais tarde vigente no próprio processo administrativo (Miranda, 1995:20).



## CAPÍTULO VI

### CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROCESSOS COLETIVOS

#### 6.1 Demanda coletiva: esclarecimentos conceituais

Se o estudo científico do processo exigiu um longo período de maturação, o conceito do que se denomina hoje “processo coletivo” ainda se encontra em fase de desenvolvimento.

Numa visão perfunctória, pode-se dizer que um processo coletivo é aquele alusivo a um grande número de pessoas, as quais, por meio do Judiciário, buscam ver atendidos um interesse comum, ou vários interesses conexos – tudo mediante uma só demanda. Então, como os efeitos da sentença judicial poderão atingir milhares (ou até milhões) de indivíduos, não se tornaria viável a condução de um procedimento dessa natureza por todos os interessados, pessoalmente. Da mesma forma, não se verifica racionalidade na instauração de inúmeros processos que poderiam ser solucionados em uma só demanda, haja vista a identidade (ou forte similitude) entre seus objetos. Jordi Nieva Fenoll, em sua obra *Jurisdicción y proceso*, lembra as complicações práticas ante uma situação dessa natureza, referindo-se a um caso ocorrido na Alemanha:

Aunque no se trata de un caso estrictamente de consumidores, es paradigmático el proceso que se planteó en Frankfurt am Main (Alemania) por aproximadamente 15.000 inversores contra Deutsche Telekom, reclamando responsabilidad a la compañía por la inexactitud de un folleto bursátil del año 2000. Dicho caso, por si solo, motivo una reforma legal para hacer que estos procesos pudieran celebrar un proceso con 15.000 personas acompañadas de sus respectivos abogados.<sup>121</sup>

Situações iguais ou assemelhadas à descrita por Fenoll ocorrem, quotidianamente, em todo o mundo. Aliás, o referido autor lembra que reivindicações dessa ordem não constituem sequer um problema recente na história da humanidade. Ao contrário, existem documentos sobre indícios de “processo coletivo” que remontam ao século XIII. Diz ele:

<sup>121</sup> (Fenoll, 2009:274).

[...] debe llamarse la atención sobre que el fenómeno que provocan los procesos colectivos no era tan nuevo como se pretendía. Existen algunos de esos procesos documentados desde el siglo XVII en Inglaterra. Pero si queremos acudir a algo más próximo podríamos referirnos, en Castilla, a los constantes e innumerables conflictos que surgían entre pastores y agricultores, o entre granaderos y simples habitantes de un pueblo, em tiempos de la Mesta, que se retrotraen hasta el siglo XIII La propia Mesta surgió, entre otros objetivos estrictamente económicos muy conocidos, precisamente también para dar respuesta a esos conflictos con una pluralidad importante de afectados.<sup>122</sup>

Dessa forma, como não poderia deixar de ser, vem sendo reconhecida a necessidade da criação de procedimentos jurídicos, para tratarmos do tema. Daí por que, ao longo do tempo, surgiram conjuntos de normas de processo coletivo, os quais, como se verá, obedecem, basicamente, a dois sistemas: o da *common law* e o da *civil law*.

Pois bem, antes de prosseguir-se, importa ressaltar o alcance do conceito de demanda ou de “processo coletivo” que se adotará no presente estudo, para fins das análises expostas adiante.

No Brasil, o parágrafo único do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.069/90), define os conceitos de “direitos difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos”, fazendo-o da forma seguinte:

Art. 81 [...]

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:  
I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> (Fenoll, 2009:754).

<sup>123</sup> (Brasil, 1990:22).

Antes de tudo, frise-se que, apesar de tais definições encontrarem-se no Código de Defesa do Consumidor, tem sido pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que as mesmas se aplicam a todo o tipo de tutela coletiva.

Assim, quando um mesmo fato jurídico atinge a esfera de interesses de um número indeterminável de cidadãos, por força de uma circunstância de fato, está-se diante da categoria de “direitos difusos”. É o que ocorre, por exemplo, no caso de danos ambientais<sup>124</sup>, de acidentes nucleares, de anúncios publicitários enganosos; ou, ainda, quando os cofres públicos são desfalcados por autoridades ímprobas.

Quando os atingidos são grupos ou classes de cidadãos interligados por uma relação jurídica básica, está-se perante um direito coletivo. É o acontece, por exemplo, quando uma grande empresa descumpra norma protetiva de seus trabalhadores, a qual foi pactuada mediante um acordo coletivo com seus empregados. Aqui, como se observa, malgrado sejam muitos os interesses envolvidos, todos aludem a pessoas determinadas e estas se encontram ligadas por uma relação jurídica básica (o acordo coletivo). Aliás, também se fala de violação a “direito coletivo” quando existem diversos contratos, que, embora sejam individuais, estão regidos pelas mesmas regras (contratos de adesão), de tal modo que a violação ao direito de um contrato implicará automática violação do direito de todos. Por exemplo, quando uma empresa de seguros de saúde nega cobertura a determinados tipos de enfermidade. Nesse caso, todos os consumidores são diretamente atingidos, porque, ainda que não estejam unidos por uma relação jurídica única, seus contratos são uniformes.

Finalmente, trata-se de “direitos individuais homogêneos” quando é comum a origem dos danos (por circunstância de fato ou de direito) a vários cidadãos envolvidos, embora não exista, entre eles, uma única relação jurídica-base. Um caso evidente ocorre quando uma peça de automóvel é produzida com defeito, sendo vendida a inúmeros consumidores. Nessa circunstância, embora os compradores possam ter prejuízos individuais distintos, a legislação autoriza-lhes demandarem judicialmente em grupo. Está-se, portanto, ante um

---

<sup>124</sup> É interessante notar que, no Brasil, o direito ao meio ambiente saudável é assegurado, inclusive, em favor de sujeitos que sequer foram concebidos. É o que o art. 225, caput da Constituição Federal assegura-o para as “presentes e futuras gerações”. *In verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. É o caso de direitos cujos titulares, além de indetermináveis, ainda não existem.

instrumento processual que dá tratamento unitário aos tradicionalmente chamados “direitos subjetivos”.

A propósito, bem explica Antônio Gidi:

[...] Los derechos individuales homogéneos, sin embargo, son los mismos derechos individuales que, tradicionalmente, han sido conocidos en el sistema de derecho civil como ‘derechos subjetivos’. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (class action for damages).<sup>125</sup>

Aqui, releva notar que, tanto a partir da violação a direitos difusos, como a partir da violação a direitos coletivos (ambos de natureza transindividual), podem surgir (e é normal que surjam) violações a direitos individuais relacionados. De fato, quando se fala de poluição de um rio, diversos malefícios daí emergem, atingindo pessoas que sofrem danos em montante distinto. Da mesma forma, a recusa de atendimento a pacientes de determinado plano de saúde enseja diferentes tipos de prejuízos. No Brasil, em todos esses casos, é perfeitamente cabível, também, uma ação coletiva de indenização pelos múltiplos danos individuais. Nesses casos, pode-se referir-se a uma “ação coletiva parcial”, porquanto, em parte, é coletiva e, em parte, é individual. É que, a princípio, oferece-se a demanda coletiva e esta, se exitosa, dará oportunidade a que cada interessado, individualmente: a) prove que é membro do grupo; b) prove a extensão do dano sofrido, para que faça jus à indenização proporcional ao prejuízo que lhe adveio.

Pois bem, apesar de, geralmente, adotarem-se os conceitos tradicionais de “direitos”, de “interesses” e de “vontade” como inter-relacionados (senão idênticos), a verdade é que tais concepções não têm ficado imunes a merecidas críticas, notadamente quando se fala de ações coletivas.

Um posicionamento que merece destaque é o de Vicente de Paula Maciel Júnior, o qual parte de compreensões muito relevantes, quais sejam:

- 1º) O direito não é um “interesse juridicamente protegido”, conforme preconizara, há muito, a doutrina de Rudolph Von Ihering.

<sup>125</sup> (Gidi, 2004:61).

Para o professor, a lição clássica de Ihering há de ser revisada. Isso porque não um direito subjetivo que preexista e que seja decorrente da simples posituação legal. Tal direito posto, o direito objetivo, seria apenas um critério de conduta e de análise das situações jurídicas, uma baliza para se viabilizar o consenso, ou um dado de entrada para se iniciar uma discussão dentro de uma instância formal de validade (o Judiciário).

Com efeito, segundo Maciel, haveria apenas duas espécies de direito: I) aqueles provenientes do consenso, quando a sociedade reconhece, espontaneamente, a vontade que um indivíduo manifesta ante um bem da vida; e II) aqueles decorrentes de processos judiciais em que o magistrado fixa qual a vontade da lei para o caso concreto.

Lembra ele:

Desde que a sociedade negasse validade à manifestação do interesse da parte, haveria sempre a possibilidade de levar esse interesse para a análise segundo o direito vigente, legislado.

O Estado, através do juiz, ao garantir o devido processo legal, é o legitimador pela via do provimento (sentença), do interesse manifestado pela parte.

Portanto, somente podemos dizer que há o direito quando a própria sociedade, pelo consenso, admite que o interesse da parte é válido socialmente, havendo respeito a esses direitos. E, quando não haja consenso na sociedade sobre o interesse da parte, o interessado deve manifestar sua vontade em face de um bem perante o Estado-Juiz que, adotando um modelo processual admitido na legislação vigente em um país, conduzirá um processo de validação do interesse da parte, verificando ou não, afinal, a confirmação da vontade da parte.<sup>126</sup>

Em suma, o interesse sempre precede a formação do direito subjetivo material e com ele não se confunde. Se alguém expressa vontade em relação a um bem, tal vontade pode ser admitida pela sociedade, quando já haverá direito; ou, sendo tal vontade contestada por outro(s) interessado(s), abre-se espaço para a demanda judicial. Somente após a decisão por esta instância é que se pode falar qual interessado obterá o direito (subjetivo); sempre, pois, a partir do caso concreto. Isso porque, antes da norma-decisão do caso, há apenas abstração.

<sup>126</sup> (Maciel Júnior, 2006:42).

E está com a razão o professor quando lembra que a teoria processual sempre teve dificuldades para explicar como uma pessoa (que teria direitos subjetivos prévios) poderia invocá-los judicialmente, para, ao final da demanda, descobrir que, na verdade, aqueles direitos não podem ser efetivados, porque não existiram concretamente.

Note-se que essa concepção, que nega a preexistência de “direitos subjetivos” harmoniza-se com os imperativos de um Estado Democrático e com as aspirações de um Estado Constitucional, que tem por base os direitos fundamentais. É que a idéia do direito subjetivo prévio e abstrato, nos moldes das ideias de Ihering, somente se coaduna com uma visão solipsista do intérprete, típica da fase da hermenêutica de subsunção. Atualmente, como se viu, embora não se desprestígie a lei, reconhece-se a mesma apenas como uma baliza de concreção da norma jurídica (esta, sim, surgindo somente na situação específica).

De novo, vejam-se as lições de Vicente de Paula Maciel Júnior:

O direito objetivo é a lei posta como critério de conduta em uma determinada sociedade. Vale para todos e pode ser invocado para a fundamentação das manifestações de interesse de sujeitos na vida social. Mas nunca poderão ser impostos numa sociedade que tenha o modelo do Estado Democrático de Direito como seu paradigma de conformação estatal, porque o direito é fruto da convivência compartilhada do confronto e do consenso entre as situações da vida e a lei vigente.<sup>127</sup>

Importa repisar que tal conceito de direito subjetivo não implica dizer que ficará ao talante do juiz construir a norma como bem lhe aprouver, recheando-a com seus caprichos e preconceitos pessoais. Não! Quer-se dizer, sim, que incumbirá ao julgador, a partir da autoridade que ele investe, produzir o direito no caso concreto, com base nas alegações e nos contraditórios; mas, sobretudo, com base nos imperativos e na própria moral insertos na Constituição. A autoridade do juiz mesma está em jogo, porquanto deve suas decisões basear-se em aspectos materiais, viabilizando a indispensável mutação constitucional exigida pela sociedade.

É interessante perceber-se que, mesmo se tratando da instância formal de validade do interesse das partes, o Poder Judiciário não recebe autorização legal para emitir fundamentos de suas decisões sem que estes tenham sido submeti-

<sup>127</sup> (Maciel Júnior, 2006:62).

dos a prévio movimento dialógico, próprio do contraditório e do Estado Constitucional Democrático. A tendência do processo moderno é exigir do magistrado que, antes de emitir pronunciamento baseado em um determinado argumento, dê às partes a oportunidade influenciar na decisão. É o que se tem chamado, na Alemanha, de possibilidade de influir no juízo (*Einwirkungsmöglichkeitprinzip*). Aliás, justamente nessa trilha, o *Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, cuja vigência terá início a partir de 2016, previu regra específica no seu art. 10. *In verbis*:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.<sup>128</sup>

Ou seja, fica vedado ao membro do Poder Judiciário surpreender as partes, “sacando da manga” um fundamento não posto em discussão na relação jurídico-processual, para apreciar um caso, ainda que lhe seja autorizado decidir tal matéria de ofício. Em suma, como decorrência obrigatória do *due process of law* e do princípio constitucional do contraditório, o sistema processual brasileiro, agora expressamente, passa a proibir o julgador de utilizar fundamento-surpresa em suas decisões.

Dessa forma, nota-se que se caminha, a largos passos, em busca de um efetivo modelo pós-positivista (e não-solipsista) de hermenêutica, de modo que o direito processual deixa, cada vez mais, de vir a reboque do direito material, passando a ser (merecidamente) visto como a instância de validade (necessariamente discursiva) do interesse das partes todas as vezes que tais interesses deixarem de ser prévia e socialmente reconhecidos.

- 2º) Somente se pode falar de “interessados” difusos, coletivos ou homogêneos, porquanto o interesse é um conceito sempre vinculado à individualidade.

É outra lição de Vicente de Paula Maciel Júnior, mediante a qual ele compreende, corretamente, “interesse” como uma expressão individual e unilateral da necessidade (ou da mera faculdade) que uma pessoa tem em relação a um bem da vida. Diz ele:

---

<sup>128</sup> (Brasil, 2015:2).

Parece-me que a noção de interesse diferencia-se da de direito em função do momento em que ambas se efetivam e realizam. O homem não vive isolado e a existência de direitos a ele atribuídos pressupõe que haja um reconhecimento, uma aprovação, uma repercussão na esfera social, de um interesse manifestado pela parte.

<sup>129</sup>Enquanto manifestação unilateral de uma necessidade, um poder, uma faculdade perante um bem da vida, a pessoa tem apenas um interesse. A partir do momento em que seus interesses são manifestados e encontram respaldo na sociedade, são reconhecidos e respeitados na esfera de terceiros, podemos falar que temos um direito.

Ora, conforme já se demonstrou alhures, e arrimado nas lições de Abraham Maslow, o ser humano possui diversas categorias de necessidades (fisiológicas, de segurança, afetivas, de autorrealização e intelectuais), as quais, por sua vez, têm por objetos bens da vida. Assim, quando o indivíduo sente-se “interessado”, “vinculado”, “atraído” por tais bens, emerge a referida “manifestação individual” originária do interesse. Esse, então, pode ser imediatamente reconhecido no meio social; ou, caso não o seja, pode vir a ser reconhecido por uma instância de validade formal (nos Estados Constitucionais Democráticos, o Poder Judiciário). É nestes dois últimos casos que se pode falar do surgimento do direito.

Fica evidente, destarte, que os interesses estão inseridos numa fase antecedente em relação aos direitos, os quais, em um Estado Constitucional, como dito, não podem preexistir, salvo se os referidos “interesses” forem espontaneamente reconhecidos pela sociedade, quando, então, não haveria por que dirigir-se ao Poder Judiciário.

- 3º) Diferenças importantes entre “interesse” e “vontade” nas demandas coletivas.

Também releva notar que “interesse” é distinto de “vontade”, pelo menos quando se trata de “interesse coletivo”.

Explica-se:

- Quando se analisa apenas a perspectiva de um indivíduo frente a um determinado bem da vida, pode surgir, para aquele sujeito, uma “manifesta-

<sup>129</sup> (Maciel Júnior, 2006:53-54).

ção” (uma “atração”) específica. Nesse caso, a força interior que impulsiona o indivíduo a ter certa experiência com o bem almejado (a vontade) identifica-se com o interesse; afinal, se há apenas um interessado, a sua vontade é que será determinante.

O problema já se altera quando se fala de “interessados coletivos”. Nesse caso, embora cada interessado tenha uma manifestação singular sobre o bem-objeto, apenas uma vontade é que será expressada. Trata-se da “vontade coletiva”.

Ora, quando uma associação de consumidores oferece, por exemplo, uma demanda com o objetivo de revisar determinadas cláusulas inseridas em contrato bancário de adesão, é natural que surjam pontos de vista distintos acerca de que pedidos deverão ser formulados. Qual o fundamento correto para a ação? Quais os índices adequados de correção monetária? Que multas ou cláusulas são abusivas? Que valores serão justos?

Em situações desse jaez, os diversos interessados terão que se submeter à formação da “vontade coletiva”, segundo o estatuto da própria entidade (que regulamenta, de maneira prévia, o procedimento de deliberação e de escolha da “vontade do grupo”, legitimando-a). A “vontade do grupo”, assim, surge da discussão entre os diversos interessados, membros da associação. Desta forma, a “vontade da maioria” irá prevalecer como expressão do interesse coletivo, ainda que, na realidade, não represente a “vontade de todos”.

Como se observa, ao se falar de “vontade coletiva”, aumenta-se a complexidade conceitual, tornando-se o conceito de “vontade” (porque coletiva) distinto do conceito de “interesse” (porque sempre individual).

Lembra Vicente de Paula Maciel Júnior que, se é assim a realidade para a formação da “vontade coletiva”, mais complexa ainda se torna a análise da situação dos interessados difusos. Afinal, como se poderia falar de “vontade difusa”?

A toda evidência, quando se trata, por exemplo, da contaminação de um rio por uma indústria, inúmeros interessados emergem, cada um com sua manifestação individual sobre os objetos em discussão (atividade da empresa e sobrevivência do curso de água). Tais interesses são legítimos e, pelo menos em tese, merecem guarida constitucional. De um lado, o patrão deseja a sobrevivência da empresa, que, pelo menos em parte, tem cumprido a sua função social (e a Carta Política brasileira assegura, no seu art. 170, a propriedade priva-

da, a livre iniciativa e a livre concorrência); de outro lado, os trabalhadores têm direito social ao trabalho (art. 7º da Constituição Federal); os ribeirinhos, por sua vez, que mantêm a sobrevivência da pesca, preferem a interdição completa da empresa; os consumidores desejam adquirir os produtos industrializados; os turistas almejam tanto o funcionamento da empresa como a sobrevivência do curso d'água etc.

É claro que as controvérsias também existem dentro de uma associação; contudo, aí, por maior que seja a quantidade de membros, eles são identificáveis e todos se submeteram, voluntariamente, ao estatuto que regulamenta o processo de formação da “vontade coletiva”. No caso, porém, da contaminação do rio, os interessados, além de diversos, encontram-se espalhados por toda a sociedade. Ademais, é muito mais difícil (senão impossível) regular-se a formação da “vontade difusa” mediante um procedimento racional, de modo que surge o questionamento acerca de quem vai representar os interessados.

Tais dúvidas merecem análise mais detalhada nos itens seguintes; mas, de antemão, fica evidente que, ao contrário do apregoado por alguns, existe mesmo uma razão científica para a distinção conceitual entre direitos (ou interessados) coletivos, difusos e individuais homogêneos. E é com os aludidos parâmetros conceituais que se desenvolverão os tópicos vindouros.

## 6.2 O Estado, os cidadãos e o processo coletivo

A partir da mencionada perspectiva histórica e conceitual, releva perceber-se: I) como o Estado, durante séculos, tem tratado, em termos ideológicos, o processo – lúdimo instrumento de estabilização das relações de poder e, principalmente; II) que tipo de participação ativa, no Estado e em outros “espaços-estruturais” de poder, tem sido possível aos cidadãos por meio do processo.

Como visto, em um primeiro momento, o pretor romano sequer se dignava de apurar provas sobre o litígio que se lhe apresentava. Nas fases primitivas e de formulário, incumbia ao árbitro à maior parte das tarefas hoje realizadas por um magistrado. O juiz limitava-se a admitir ou não a demanda, segundo as opções de *ações de lei* ou de acordo com a fórmula por ele emitida. Cabia-lhe, portanto, observar a viabilidade jurídica do pedido.

Fica claro que os governantes, conquanto prestassem jurisdição, faziam-no sem qualquer compromisso com a efetivação da justiça. O processo era, tão-somente, uma forma de apaziguar conflitos internos, para controlar, ainda

que de maneira precária, a paz social e, mesmo assim, somente no alusivo a dissídios sem grande repercussão coletiva.<sup>130</sup>

Aliás, malgrado, na fase da *cognitio extraordinaria*, tenha o Estado assumido a direção dos atos do processo, a verdade é que permanecia a indiferença com relação à efetiva aplicação da justiça. O Poder Público, a propósito, era irresponsável pelos seus atos, não podendo ser demandado, porque, à época, não se concebia a noção de Estado de Direito.

Note-se que essa situação não é restrita ao direito romano antigo.

Explica-se:

• É verdade que, após meados do século XIX, iniciou-se a fase científica do direito processual<sup>131</sup>, através da qual se descobriu a natureza autônoma do processo. Todavia, mesmo nesse período, a cientificidade (conjugada com a insensibilidade) foi tamanha que, antes de buscar *a paz social e a satisfação dos direitos fundamentais*, estava-se muito mais preocupado com a aplicação fria da lei. Em suma, nesse período, mais importante do que a justiça, era a *realização do direito* no seu aspecto formal.

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.<sup>132</sup>

A crítica também vem de Pontes de Miranda:

I. O sentido (e o escopo) do direito processual vigente foi posto em relevo, desde Adolf Wach (Handbuch, I, 11), como independente daquilo que têm por fito as partes; portanto, acima do próprio intuito da pacificação [...].

<sup>130</sup> (São Paulo, 2004:185).

<sup>131</sup> São reconhecidas três fases metodológicas do direito processual: a primeira, até meados do século XIX, onde predominou o sincretismo deste com o direito material; a segunda, conhecida como autonomista ou conceitual; a terceira, a partir de meados do século XX, conhecida como instrumentalista, a qual perdura até hoje, durante a qual se buscam satisfazer direitos fundamentais através do processo.

<sup>132</sup> (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2010:48-49).

Se o Estado chamou a si a decisão das questões, a função da justiça, criou a todos os interessados a pretensão à tutela jurídica, a que corresponde o seu dever de prestar aos figurantes o que prometera. Seria absurdo que se visse no Estado o dever do Estado, a sua obrigação de resolver os litígios, e não se visse no autor, no réu e nos que podem intervir ou serem chamados, o direito e a pretensão a que a entidade estatal faça aquilo que retirou aos que lutariam em justiça de mão própria.<sup>133</sup>

O problema é que, mesmo em pleno século XXI, quando se busca dar efetividade a direitos fundamentais (fase instrumentalista), de terceira, de quarta e até de quinta gerações (ou dimensões) e quando as principais autoridades do mundo falam em democracia, observa-se que o cidadão (enquanto indivíduo), muitas vezes, permanece impedido de participar diretamente das principais demandas de natureza difusa. De fato, a impotência dos indivíduos tem sido muito mais evidente no que se refere ao denominado processo coletivo de natureza difusa, mediante o qual se discutem interesses pertinentes a toda a sociedade (v.g demandas sobre políticas públicas e sobre organização do trabalho, ações em defesa do meio-ambiente, do patrimônio público etc.). É que, neste tipo de demanda, muito mais do que conflitos pontuais, envolvendo poucos sujeitos, discutem-se temas que, amiúde, põem em xeque estruturas de poder estabilizadas na sociedade (fábricas, organizações sociais, família, Estado etc.). Ora, é justamente aqui, como se observará, que menor acesso tem sido dado aos cidadãos. É justamente no que tange a demandas coletivas que o Estado, auxiliado pelas orientações dos mais doutos juristas e dos diversos tribunais, tem impedido a participação ativa dos reais interessados.

Note-se que esse “mecanismo de distanciamento” do cidadão tem sido feito de maneira bastante ardilosa, principalmente, em regimes alegadamente democráticos.

Côncio de que, nos dias atuais, o direito é o principal instrumento de legitimação (legitimação racional-legal de que fala Max Weber), o Estado cria regras de direito material, para justificar o poder de suas autoridades. Tais regras têm sede, precipuamente, nas Constituições respectivas, as quais, nas Democracias, costumam apresentar longa lista de preceitos e de princípios de direitos fundamentais de abrangência coletiva. Dentre eles, destacam-se: direito

<sup>133</sup> (Miranda, 1995:27).

à educação, à saúde, à previdência, ao trabalho, a uma Administração Pública transparente, à moralidade administrativa etc.

Ora, tal elenco de direitos, por si só, já costuma acarretar robusto efeito ideológico e de controle sobre a sociedade. É que os indivíduos, crendo estar sob um Estado de Direito e sob um regime político amplamente democrático, reconhecem como legítima a autoridade de seus governantes, assim como de todas as demais estruturas de poder que se arrimam na norma jurídica. Afinal, se o poder, como se apregoa, vem do povo e é legitimado pela lei (que obedeceu a todo o procedimento formal para a sua elaboração) não haveria o que se questionar.

O grande embuste ocorre, porém, no que tange às regras de direito processual (especialmente as de natureza coletiva). É que, muitas vezes, o sistema jurídico retira, com uma mão, o que dá com a outra. De um lado, como visto, prevê uma gama de direitos aos cidadãos, aos quais são reconhecidos a ampla participação sobre políticas públicas e o controle do poder de seus governantes – controle este que pode ser feito tanto através do voto, como mediante a atividade jurisdicional. Por outro lado, o mesmo ordenamento (alegadamente democrático) cria regras de processo que restringem o controle das estruturas de poder pelos cidadãos.

A assertiva é facilmente comprovada por um sem-número de exemplos retirados do direito brasileiro, cujo regime político é pretensiosamente democrático. É verdade que os exemplos abaixo já foram expostos no início do presente estudo; contudo, agora, é chegado o momento de se reapreciarem tais situações, a partir das referências teóricas e sociológicas que se têm discutido até aqui. Eis o motivo por que se pede vênica para se reproduzirem alguns trechos do que já se falara.



## CAPÍTULO VII

### ANÁLISE DE CASOS E O INSTITUTO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL EM DEMANDAS DIFUSAS

#### 7.1 Análises dos casos e o instituto da legitimidade processual

Após o passeio teórico sobre os delineamentos conceituais referidos ao longo do presente trabalho, reputa-se estar-se suficientemente ancorado para a análise das situações concretas mencionadas no capítulo I, para o qual ora se remete o leitor (v. páginas 24 a 43).

Pois bem, a partir da releitura dos exemplos referidos, verificam-se os seguintes pontos em comum: a) existe uma vontade coletiva envolvida (ressarcimento do erário, organização orçamentária e financeira da Fazenda Pública, reestruturação do sistema jurídico-penal ou zelo pela moralidade das eleições); b) há, no ordenamento, regras de direito material em defesa dessa vontade; c) são indicadas, pelo sistema jurídico, pessoas “especialmente qualificadas”, para demandar; d) há uma enorme restrição à legitimidade ativa, aí se incluindo a impossibilidade de o cidadão/contribuinte participar desse tipo demanda; e) existem beneficiados por esses “mecanismos de exclusão”, dos quais se sobressaem, principalmente, as grandes autoridades públicas e aquelas pessoas ou grupos com alto poder econômico.

E por que tais situações ainda ocorrem e permanecem, apesar das mais lúdimas aspirações democráticas?

Porque o direito, sendo produção humana, não poderia evitar que as tensões de forças e de interesses antagônicos da sociedade lhe fossem inseridas. Nos diversos “espaços estruturais” de que fala Boaventura de Sousa Santos, cada “instituição” (família, fábrica, comunidade etc.) busca manter o seu “intercâmbio desigual”, para assegurar as relações de poder; o Estado, desta forma, não poderia ser diferente. Nessa empreitada, precisa desenvolver uma ideologia que evite, o máximo possível, o impacto de ideias novas, unificando comportamentos<sup>134</sup>. Logo, no que tange ao sistema jurídico, nada mais eficiente do

<sup>134</sup> Marilena Chauí leciona, com acerto, que: “Fundamentalmente, a ideologia é um corpo sistemático de representações e de normas que nos ‘ensinam’ a conhecer e a agir. A sistemática e a coerência ideológicas nascem de uma determinação muito precisa: o discurso ideológico é aquele que pretende coincidir com as coisas, anular a diferença entre o pensar, o dizer e o ser e, destarte, engendra uma

que se selecionarem pessoas, instituições ou órgãos específicos, para demandarem em juízo, em especial quando se tratar de demandas de natureza difusa.

Ora, em um regime pretensamente democrático, o debate de ideias é a mola propulsora para a manutenção ou para a mudança do poder. Quanto mais se “fala” e quanto mais se “discursa”, mais oportunidade se tem de influenciar, de participar e de modificar estruturas. O Executivo e o Legislativo têm o seu canal de ingresso praticamente restrito às eleições periódicas. O Judiciário, por sua vez, ao lado de ser o Poder mais frequentemente acessado pelos cidadãos, é aquele que reconhece (ou não) a validade das normas produzidas pelos demais. Tem, portanto, natural função estratégica, no que tange ao controle ideológico, de modo que se torna de suma importância, para as classes dominantes, a seleção dos seus interlocutores, mormente quando se trata de ações que toca interessados difusos. Afinal, os valores mais diretamente percebidos pelo Judiciário tendem a ser aqueles expressos pelas pessoas que integram o cotidiano diálogo processual.

Instituem-se, então, normas que elegem os “autorizados” a falar, constituindo-se o que Marilena Chauí denomina de “discurso competente”.

O discurso competente é o discurso instituído. É aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera de sua própria competência.<sup>135</sup>

Essa função – a de organizar um “discurso competente” nas demandas judiciais – é desempenhada por um instituto processual específico: a legitimidade.

Desde logo, esclareça-se que aqui não se tem por objetivo eliminar o conceito de “legitimidade processual”. Trata-se, efetivamente, de instituto que

---

lógica da identificação que unifica o pensamento, linguagem e realidade, para, através dessa lógica, obter a identificação de todos os sujeitos sociais com uma imagem particular universalizada, isto é a imagem da classe dominante (Chauí, 2007:15).

<sup>135</sup> (Chauí, 2007:19).

possui extrema importância na pacificação da comunidade, porque dá arrimo sociológico às decisões do Judiciário, facilitando a sua credibilidade.

O que não se admite é utilizar tal conceito como empecilho à democracia, transformando-o em guardião do *establishment*.

Urge, desta forma, que se lhe promova uma reformulação teórica.

## **7.2 A importância da distinção conceitual entre interessados “difusos, coletivos e individuais” indisponíveis**

Consoante exposto, na trilha de Vicente de Paula Maciel Júnior, opta-se, no presente trabalho, pela adoção do conceito de “interessados”, em lugar do de “interesses”. Isso porque, considerando-se ser o “interesse” uma manifestação individual de um sujeito em relação a um bem da vida, este guarda, sempre, um vínculo pessoal e específico com o indivíduo, de modo que a pluralidade estaria apenas nos interessados.

Pois bem, insta ressaltar que, em todos os casos acima apontados, encontra-se em jogo, tipicamente, a figura dos interessados difusos. É que, em todos eles, a manifestação individual para com um bem da vida é reproduzida por diversas pessoas, alcançando-se um número indeterminado de interessados. Com efeito, quando se fala, por exemplo, em buscar reaver dinheiro público, através de um título condenatório do Tribunal de Contas União, todos os cidadãos brasileiros são diretamente envolvidos. Da mesma forma ocorre quando se constrói um orçamento público sem qualquer participação popular; ou quando há registro de candidaturas de políticos ímprobos; ou, ainda, quando não se executam multas ou certidões de dívida ativa da Fazenda Pública.

Note-se que, nessas situações, não existe qualquer relação jurídica básica unindo os interessados. Não existe, por exemplo, um contrato entre eles, ou um vínculo jurídico outro, como acordo ou convenção coletiva de trabalho. Existe apenas uma circunstância de fato, a saber, todos são contribuintes. Desta forma, todos aqueles que recolhem tributos para o Tesouro Público são, efetivamente, atingidos. Entender-se de maneira diversa seria tentar ressuscitar a vetusta tese do contrato social, tão ao gosto do período iluminista.

Destarte, fica clara aqui a cientificidade e a importância prática em se diferenciarem interessados “difusos” de interessados “coletivos”. Afinal, neste último caso, está-se ante situação que atinge apenas pessoas determinadas, que tiveram sua esfera jurídica atingida; e, portanto, somente elas têm legiti-

midade processual para atuar no diálogo jurídico-processual. Nos casos referidos, repise-se, jamais se poderia falar em “interessados coletivos”. É que, se assim fosse, não seria dado a qualquer cidadão atuar na omissão dos órgãos públicos oficiais, porque lhes faltaria legitimidade. Contudo, quando o fato ou o ato alcança, diretamente, o patrimônio do cidadão (que é sujeito passivo de tributos), ou quando este se vê impedido de desenvolver sua cidadania, dentro de um regime político alegadamente democrático, não pode o Judiciário, simplesmente, bloquear seu ingresso no discurso jurídico-processual. Isso porque não há como se regular, de maneira prévia, pelo menos em um Estado Democrático de Direito, quem atuará na defesa de uma “vontade difusa”.

Logo, com a devida vênia, não se pode dar razão aos doutrinadores que fazem acerbas críticas à diferença conceitual entre “direitos difusos” e “direitos coletivos”. Na realidade, eles ainda não perceberam a finalidade prática da distinção entre “interessados difusos” e “interessados coletivos”, não compreendendo a exata extensão dos institutos sob análise. É o caso de Jordi Nieva Fenoll, o qual, com um tom levemente jocoso, faz o seguinte comentário:

Como se vé, las definiciones son difíciles y la imprecisión es, a pesar de los enormes esfuerzos doctrinales, casi inevitable. Ni que decir tiene que la mayoría de autores mezcla o usa indistintamente algunas de esas categorías, especialmente la de intereses colectivos y la de intereses difusos.<sup>136</sup>

A propósito, é bom esclarecer, desde logo, que a tese aqui esposada (e detalhada mais a seguir), pelos motivos expostos, somente tem alcance quando se alude a “interessados difusos”.

### 7.3 A legitimidade processual

Para se compreender o conceito de “legitimidade processual”, é imprescindível, antes de tudo, vislumbrarem-se duas relações jurídicas<sup>137</sup> distintas, as quais se encontram em planos diversos. Trata-se da relação de direito material e da relação de direito processual.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> (Fenoll, 2009:724).

<sup>137</sup> Entende-se relação jurídica como toda relação existente na sociedade, à qual o ordenamento atribua efeitos jurídicos (N.A).

<sup>138</sup> Didier lembra, com acerto, que: “O processo, do ponto de vista interno, é uma relação jurídica; do ponto de vista externo, é um procedimento. Como em toda relação jurídica, impõe-se a coexistência de elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (fato jurídico e objeto)” (Didier Jr., 2007:196).

É claro que, quando se vai a juízo, pretende-se que o magistrado (ou os magistrados) aplique o direito objetivo (abstrato), mediante a “concreção normativa”; afinal, o Estado, salvo casos excepcionais, retirou dos indivíduos a possibilidade de uso da força ou da justiça privada. Contudo, antes de o Judiciário apreciar o mérito do pedido (a relação de direito material), faz-se necessário que emita valoração sobre a viabilidade da demanda. É o que, *mutatis mutandis*, o pretor fazia na Roma antiga desde os períodos primitivos e de formulário do direito processual: como medida prévia à atuação do árbitro, verificava se o caso enquadrava-se em uma das *ações de lei*, ou na fórmula emitida.

A guinada científica na teoria geral do processo, mormente após a obra de Oskar Bülow evidenciou tais ideias, trazendo a lume os conceitos de pressupostos processuais (*Prozessvoraussetzungen*). Por isso, muito se defende hoje que incumbe ao magistrado averiguar, de maneira prévia, se a relação jurídica preenche determinados pré-requisitos, seja para existir (pressupostos de existência), seja para que se tenha como válido o seu procedimento<sup>139</sup> (pressupostos de validade).

Nesse sentido, tem-se apregoado que, para que uma relação jurídico-processual exista, imprescindíveis são três elementos: a) o sujeito que demanda (autor)<sup>140</sup>; b) a capacidade de ser parte ou personalidade judiciária (aptidão para ser sujeito do processo); e c) existência de um órgão jurisdicional.

Da mesma forma, no alusivo à sua validade, há de se analisar se estão presentes outros requisitos, quais sejam:

- A) Pressupostos subjetivos: a1) quanto ao juiz: competência e imparcialidade; e a2) quanto à parte: capacidade processual<sup>141</sup> (aptidão para atuar em nome próprio) e representação por advogado (capacidade técnica para postular);

<sup>139</sup> Didier também ressalta que só se pode cogitar de “invalidade” do procedimento aspecto externo do processo. *In verbis*: “Não se pode discutir a validade da relação jurídica processual: relação jurídica é efeito de fato jurídico, ou existe ou não existe; apenas os atos jurídicos podem ser inválidos, conforme já se disse, pode-se, no entanto, questionar a validade do procedimento, aspecto extrínseco do processo, que é um ato jurídico complexo de formação sucessiva” (Didier Jr., 2007:197).

<sup>140</sup> Não é demais lembrar que relação processual existe mesmo sem o réu, embora, para que tenha eficácia contra este, seja necessária a sua citação válida.

<sup>141</sup> Importa esclarecer que “capacidade de ser parte” refere-se à aptidão genérica para ser sujeito de um processo, enquanto “capacidade processual” alude à possibilidade de, dentro do processo, atuar em nome próprio. Por exemplo, uma criança de três anos pode ser sujeito de um processo; todavia, para atuar na relação processual, precisa de estar representada por seus pais ou por seu tutor.

- B) Pressupostos objetivos: b1) intrínseco (respeito ao procedimento, inclusive com a realização de citação válida); e b2) extrínseco (não pode haver fato impeditivo do processo, como coisa julgada e litispendência).

Acontece que, além desse primeiro filtro, (o dos pressupostos processuais), tem-se preconizado a necessidade de o julgador examinar um segundo, averiguando três condições<sup>142</sup>: i) se o pedido feito é juridicamente possível. Por exemplo, não se pode cobrar, em juízo, a observação de um contrato do serviço de um pistoleiro; ii) se existe necessidade e utilidade no pleito. Assim, não se pode ocupar o Estado-juiz com um pedido inútil (v.g. cobrança de uma dívida já paga). E, finalmente, III) se as partes têm legitimidade processual. Ou seja, há de se perquirir se autor e réu têm aptidão para atuar, especificamente, na causa posta em juízo.

É claro que a ciência moderna do processo, contrária a alguns pensamentos reacionários, tem evoluído, no sentido de exigir do magistrado, ao máximo, superar eventuais obstáculos da relação processual, a fim de ensejar-se o atingimento do mérito da causa. Aliás, não se pode negar que muitos desses requisitos emergem como garantidores, na linguagem de Luhman, do princípio da diferenciação, que racionaliza o discurso processual, elevando-o à categoria de um sistema de comunicação.

De qualquer forma, conquanto se reconheçam os pressupostos referidos como antecedentes lógicos da existência e da validade do processo, não se pode perder de vista que o dever do Estado de Direito (que detém o monopólio da Justiça) é assegurar a solução das controvérsias e, não, apegar-se a aspectos formais, como forma de eximir-se de seu imprescindível *múnus público*. Em sendo assim, o correto é que, se o juiz, por exemplo, entende-se como incompetente, deve remeter os autos para o juiz que tenha competência para a causa; se a parte apresenta-se sem advogado, deve-se ensejar-lhe prazo, para corrigir seu defeito de representação; se é o caso de um menor (incapaz), há de se oportunizar-lhe sanar o vício pela citação do seu representante legal e pela intimação do Ministério Público, para atuar no feito. Em suma, somente se os vícios não forem corrigidos, ou apenas se forem crassos, ao ponto de se comprometerem os efeitos processuais da demanda, é que se poderá falar-se em extinção do processo por descumprimen-

<sup>142</sup> O direito brasileiro sofreu robusta influência do magistério de Enrico Tullio Liebman, professor italiano que, tendo fugido da Europa por ocasião da II Guerra Mundial, ministrou aulas na Universidade de São Paulo. Ali, organizou um seleto grupo de discípulos, o qual, posteriormente, divulgou a sua teoria eclética da ação, apresentando as três condições da ação supracitadas, às quais deu nome, respectivamente, de possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade *ad causam*.

to de seus pressupostos. A respeito, releva notar que a doutrina já reconhece que o novo Código de Processo Civil brasileiro, cuja vigência está prevista para 2016, adotou, claramente o princípio da “primazia do mérito”, justamente reforçando a concepção de que cabe ao magistrado envidar o máximo de esforço, para resolver, efetivamente, a lide que lhe é apresentada, superando os meros aspectos formais.

Por outro lado, no que tange às chamadas “condições da ação”, tem-se percebido que, muitas vezes, trata-se de verdadeiras matérias de mérito. Com efeito, sempre se mostrou um contrassenso o fato de alguém postular em juízo, atravessar toda a fase instrutória (amiúde, ao longo de anos), para, ao final, ter ciência de um pronunciamento judicial que declara “ausência das condições da ação”. Quer dizer, se não houve ação, o que houve então?

Ora, quando o magistrado declara que determinado pedido é impossível, está a toda evidência, dizendo que o interesse do sujeito postulante não tem amparo do direito. Trata-se, pois, do mais puro exame de mérito!

Da mesma forma, ao se declarar que o autor não tem a necessidade de ir a Juízo (por ausência de interesse processual), nada mais está fazendo o magistrado do que lhe informando que não houve violação ou ameaça de violação a um interesse protegido pelo direito objetivo. Em sendo assim, negado se encontra, no mérito, o poder de o Estado determinar a solução da controvérsia, justamente porque não há controvérsia!

Finalmente, quando se diz que inexistente legitimidade para atuar-se numa demanda, está-se apenas evidenciando que a esfera jurídico-material do sujeito do processo não está sendo atingida, de modo que ele não tem como participar do diálogo processual instaurado pela demanda. Trata-se, pois, novamente, de matéria de mérito!

É por esse motivo que, recentemente, tem ganhado força a teoria da asserção (ou “teoria da *prospettazione*”), a qual somente admite a tese das “condições da ação” quando a impossibilidade jurídica do pedido, a falta de interesse ou a ausência de legitimidade estão estampadas na própria petição inicial. Nesse caso, mediante a simples leitura da peça vestibular (e bem antes da fase de instrutória), fica ao magistrado tão evidente a inutilidade da demanda que este pode (e deve) dar cabo ao processo logo em seu nascedouro. Desse modo, se as “condições da ação” forem reconhecidas apenas após a fase de provas, a decisão, necessariamente, seria de mérito.

Acontece que não se pode negar que mesmo a teoria da asserção emerge como uma ficção jurídica; afinal, o simples direcionamento do pleito ao Poder Judiciário constitui-se em uma ação.

De qualquer forma, o presente estudo tem por objeto-mor a análise do instituto da legitimidade processual e é sobre ele que se deve debruçar.

A respeito de legitimidade processual (também chamada de legitimidade para agir, legitimidade *ad causam* ou legitimidade *ad agendum*), Fredie Didier explica: “*Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhe autorize a gerir o processo em que esta será discutida*”. Francesco Carnelutti, por sua vez, denomina-a de *legitimação para os atos processuais* e sobre ela leciona:

A legitimação consiste não, como a capacidade, em um modo de ser natural do atuante, mas em um modo de ser jurídico (ser parte, ser credor, ser procurador ou advogado, ser magistrado ou similares); por isso, define-se como pertinência ao atuante de uma relação jurídica, em vista da qual ao ato é atribuída (legitimação positiva) ou então negado (legitimação negativa) qualquer eficácia (legitimação constitutiva) ou ainda uma certa eficácia (legitimação modificativa).<sup>143</sup>

Pois bem, não se discute a importância de que haja uma *pertinência subjetiva* entre o pleito e o autor. Quem deve promover demanda é o sujeito que, no mínimo, alega ser o titular do direito posto em juízo<sup>144</sup>. Caso contrário, haveria uma verdadeira balbúrdia processual, de modo que, amiúde, ajuizar-se-iam ações sem qualquer finalidade de composição de lide, posto que o próprio titular poderia não ter qualquer pretensão em fazê-lo. Em suma, em vez de contribuir para a paz social, o processo contribuiria para o aumento de litígios.

A questão que ora se coloca, porém, alude às demandas de natureza difusas. Nessas, os interessados são todos os cidadãos. Então, se é assim, a legitimidade para os indivíduos protegerem seus interesses deveria ser um desdobramento natural.

Apesar disso, mesmo em um ordenamento como o brasileiro, com forte tendência democrática, elegem-se pessoas ou órgãos específicos, para falarem em nome da coletividade. Então, o problema é que, ao mesmo tempo, o ordenamento, com frequência vezes, exclui a possibilidade de que o cidadão aja, mesmo ante a omissão do órgão ou da entidade que teria a legitimidade inicial para agir.

<sup>143</sup> (Carnelutti, 2008:108).

<sup>144</sup> Diz-se: “alega ser o titular do direito”, porque, obviamente, quem dará a decisão sobre a titularidade ou não do direito é o Judiciário – fato que somente ocorrerá após o final do processo.

De fato, não é nada raro que tais órgãos ou pessoas, ou por serem visivelmente comprometidas com as classes dominantes, ou porque não dispõem de estrutura suficiente para atuarem de maneira ampla, quedem-se inertes, pelo menos no que tange a inúmeros processos – fato que, como visto, acarreta gigantesco e indiscutível prejuízo social<sup>145</sup>, inclusive, como se verá, no que tange a sistemas processuais de diversos outros países.

#### **7.4 A legitimidade e a representatividade em ações coletivas no direito comparado**

Desde logo, frise-se que importante estudo sobre o direito comparado, feito pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix, leva à constatação de que, num aspecto geral, os países da *common law*, a pretexto de assegurar uma “representatividade adequada” (*adequacy of representation*), restringem demasiadamente a legitimidade nos processos de natureza difusa, sendo quase impossível a demanda por um só cidadão.

Sabe-se que na Austrália, por exemplo, o limite mínimo de requerimentos para começar o processo coletivo é de sete cidadãos. Estes, aliás, têm de ter, como referência, um grupo específico e bem determinado, com reivindicações contra a mesma pessoa e com base nas mesmas circunstâncias.

No Reino Unido, a tendência é a mesma, no que tange às três formas de se viabilizarem ações coletivas, quais sejam: I) através de um *group litigation order* (GLO); II) mediante uma ação representativa (*representative action*); e III) uma terceira via, que é prevista por leis específicas, para determinadas situações (Situation-Specific Provisions). No primeiro caso, os GLO são criados com o objetivo de viabilizar aos tribunais, desde o início da demanda, o controle e o gerenciamento de reclamações fundadas em temas comuns de fato ou de direito. No sistema das ações representativas, buscam-se unificar ações coletivas originárias com outras que, já estando em trânsito, tenham pessoas com interesses idênticos. No terceiro caso, finalmente, a reunião das reclamações é determinada por lei específica. É o caso, por exemplo, da legislação em defesa do consumidor, ou da que reprime propagandas fraudulentas. De qualquer

---

<sup>145</sup> A assertiva é corroborada quando se lembra de que, somente no Estado do Maranhão, o Tribunal de Contas, em único ano, condenou ex-gestores ao pagamento de mais de 34 milhões de reais. Não obstante isso, os títulos resultantes das condenações jamais foram utilizados pelas procuradorias do Estado ou do Município, para a promoção das ações executivas correspondentes.

forma, como se percebe, faz-se necessário a união de litigantes sobre um fundamento comum.

Os Estados Unidos, por possuírem um sistema processual federal e um direito processual para cada um dos seus cinquenta Estados, obviamente, apresentam vários mecanismos para a reunião de demandas. Em todos os casos, todavia, observa-se uma grande similitude quanto ao alcance e à aplicação das regras sobre as *class actions*.

Um aspecto que chama a atenção é o fato de que os autores de uma ação coletiva federal (*class action in federal court*) devem, antes de tudo, procurar conseguir um certificado de autorização para a demanda. Para tanto, têm de preencher quatro requisitos: a) numerosidade (*numerosity*); b) fundamento em interesses comuns (*commonality*); c) previsão em lei (*typicality*); e d) representação adequada (*adequacy of representation*).

Sobre o tema, a professora Linda Mullenix explica que, na *common law*, vários mecanismos para proteger os “ausentes” da ação coletiva foram criados. Lembra que o processo coletivo das *class action* federais no direito americano, por exemplo, é regulamentado pela *Federal Rule of Civil Procedure 23* e, com tal finalidade, foram previstos institutos como: a necessária obtenção prévia de uma autorização para a demanda (*certification*), observando-se o critério da representatividade adequada (*adequacy of representation*); a possibilidade de não ser abrangido pelos efeitos da sentença coletiva (*opt-out*); a publicação de aviso; a realização de audiências públicas; a aprovação judicial de acordos e a homologação judicial de acordos sobre honorários.

Many of the provisions of Rule 23 are intended to secure or protect the due process rights of absent class members. These include the requirements for judicial scrutiny of class certification requirements; adequacy of representation; the ability to opt-out; notice; fairness hearings; judicial approval of settlements; and judicial approval of appointment of class counsel and attorney fees.<sup>146</sup>

Pois bem, se, na *common law*, essa é uma forte tendência, na *civil law*, pelo menos em alguns países ou províncias, verifica-se ser mais flexível o acesso pelo cidadão. Em Portugal, o art. 2º, da Lei de Ação Popular reconhece a legitimidade ativa a quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos (além de o reconhecer igualmente às associações e fundações, indepen-

<sup>146</sup> (Grinover; Watanabe; Mullenix, 2008:264).

dentemente de terem ou não interesse direto na demanda). Na Colômbia, uma ação popular em defesa de direitos coletivos também tem legitimidade ampla, podendo ser oferecida por toda pessoa, natural ou jurídica<sup>147</sup>. Na província de Rio Negro (Argentina), a pessoa física também é autorizada a demandar.

Na Espanha, em particular, o problema é mais grave. É que, segundo aponta Ada Pellegrini Grinover, até hoje, não se pode aí conceber a existência de um processo coletivo. A única legislação (incipiente) sobre o tema é a Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, a qual, porém, carece de uma regulação processual específica. Como se não bastasse, de maneira geral, segue-se crendo que não existe razão para um processo coletivo – ideia que vem contribuindo para sobrecarregar os tribunais do país.<sup>148</sup>

Pois bem, o certo é que, na verdade, não se desconhece que, em princípio, essa preocupação (da *common law*) com a representatividade é louvável, porque, havendo “vontade coletiva”, é importante que um único cidadão não prejudique os demais (ausentes) com uma demanda irresponsável. É o que aconteceria, por exemplo, com o ingresso de uma ação destituída de provas razoáveis para assegurar o êxito

Acontece que esses caminhos, naturalmente, emergem como óbices extremamente complexos de acesso à Justiça<sup>149</sup>, em especial quando comparados com os da *civil law*. No Brasil, por exemplo, desenvolveram-se outros mecanismos que facilitam a demanda coletiva, sem que se causem prejuízos aos “ausentes”. Tais instrumentos processuais, como se verá, influenciaram, em muitos aspectos, a elaboração do Código Modelo de Processo Coletivo.

## **7.5 A legitimidade e a representatividade no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América: avanços e recuos**

Com o crescente interesse sobre ações coletivas, tem havido esforços, no sentido de se universalizarem procedimentos dessa natureza.

<sup>147</sup> Art. 12, da Ley 472, de 1998 (Espanha, 1998:1).

<sup>148</sup> (Grinover; Watanabe; Mullenix, 2008:158-166).

<sup>149</sup> Para fortalecer tal entendimento, basta lembrar-se de que, até hoje, nos países da Common Law, tem-se dificuldade, para se definir o que seja “interesse comum” capaz de ensejar as demandas coletivas. “Significantly, the courts in all common law countries have experienced some difficulty in construing or defining exactly what constitutes a common interest, or a common or related question of law or fact. Much of the jurisprudence of common law legal systems is devoted to addressing the factual nuances of such an enquiry (Grinover; Watanabe; Mullenix, 2008:271).

Em maio de 2002, em Roma, durante o VII Seminário Internacional do Instituto Ibero-Americano, o professor Antônio Gidi propôs a criação de um Código Modelo de Processos Coletivos. A ideia foi votada e aprovada, tendo-se nomeado uma comissão com três juristas brasileiros – Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, os quais, em outubro do mesmo ano, apresentaram uma proposta, a qual se transformou em projeto.

Após estudos sobre o projeto, o mesmo foi apresentado na Cidade do México, no decorrer do XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em setembro de 2003.

O Código Modelo, efetivamente, constitui-se em sensível progresso; afinal, mais que trazer diretrizes ou princípios do direito coletivo, funciona como um paradigma concreto, para o desenvolvimento de legislação pertinente em diversos países.

Através dele, como não poderia deixar de ser, pretendem-se inserir louváveis mecanismos processuais, cujas incidências já se observam no Brasil e em outros Estados da Ibero-América.

### 7.5.1 Ampliação do rol de legitimados

Inestimável contribuição do Código Modelo consistiu em apresentar extenso rol de legitimados ativos para as demandas coletivas.

Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

V – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

- V – as entidades sindicais, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;
- VII – os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;
- VIII – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.<sup>150</sup>

Aqui, salta aos olhos o destaque dado ao cidadão, enquanto pessoa física, para a propositura da ação coletiva. Segue-se, destarte, o fluxo democrático de alguns dos mais modernos ordenamentos jurídicos.

Outras questões a ressaltar aludem ao fato de um órgão (ainda que despedido de personalidade jurídica) poder demandar, bem como a possibilidade de o juiz, ante robusto interesse jurídico, dispensar a pré-constituição de um ano para as associações legalmente constituídas.

## 7.5.2 Dos métodos do *OPT OUT* e do *OPT IN* e o Código Modelo

Uma das maiores preocupações nas demandas coletivas, naturalmente, consiste em se buscar que pessoas não diretamente envolvidas no processo (os “ausentes”), venham a ser prejudicadas pelo efeito da coisa julgada. Nesse sentido é que muitos países, sejam da *common law*, sejam da *civil law*, adotaram critérios através dos quais se permitem a exclusão ou a inclusão de interessados. São os mecanismos denominados *opt out* e *opt in*.

O *opt out* consiste em um instituto que garante, aos indivíduos e aos grupos que o desejarem, tornarem-se imunes aos efeitos da sentença coletiva. Assim, em princípio, todos são atingidos pela coisa julgada, a qual somente não abrangerá aqueles que optarem pela sua exclusão (*opt out*). Trata-se de critério muito mais comum na *common law*, onde se destacam as experiências

<sup>150</sup> (Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, 2012:1-11).

da Austrália, do Canadá e das *class actions* do direito americano. Nos países da *civil law*, ao revés, observa-se a quase inexistência desse mecanismo, somente se verificando em Portugal e na Holanda.

O problema do *opt out* reside, mormente, no fato de presumir que todas as pessoas têm conhecimento de uma ação coletiva. Para tanto, utilizam sistemas de citações fictas (v.g publicações de editais). Ocorre que, como essa presunção não se harmoniza com a realidade, muitos indivíduos, na prática, são atingidos por uma sentença coletiva sem jamais terem tomado ciência da demanda. Tal circunstância, assim, viola os direitos ao contraditório e à ampla defesa, próprios dos Estados democráticos.

O *opt in*, outrossim, reconhece que a decisão judicial somente atingirá aqueles que concordarem com tal efeito. Desta forma, a regra será que somente os autores diretos da ação serão atingidos pela mesma; quanto aos demais, todavia, dependerá de seu expresso requerimento pela inclusão. Trata-se de um critério muito pouco aplicado na *common law*, onde se destacam apenas o Reino Unido e o País de Gales. No que tange à *civil law*, Ada Pellegrini Grinover cita a Alemanha, a Colômbia, a França, a Itália, a Província argentina da Catamarca e a Suécia.<sup>151</sup>

O inconveniente do *opt in* é óbvio: gera o esvaziamento da ação coletiva e a quase ineficácia da coisa julgada; afinal, repita-se, somente aqueles que expressamente optarem poderão, ser atingidos pela sentença.

O Código Modelo, porém, seguiu outro caminho. Preferiu adotar um instituto que já vem sendo desenvolvido no Brasil e no Peru. É a chamada *coisa julgada secundum eventum litis*. Por tal critério, todos são atingidos pela sentença coletiva apenas quando houver procedência da ação. Logo, se a sentença é improcedente, nada obstará que cada interessado, em ações individuais, ofereçam igual pleito.<sup>152</sup>

Ademais, o Código também albergou outros institutos processuais importantes, quais sejam: I) a publicação de edital de citação em órgão oficial, a fim de que os interessados tomem ciência; e II) notificação dos demais órgãos e entidades legitimados. A finalidade é clara: viabilizar que outras pessoas ou órgãos ingressem no polo ativo da relação jurídico-processual.

<sup>151</sup> (Grinover; Watanabe; Mullenix, 2008:243).

<sup>152</sup> Irrefutavelmente, trata-se de modelo a ser seguido, porque, além de assegurar a eficácia da sentença, evita, protege, ao mesmo tempo, os "ausentes" da demanda coletiva.

Por fim, chama-se a atenção para o fato de o Código Modelo, na busca de assegurar os interesses sociais, ter possibilitado que se rediscuta uma sentença coletiva com base em provas novas. A única condição imposta é que se apresente a demanda em dois anos contados da descoberta da prova nova.

### 7.5.3 Da “representatividade adequada” em ações difusas e dos seus problemas à luz de um sistema democrático

Não se discute que o Código Modelo será inspiração positiva para significativos avanços nas demandas do mundo. A tendência à uniformização e os vários institutos com matizes democráticos tendem a oportunizar maior eficácia das sentenças judiciais, com maior amplitude social das mesmas, notadamente em países com incipientes sistemas processuais coletivos.

Apesar disso, nem tudo se consubstancia em avanço. É que o Código não deixou de sofrer a vetusta influência ideológica, tão comum nas regras de direito processual. Mais uma vez, busca-se erigir a “legitimidade processual” à condição de “guardiã” do *establishment*, apresentando-se a mesma como “mecanismo de distanciamento” do cidadão.

De fato, enquanto, por um lado, reconheceu-se amplo rol de legitimados ativos, assegurando-se, inclusive, a demanda por uma pessoa física; de outro, inseriu-se no Código Modelo, um “filtro” ao oferecimento de ações. Trata-se da “representatividade adequada” (*adequacy of representation*), tradicional instituto do direito norte-americano.

Diz o texto do Código:

Art. 2º. Requisitos da ação coletiva – São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado.

[...]

§2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.<sup>153</sup>

Como se observa, a proposta do Código Modelo consiste em erigir várias condições, para que alguém possa ingressar com uma ação coletiva. Assim, embora autorize um cidadão a oferecer demanda, exige que o mesmo tenha “credibilidade”, “capacidade”, “prestígio” e “experiência”, além de ótimo “histórico na proteção judicial”.

Ora, ao apresentar tais condicionamentos, a proposta normativa nada mais faz, senão restringir (e muito) o acesso dos cidadãos aos processos coletivos. Aliás, o problema é maior, porque tais restrições são apresentadas na forma de conceitos jurídicos indeterminados, de modo que seu significado é extremamente vago. Com efeito, ninguém ao certo pode, por exemplo, dizer o que seja “credibilidade” ou “prestígio”. O enquadramento de tais conceitos foram, então, entregues à responsabilidade do magistrado, gerando naturais incertezas e inseguranças.

É claro que o próprio o Código tentou minorar os efeitos maléficos dessa restrição, assim dispondo:

Art. 3º.

§4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.<sup>154</sup>

Apesar disso, o problema não se resolve completamente. É que, na prática, um cidadão “comum” (sem “credibilidade”, sem “prestígio” ou sem “capacidade”) não poderá demandar. Neste caso, será compelido a torcer, para que um dos “prestigiados” resolvam oferecer a ação coletiva; ou, ainda, torcer, para que um dos mesmos “prestigiados” de em seguimento à demanda que foi abandonada por outrem.

<sup>153</sup> (Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, 2012:1-11).

<sup>154</sup> *Ob. Cit.* p. 1-11.

Mais uma vez, a norma processual autoriza somente “pessoas especiais” a manterem um diálogo com o Judiciário. O “discurso competente” de que fala Marilena Chauí é garantido apenas para os “capacitados”.

De qualquer forma, o citado §4º, do art. 3º, do Código Modelo, traz uma novidade que merece aplausos. É que, ao reconhecer a possibilidade de um legitimado atuar na omissão de outro, alberga, em seu bojo, o conceito de legitimidade concorrente e subsidiária. O problema do dispositivo, repita-se, é quanto à referência que faz à exigência de “representatividade adequada”, este sim, instituto de forte e lamentável feição ideológica.

A propósito, só para demonstrar não ser imprescindível a “representatividade adequada” (típica do direito norte-americano), lembre-se de que, no direito brasileiro, desde 1965, tem-se autorizado, mesmo que sob condições ainda restritas, que um único cidadão ofereça ação popular. No mesmo sentido, como dito acima, são os ordenamentos jurídicos de Portugal e da Colômbia.

Mas não é só!

Os sistemas processuais mencionados, de uma maneira geral, partem de um pressuposto errôneo. É que todos os seus fundamentos têm origem na concepção de que, em uma demanda difusa, a perspectiva do contraditório pode ser sempre exposta sob uma relação dicotômica: autor x réu; demandante x demandado; consumidores x empresários; cidadãos x Estado (ou empresa).

A ideia está equivocada porque se procura apenas transferir os conceitos do processo individual clássico para as demandas difusas, fazendo-se “vistas grossas” e “ouvidos moucos” para um sem-número de reivindicações distintas, tão comuns em ações desta natureza. Ora, em ações difusas, os interessados do grupo “cidadãos”, por exemplo, não podem ser reunidos em um conjunto único, como se formassem uma massa uniforme.

Explica-se:

- Por exemplo, na poluição de um rio por uma indústria, existem os “interessados-cidadãos-pescadores”, os “interessados-cidadãos-trabalhadores-da-empresa”, os “interessados-cidadãos-consumidores-do-produto”, os “interessados-cidadãos-empresários”, além do próprio Estado, representado por suas autoridades.

Se é assim, no caso acima referido, o ato de atribuir-se a etiqueta de “representação adequada” a um grupo de pessoas, para demandar contra a em-

presa eventualmente poluidora, afasta do contraditório vários outros grupos de interessados, bem como restringe o campo de cognição do julgador, o qual, destarte, tenderá a conhecer apenas a perspectiva daqueles que participam do “discurso competente”. Frise-se: aqui não se trata apenas de preocupar-se com os “ausentes” da demanda, como se eles fossem uma massa uniforme; mais que isso, há de se lembrar de que, por não formarem um grupo homogêneo de interessados, existem entre eles (“os ausentes”) muitas perspectivas distintas sobre o objeto da demanda, de forma que ao Estado Democrático impende conhecer os vários pontos de vista sobre o litígio.

Ora, quando se resume um litígio a duas perspectivas (as dos autores e as dos réus), alijam-se do diálogo vários outros grupos de interessados, limitando-se, inclusive, o campo de conhecimento do objeto pelo julgador e, naturalmente, o leque de soluções para o problema.

Em virtude de suas complexidades, tal problemática merecerá mais atenção nos tópicos seguintes, quando será apreciada conforme pungentes debates sobre legitimidade do no direito brasileiro.

## CAPÍTULO VIII

### A LEGITIMIDADE E O CONTROLE NAS DEMANDAS DIFUSAS

#### 8.1 A luta pela legitimidade nas ações de natureza difusa no direito brasileiro: recuos, avanços e uma “luz no fim do túnel”

No Brasil, a Lei Federal nº 7.347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, foi a primeira a tratar de procedimento específico de ação coletiva. A princípio, tratava ela apenas da proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; contudo, em momento ulterior, ampliou-se seu raio de proteção, o qual passou a abranger a defesa dos direitos difusos e coletivos em geral.

Quanto à defesa dos direitos individuais homogêneos, estes apenas ganharam um procedimento específico após a Constituição Federal de 1988, já com a vigência do Código do Consumidor de 1990. É que tal código livrou os cidadãos da necessidade de ajuizarem demandas autônomas e individuais. A partir de então, foi-lhes possível manusear um rito próprio, para a recuperação coletiva de danos individualmente sofridos, na defesa dos (já aludidos) direitos individuais homogêneos.

Pois bem, um fato que chama atenção é que, por força do Código de Defesa do Consumidor, a própria Lei nº 7.347/85 foi alterada, para admitir a possibilidade de ação civil pública por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer outros “interesses” (*rectius*: “interessados”) difusos ou coletivos. Contudo, em 2001, por Medida Provisória (MP nº 2.180-35), o Presidente da República revogou tal possibilidade. Ou seja, o Chefe do Executivo federal, incomodado com as limitações que seu poder vinha sofrendo (em decorrência de ações coletivas, notadamente as de natureza difusa), expediu norma processual que restringiu, sensivelmente, a *causa petendi* das ações civis públicas. Além disso, através da mesma Medida Provisória, incluiu o parágrafo único ao art. 1º, da Lei nº 7.347/85, estabelecendo:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser

individualmente determinados. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).<sup>155</sup>

Ora, como visto, o Executivo, por meio da legislação, buscou tornar juridicamente impossível questionar-se, mediante ação coletiva, pretensões tributárias. A finalidade óbvia foi aumentar a relação *custo x benefício* do governo, passando a valer bem mais a pena a criação e a majoração de tributos e de contribuições previdenciárias ilícitas. De fato, é financeiramente benéfico para o Estado descumprir a lei, porque, ainda que haja, na via judicial, discussão sobre a licitude da medida, tais celeumas serão pontuais, beneficiando, tão-só, poucos contribuintes.<sup>156</sup>

Mas o que mais chama a atenção é que, desde o texto original da Lei nº 7.347/85, o cidadão foi excluído da possibilidade de oferecer ação civil pública. É que, hoje, os legitimados para ajuizar a ação são: I) o Ministério Público; II) a Defensoria Pública; III) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V) as associações.

O certo é que, mesmo no caso das associações, estas se encontram condicionadas a diversos requisitos: a) têm de estar constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil (pré-requisito que visa a resguardar a “representação adequada”); b) necessitam ter, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) quando se tratar de demanda coletiva em face da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações, sua petição inicial deverá ser obrigatoriamente instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços (mais um obstáculo aos cidadãos interessados, ensejando claro tratamento privilegiado dado à Fazenda Pública, por força do parágrafo único do art. 2º-A, da Lei nº 9.494/1997).

Além disso, seguindo a tendência do poder público de restringir a legitimidade e a eficácia das ações coletivas, o art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97, passou a determinar que a sentença civil em demanda desse jaez, quando proposta por

<sup>155</sup> (Brasil, 1985:1).

<sup>156</sup> Outras normas em benefício direto da Fazenda foram expedidas, como a Lei Federal nº 9.494/97, que veio a evitar liminares contra o Poder Público.

entidade associativa, na defesa de seus membros, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão judicial prolator.

Em suma, salta aos olhos a guerra de forças para ora ampliar-se, ora restringir-se o rol de habilitados em ações de natureza coletiva, especialmente naquelas que atingem interessados difusos.

Aqui, releva notar que essa contenda acerca da legitimidade em ações coletivas (em sentido amplo) não se restringe ao campo político. Na realidade, ela existe mesmo entre órgãos cujas destinações são voltadas, justamente, para a proteção do Estado Democrático de Direito. Isso porque, data vênua aos entendimentos contrários, as motivações de tais entreveros deitam suas raízes, de maneira irrefutável, em impulsos atávicos, relacionados à vaidade e à busca de concentração de poder.

Nesse contexto, interessa dizer, vem-se presenciando no Brasil, muito recentemente, uma discussão relativa à legitimidade da Defensoria Pública para ações de âmbito coletivo (aí se compreendendo as de natureza difusa, as coletivas *stricto sensu* e as alusivas aos direitos individuais homogêneos).

Explica-se:

- Nos termos do art. 134, da Carta Magna (já alterado pela novel Emenda Constitucional nº 80/2014), a Defensoria é prevista como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV, do art. 5º desta Constituição Federal.

O mencionado inciso LXXIV, por sua vez, diz que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Acontece que, ainda em 15 de janeiro de 2007, fora expedida a Lei nº 11.448, que alterou o inciso II, do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), para incluir, entre o rol de legitimados, a Defensoria Pública, fazendo-o da seguinte forma:

Art. 2º O art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I - o Ministério Público;
  - II - a Defensoria Pública;
  - III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
  - IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
  - V - a associação que, concomitantemente:
- [...].<sup>157</sup>

Ocorre que a Associação dos Membros do Ministério Público (CONAMP) argumentou que a nova regra prevista pela Lei nº 11.448/2007, violaria a Constituição Federal, tendo oferecido a correspondente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 3943). Arguia a entidade associativa demandante que, como a Defensoria Pública estaria constitucionalmente vocacionada apenas para a defesa das pessoas mais carentes, só lhe seria possível oferecer uma ação civil pública após comprovar que o tema objeto do litígio seria harmônico com suas finalidades institucionais. Desta forma, incumbir-lhe-ia, antes de tudo, a demonstração de que hipossuficientes estivessem sendo atingidos em sua esfera jurídica.

Assim é que, por meio da ADIN, a CONAMP sustentava que o reconhecimento da possibilidade de a Defensoria Pública propor ACP sem qualquer restrição (pertinência temática) afetaria diretamente as atribuições do Ministério Público. Além disso, argumentava-se que a regra impugnada afrontaria justamente os artigos 5º, LXXIV e 134, *caput*, da CF/88, que versam sobre as funções da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita apenas aos hipossuficientes.

A propósito, não é demais ressaltar que a ADIN nº 3943, foi proposta exatamente em razão de que vinha existindo acirrada discussão na jurisprudência, consoante se extrai da manifestação do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça (hoje, Ministro do Supremo Tribunal Federal), Teori Albino Zavascki, ao proferir o seu voto-vista no Recurso Especial nº 912.849-RS:

3. Se é certo que a Defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a Constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: à De-

<sup>157</sup> (Brasil, 1985:1).

fensoria cumpre a defesa “dos necessitados” (CF, art. 134), ou seja, dos “que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV). Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC nº 80/94 e no art. 5º, II da Lei nº 7.347/85. Sustentamos esse entendimento também em sede doutrinária (Processo Coletivo, 2ª ed., SP:RT, p.77). E foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, § 2º, V, e f, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de legitimação dessa natureza (Adin-MC nº 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93).

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, da lavra do eminente professor Des. Araken de Assis, adotou justamente esse entendimento, inclusive no que se refere ao limitador ele reconheceu a legitimação da Defensoria Pública para a ação coletiva, mas limitou o âmbito dos eventualmente favorecidos pela sentença de procedência, que será o das pessoas que comprovarem ser necessitadas, demonstração em que ocorrerá na fase de liquidação e execução.

5. Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos especiais, acompanhando o Ministro relator (Resp 912.849-RS. Rel. Min. José Delgado, em 26.01.2008).<sup>158</sup>

O certo é que, no dia 07 de maio de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública, para oferecer ACP. Com efeito, acompanhando o voto da relatora, Ministra Carmen Lúcia, os demais membros da Corte entenderam que o aumento de atribuições da referida entidade, por força da citada Lei nº 11.448/2007, está em perfeita harmonia com as aspirações mais recentes da Constituição Federal, expressas na EC nº 80/2014 (já referida). Além disso, asseveraram que não existe no ordenamento jurídico pátrio qualquer regra que atribua exclusividade ao Ministério Público para propor ações coletivas.

E não é só. A Ministra-relatora, acertadamente, argumentou que a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos (entenda-se o termo em sentido amplo) no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instru-

<sup>158</sup> (Rio Grande do Sul, 2008:1).

mentos de acesso à Justiça. Em seu entendimento, não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes, lembrando que o STF tem atuado para garantir à Defensoria papel de relevância como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado. *In verbis*:

A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional do estado democrático de direito interessa alijar aqueles que, às vezes, tem no Judiciário sua última esperança, pela impossibilidade de ter acesso por meio dessas ações coletivas.<sup>159</sup>

Finalmente, ressaltou a Ministra Carmen Lúcia a importância de se ampliar o rol dos legitimados para ações em defesa da coletividade, lembrando que “o dever estatal de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passa pela operacionalização dos instrumentos que atendam com eficiência a necessidade de seus cidadãos”.

Logo, na situação descrita, venceu, no Supremo Tribunal Federal, a tese de maior ampliação do rol de legitimados em ações coletivas. Para tanto, como se observa, a Corte acolheu interpretação adequadamente extensiva, a qual é mais condizente com os almejos um estado constitucional democrático.

Aliás, em outra questão emblemática recente, o Tribunal Constitucional brasileiro também adotou entendimento mais amplo, em favor das referidas aspirações democráticas. No caso, embora não se tratasse de discussão alusiva à legitimidade em ações coletivas, as similitudes de raciocínio são evidentes.

Fala-se, aqui, da celeuma que tem existido entre Delegados de Polícias e Membros do Ministério Público, a fim de averiguar-se a quem incumbiria o poder de investigação de crimes.

Para os integrantes da Polícia Judiciária, o Ministério Público não estaria autorizado a instaurar procedimentos investigativos criminais, devendo-se limitar a promover a ação penal, com base nas apurações feitas no inquérito policial. Para os fiscais da lei, por outro lado, ser-lhes-ia possível exercer, concorrentemente, a investigação de crimes, para embasar futuras ações penais.

A propósito, surgiram, basicamente, três correntes:

- 1ª) A atividade de investigação criminal é exclusiva da Polícia Judiciária. Isso porque, se o Ministério Público exerce o “controle externo”

<sup>159</sup> (Brasil, 2015:1).

da Polícia, não pode ele assumir o papel do controlado, invertendo a ordem e a lógica constitucionais.

Trata-se da concepção abraçada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, sendo deles as seguintes palavras:

Legitimar a investigação por parte do titular da ação penal é inverter a ordem natural das coisas. Quem surge como responsável pelo controle não pode exercer atividade controlada. O desenho constitucional relativo ao Ministério Público na seara penal pauta-se na atividade de controle externo da polícia. Deve ser tutor das garantias constitucionais.<sup>160</sup>

- 2ª) O Ministério Público, conquanto possa realizar investigação criminal, somente poderá fazê-lo quando estiver envolvido um policial, ou quando a Polícia Judiciária mostrar-se inoperante.

Foi a idéia adotada em 2012 pelo então Ministro do STF – Cézár Peluso –, o qual foi seguido por dois dos atuais membros da Corte: os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

- 3ª) É sempre reconhecido o poder de o Fiscal da Lei investigar, malgrado não lhe seja possível realizar algumas atividades específicas, salvo por meio do Judiciário, como: busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica e condução coercitiva de testemunhas.

Foi justamente a terceira corrente que saiu vitoriosa em julgamento ocorrido no dia 14 de maio de 2015, quando o Tribunal Constitucional apreciou um recurso interposto por um preferido de Ipanema-MG. Na espécie, o alcaide sustentava que não é dado ao Promotor de Justiça o poder de investigação criminal independentemente da Polícia.

A Suprema Corte, então, por um placar de 7 x 4, reconheceu a atuação ministerial, entendendo que a atividade da Polícia Judiciária e do *Parquet* pode e deve ser de cooperação entre si, ensejando-se melhor aprimoramento na descoberta e na comprovação de condutas ilícitas.

---

<sup>160</sup> (Globo, 2015:1).

A propósito, louváveis são as palavras da Ministra Rosa Weber:

Reconhecer o poder de investigação do Ministério Público em nada afeta as atribuições da polícia e não representa qualquer diminuição do papel relevantíssimo por ela conduzida. As melhores investigações decorrem de atuação conjunta, um contribuindo para atividade do outro.<sup>161</sup>

Ora, é claro que, como já se disse, a celeuma envolvendo o poder investigatório do Ministério Público na seara criminal não se identifica, pelo menos no aspecto técnico, com o tema do presente estudo, que alude ao conceito de legitimidade processual em demandas de natureza difusa. Apesar disso, impossível se desconsiderarem as identificações sociológicas existentes entre tal contenda jurisprudencial e, por exemplo, as discussões em torno da legitimidade da Defensoria Pública para oferecer ações civis públicas.

Com efeito, em ambas as situações, verificam-se os seguintes pontos de intersecção: a) existe uma celeuma tocante a interessados difusos; b) sobre elas, litigam órgãos públicos com o claro objetivo de restringir a matéria ao campo exclusivo de suas atribuições.

Ao se apreciarem os casos em tela e compará-los com as situações outrora examinadas, fica clara a ausência de cientificidade por parte do Supremo Tribunal Federal. De fato, ora a Corte apresenta entendimento mais democrático e de vanguarda, ora se manifesta de maneira reacionária (v. estudos de casos aludidos), protegendo, claramente, o interesse do *establishment*. Em todo caso, ainda persiste mesmo a tendência de se excluir a participação do cidadão em múltiplas situações.

## 8.2 Do *amicus curiae* à teoria das ações coletivas como ações temáticas

Como dito, apesar de se reconhecerem alguns avanços, remanescem, quanto às demandas difusas, posturas ortodoxas e refratárias à legitimidade concorrente de órgãos públicos e, com mais força, à participação de entidades e de cidadãos no discurso processual. Assim, muitas vezes, sempre que há o risco de tais ações porem em xeque as estruturas de poder, estas tratam de tentar excluir (ou de obstaculizar) os legitimados naturais do discurso jurídico. O questionamento é: tal conduta limitativa é democraticamente sustentável?

<sup>161</sup> (Globo, 2015:1).

Ora, é impossível desconhecer-se que, se, nos estados civilizados, a jurisdição foi entregue a entes estatais, surge-lhes o dever de garantir aos indivíduos a apresentação de pedidos que atinjam a sua esfera de direito.

É claro que sempre se alegrará ser inviável inserirem-se todos os interessados em uma única demanda difusa; mas isso, porém, não elimina a possibilidade de se desenvolverem medidas mais próximas do ideal democrático. O que verdadeiramente importa é dar-se oportunidade para o magistrado conhecer as diversas perspectivas do objeto da ação. Afinal, como visto, a norma surge do caso prático e o Juiz (como qualquer ser humano) somente conhece verdadeiramente um objeto quando se deixa interpelar por ele. Logo, tendo em vista que os objetos cognitivos de um Estado Democrático provêm de uma combinação de lei, fatos e valores sociais, resta indubitado que o discurso processual só é constitucional se respeita o indivíduo como protagonista de sua existência. Afinal, quanto mais “bombardeado” por perspectivas diversas forem os objetos cognitivos do processo, mais legítima será a norma-decisão emitida pelo Estado-Juiz.

A propósito, apesar de muitas tentativas dos governos brasileiros no sentido de restringir a legitimidade e a eficácia territorial das demandas coletivas, imperioso é reconhecer-se que tem havido vitórias e amadurecimento teórico no sentido de promover-se uma maior sensibilização democrática. Para se ratificar a assertiva, basta lembrar-se de que, pelo menos topicamente, a intervenção de terceiros nos diálogos processuais (seja de natureza individual e coletiva, seja de caráter difuso) vem sendo mais comuns, mediante as alterações ocorridas na legislação mais recente, e com o apoio de uma doutrina que se fortalece.

Nesse diapasão, destaca-se o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno, que, ao fazer análise do *amicus curiae*, ressalta o fato de que, desde antanho, tal figura jurídica vem ganhando cada vez mais relevo em terras brasileiras, elencando uma série de exemplos. Eis alguns deles:

- 1º) A tradicional intervenção do Ministério Público na qualidade de Fiscal da Lei, quando, embora não sendo parte, ingressa no diálogo do processo, a fim de zelar pela legalidade dos atos e pelos interesses de ordem pública (artigos 82 a 84, do Código de Processo Civil);
- 2º) A intervenção obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários nos processos judiciais que incluam discussão sobre matéria de sua atribuição (v. art. 31, da lei que dispõe sobre Mercado de Valores - Lei nº 6.385/1976);

- 3º) A intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (v. art. 118, da Lei nº 12.529/2011);
- 4º) A legitimidade para os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil intervirem, inclusive como assistentes, nos inquéritos e nos processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos profissionais inscritos na instituição (v. art. 49, do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/1994);
- 5º) A possibilidade de o relator de uma ação direta de inconstitucionalidade admitir que órgãos ou entidades manifestem-se sobre a demanda, considerando-se a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (v. art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/1999 e 131, §2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal);
- 6º) A admissibilidade de que “eventuais interessados”, ainda que não sejam partes no processo, venham a manifestar-se durante pedidos de uniformização sobre interpretação de lei federal, quando houver divergências entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação de leis.

Assim, mesmo que por regras esparsas e dispersas, vêm-se permitindo a ampliação de legitimados no discurso jurídico-processual, o que enseja, embora indiretamente, mais participação da vontade dos cidadãos. Aliás, tais permissões têm maior relevo quando se trata de celeuma envolvendo decisões sobre interpretação de leis federais e/ou matéria constitucional.

Nesses casos, a intenção do legislador é clara: compensar o déficit democrático do Poder Judiciário. De fato, como os membros do Judiciário brasileiro não são eleitos, suas decisões, notadamente as que têm repercussão mais genérica ou difusa, sofrem, em princípio, de um “déficit democrático”, o qual pode ser razoavelmente corrigido mediante a oitiva de segmentos diversos e representativos das variegadas estruturas de poder e/ou dos múltiplos interessados na demanda.

Ademais, consoante já se deixou claro, a admissão de uma pletera de perspectivas no diálogo processual oportuniza ao julgador maior possibilidade de cognição sobre o objeto a ser apreciado. Dessa forma, essa colaboração de terceiros (ou *amicus curiae*) vem reforçar as aspirações mais

elogiosas do contraditório e da busca da verdade. Eis a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

Nesse contexto de análise, não há como recusar ser o *amicus curiae* agente do contraditório, entendido em amplitude diversa daquela em que, em geral, nossa doutrina se refere a ele. “Contraditório” no sentido de “cooperação”, de “coordenação”, de “colaboração”- numa leitura generosa do “modelo constitucional do processo civil brasileiro”, mas também – e a partir desta perspectiva de análise – dos artigos 339 e 341 do Código de Processo Civil. “Contraditório presumido”, “contraditório institucionalizado”, contraditório entendido à luz de uma sociedade e de um Estado plural.<sup>162</sup>

Ora, é justamente nessa trilha interpretativa do processo à luz de uma Constituição democrática e plural que Cassio Scarpinella Bueno, acertadamente, preconiza que a admissão mais ampla de terceiros em ações de natureza difusa é automática, independentemente de previsão normativa expressa. Com efeito, se uma decisão atinge interessados diversos e inumeráveis, necessário que o maior número possível de perspectivas cheguem ao conhecimento do Estado-Juiz. É esse o pressuposto para que o pronunciamento judicial atinja, de maneira efetiva, uma legitimação dentro de um discurso jurídico-processual democrático.

A respeito, frise-se que, no alusivo ao direito brasileiro, um longo passo foi dado recentemente, por meio da publicação da Lei Federal nº 13.105/2015, a qual instituiu o Novo Código de Processo Civil no país. Realmente, o novo Estatuto, cuja vigência está prevista para 2016, inseriu um capítulo específico para tratar de *amicus curiae*. *In verbis*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoal natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação<sup>163</sup>.

<sup>162</sup> (Bueno, 2008:132-138).

<sup>163</sup> (Brasil, 2015:37).

Desta forma, houve um reconhecimento direto e amplo em favor desses “colaboradores da corte”, os quais agora podem ser tanto pessoa natural como pessoa jurídica, órgão ou entidade especializada, desde que tenham “representatividade adequada”. Trata-se, pois, de um enorme progresso no sentido da concretização de um processo judicial e democrático, que deve ser festejado, notadamente porque sua eficácia será ainda maior no campo das demandas difusas. De qualquer forma, não é demais gizar-se que a admissão do *amicus curiae*, nos termos do art. 139 do Novo CPC, implica prévio reconhecimento, pelo magistrado, de que o colaborador goza de “representatividade adequada”. Além disso, seus poderes serão delineados e definidos pelo o juiz ou o relator da causa.

A propósito e na mesma trilha, Vicente de Paula Maciel Júnior também já desenvolvia interessante teoria, que merece destaque. Para ele, as ações coletivas deveriam ser encaradas como ações temáticas, ensejando-se uma abertura dialógica, justamente para abranger-se um enorme número de visões de mundo. Desta forma, no decorrer do procedimento de uma ação difusa, dever-se-ia instaurar um momento de discurso entre o maior número possível de representações sociais. Ao oportunizar a legitimidade de terceiros representativos dos diversos interessados, o Juiz colocaria o tema da demanda na berlinda, instaurando um contraditório mais rico e mais amplo, para se atingir uma decisão mais harmônica com os interesses em jogo.

Ora, as compreensões teóricas acima constituem irrefutável avanço, no que tange à participação dos cidadãos em demandas de natureza difusa. Isso porque, ao se permitir que entidades e órgãos diversos, ainda que não sejam partes, integrem o discurso processual, está-se aprimorando-se a legitimidade de cada indivíduo, mesmo que de maneira indireta. Aliás, concepções desse jaez contribuem, positivamente, para fortalecer a sensação de pertencimento que deve investir cada membro de uma sociedade democrática.

Reflexões desse jaez levam, necessariamente, à análise de um instituto que, malgrado tenha origens remotas na civilização, ainda precisa de aprimoramento e de maior eficácia nas organizações humanas hodiernas – a ação popular.

### **8.3 A ação popular no direito brasileiro e suas atuais limitações jurisprudenciais**

Não se pode negar que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil (de 1988) é recheada de normas de direito material, que se harmoni-

zam com os princípios democráticos, sendo, por essa razão, chamada “Constituição Cidadã”.

Dentre o elenco de garantias individuais, o instituto que mais emerge como acesso do cidadão à tutela difusa é a *ação popular*.

Diz o art. 5º, LXXIII:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.<sup>164</sup>

A *ação popular* é regulamentada, desde 1965, pela Lei Federal nº 4.717 e, há de se reconhecer, configurou enorme avanço processual; tanto assim que isenta de custas judiciais e de ônus de sucumbência o seu autor, salvo se comprovada a sua má-fé.

O problema é que o referido instituto, como vem sendo aplicado pela jurisprudência, possui, pelo menos, três inconvenientes limitações:

- I) Apesar de poder ter ampla *causa petendi* (lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural), não se tem sequer cogitado de sua aplicação em causas de inestimável relevância. Assim é que, por exemplo, não se tem admitido ademandar quando se tem por objetivo zelar pela probidade das campanhas eleitorais, ou quando se busca impugnar a aprovação de projetos de leis orçamentárias municipais (onde seria imprescindível a consulta popular);
- II) Não viabiliza ações executivas diretas (v.g de multas e de imputações de débito dos tribunais de contas; de multas penais; de multas eleitorais; de dívida ativa etc.);
- III) Não é cabível quando há ilicitude oriunda de condutas privadas. Assim, havendo um dano ambiental produzido por empresa particular, não se reconhece o ajuizamento da ação popular.

---

<sup>164</sup> (Brasil, 1988:9).

Ocorre que, com a devida vênia, entende-se que a interpretação desse instituto em *terrae brasiliis* tem sido feita de maneira restrita e acanhada, em distorção com as claras intenções da Carta Política.

Explica-se:

- Quando o Texto Constitucional diz que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular destinada a “anular ato lesivo”, há de se reconhecer que tal “anulação” não se restringe à desconstituição formal de uma relação jurídica. Muito mais do que isso, a regra exige a necessidade de se anular o efeito material do ato lesivo.

Se é assim, entende-se como clara a legitimidade do cidadão para oferecer uma demanda popular destinada, inclusive, a uma execução direta, cujo pleito consista, de alguma forma, em ressarcir os cofres públicos. Com efeito, imagine-se a situação em que, por insuficiência de pessoal ou por conivência entre as autoridades, não se execute um título condenatório oriundo de um tribunal de contas (v. caso acima descrito). O que fará o cidadão comum? Será ele obrigado a quedar-se inerte, mesmo quando a Carta Magna lhe assegura o direito de “anular” ato lesivo ao patrimônio público?

Parece claro que, ante um caso dessa natureza, e comprovada a omissão dos órgãos primeiramente legitimados, possa o cidadão agir na defesa do patrimônio público, buscando o seu ressarcimento mediante uma constrição judicial sobre os bens do devedor (o agente condenado pelo tribunal de contas). Nesse caso, entende-se possa o nacional lançar mão de uma ação popular executiva, fundada no título condenatório e na demonstração de que houve inércia das autoridades.

Esclareça-se: é claro ser ideal que, havendo órgãos próprios para agir, o indivíduo inicie a demanda apenas na eventualidade de se manterem omisso tais detentores da legitimidade primeira. Ele agiria, destarte, como supervisor último das posturas do Estado, entidade criada para, em última instância, garantir a plena cidadania de todos. De qualquer forma, se a Constituição reconhece o direito de o nacional “anular ato lesivo ao patrimônio público”, é porque, a toda evidência, reconhece-lhe o direito de anular os efeitos materiais desse ato, inclusive por meio da execução direta de um título, seguido da constrição sobre os bens do devedor do erário. O que não se afigura possível é cerrarem-se as portas do Judiciário quando o cidadão deseja ingressar no discurso jurídico-processual.

Da mesma forma, imagine-se que um candidato com maus antecedentes cíveis e criminais, durante a campanha eleitoral, deseje fazer registro de sua candidatura. Imagine-se, então, que nenhum dos legitimados (demais candidatos, partidos políticos, Ministério Público etc.) impugne tal registro. Pergunta-se: por que teria o cidadão de manter-se inerte quando a Constituição Federal o muniu de uma ação popular destinada a anular atos lesivos à moralidade administrativa?

E não é só! Ante a elaboração de uma lei orçamentária municipal em atropelo às exigências de prévias audiências públicas, por que não se poderia admitir uma ação popular para impugnar tal projeto de lei? Não há aí uma clara lesão à moralidade administrativa?

Em suma, aqui se defende que a ação popular, em um regime democrático, e mais especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, deva ser recepcionada e compreendida como instituto de amplíssima abrangência, exatamente porque outro não pode ser o desiderato da Constituição Federal.

No caso da Carta Política brasileira, fica clara a proteção que o art. 5º, LXXIII desejou dar ao “patrimônio público”, “à moralidade administrativa”, “ao meio ambiente” e “ao patrimônio histórico e cultural”. De fato, se foram empregadas expressões de conceito tão elástico, por que reduzi-las a uma interpretação estrita? Afinal, não é verdade que qualquer prejuízo à saúde pública atinge o “patrimônio público” e/ou a “moralidade administrativa”? E o que dizer-se de um ato que ponha em xeque a educação pública ou mesmo a saúde financeira do Estado?

A jurisprudência no Brasil, entretanto, tem procedido mal em termos hermenêuticos, porque vem dando crédito demasiado à Lei de Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965), ao tempo em que se olvida das aspirações do Texto Constitucional. De fato, parece claro que se tem compreendido a Constituição a partir da lei (que lhe é anterior e inferior), em detrimento de uma concepção mais harmônica com os imperativos de uma sociedade plural e democrática. Para se ratificar a assertiva, basta observar-se que as interpretações feitas sobre o instituto da ação popular são sempre feitas com base na literalidade das regras da Lei nº 4.717/1965 e na vetusta jurisprudência que a consolidou e que precede a Nova Ordem Constitucional.

As únicas balizas restritivas só podem existir a partir do Texto Constitucional e, não, data vênia, de uma visão obtusa e antidemocrática. Por exemplo, não seria mesmo possível admitir-se que um cidadão ofereça ação popular

para anular uma lei já aprovada, salvo se ela tiver efeito concreto e específico. É que a interpretação do aludido art. 5º, LXXIII esbarra no teor do art. 102, I da mesma Carta Política, a qual, expressamente, conferiu legitimidade para as ações diretas de inconstitucionalidade a um grupo seletivo de órgãos (I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.)

Relembre-se, aqui, das lições de Gadamer, para quem, ao se interpretar um texto, deve-se buscar libertar-se da “pré-compreensão”, advinda da tradição. Com efeito, observa-se que aplicação do instituto da ação popular no direito brasileiro ainda está muito presa às concepções elaboradas antes da Constituição de 1988. Faz-se mister, portanto, levar-se em consideração, a Nova Ordem Jurídica, bem como o espaço e o tempo de sua incidência. Isso, é claro, sem se olvidar de que o ato hermenêutico é, naturalmente, criativo, embora, sempre, limitado pelos contornos definidos pelo próprio texto constitucional. O que não se admite, frise-se, é a construção de balizas artificiais, notadamente quando, tratando-se de regras constitucionais, busca-se retirar a sua máxima eficiência teleológico-social.

#### **8.4 Em prol de um novo conceito de contraditório**

Segundo já visto o homem, como uma “pré-sença” (Da sein) compreende qualquer objeto de análise a partir de elementos tradicionais que o precedem. O seu entendimento não parte de um nível zero, de forma que, antes de ele ter contato direto com o objeto especificamente a ser apreciado, muitos conceitos (e pré-conceitos) já lhe foram incorporados.

Pois bem, ao ter contato com um litígio, um julgador, naturalmente, possui ideias preconcebidas sobre aspectos da demanda. Tais ideias encontram-se em nível psicológico e, confrontando-se com o objeto sob análise (de dimensão ontológica), geram uma imagem (de nível lógico). Ocorre que a imagem primeira sofre reformas e/o atualizações ao longo do contraditório, por força dos argumentos e dos elementos de prova apresentados pelas partes, assim como por força da contínua revisitação que o julgador faz sobre o próprio objeto.

É claro que, em um processo orientado pelo princípio inquisitivo, o julgador, por controlar mais o procedimento e por tomar mais atitudes isoladas ou de ofício, mantém várias “zonas cinzentas” na sua compreensão. De fato, ainda que imagine o juiz-inquisidor ter conhecimento do objeto, encontra-se ele, tão-somente, na situação de mero prisioneiro de sua “pré-compreensão” e ignorância.

É por isso que, cada vez mais, vem-se robustecendo a concepção de que o processo deve ser regido pela cooperação entre as partes. O magistrado, antes de emitir qualquer decisão, deve ouvir os integrantes da demanda, a fim de ensejar-lhes o direito de influir no seu pronunciamento; afinal, conquanto seja o Juiz o emissor do ato decisório, não é ele onisciente.

A propósito, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que se encontra em estado de vacância e cuja vigência está prevista para o ano de 2016, elevou a referida concepção ao patamar de regra, fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.<sup>165</sup>

Ora, se é assim no processo civil clássico, a exigência do “contraditório-cooperativo” tem que ser ainda maior quando se tratar de demanda de caráter difuso. Neste caso, há de se entender que, independentemente de lei, o magistrado pode (e deve) ensejar a participação de diversas entidades representativas dos mais variados pontos de vista sobre a demanda. Há, então, que se viabilizar a instauração de uma “mesa de debates”, na qual distintas perspectivas sobre o litígio sejam averiguadas, a fim, justamente, de permitir-se ao julgador deixar-se interpelar pelo objeto da demanda segundo múltiplos prismas.

Mais do que isso, entende-se que, quando se tratar de ações difusas cujos objetos coincidam com os da ação popular, caso inexista entidade representativa de determinado ponto de vista divergente, nada impediria que o julgador oportunizasse a um cidadão que ingressasse no discurso jurídico-processual, para atuar em nome daqueles interessados que ainda não têm representatividade.

É claro que, a princípio, tal ideia pode trazer rejeição, alegando-se falta de lei expressa ou dificuldades operacionais. Acontece que, em última instân-

---

<sup>165</sup> (Brasil, 2015:2).

cia, as reações ortodoxas são, na realidade, fruto da dificuldade de se reavaliarem conceitos, justamente em virtude de tais críticos estarem ainda muito presos às “pré-compreensões” cristalizadas ao longo de toda a sua formação e experiência jurídicas.

Em suma, preconiza-se, a viabilização de uma efetiva “inteligência coletiva”, com o fortalecimento da “engenharia do laço social” (nos termos de Pierre Lévy), mormente quando se observa o crescimento rápido da cibernética no campo jurídico, com a admissão, cada vez maior, dos processos eletrônicos.

De fato, a admissão de um “contraditório-cooperativo” em demandas difusas traz muitas vantagens, tais como:

- 1ª) Enseja maior participação do cidadão, seja ela direta ou indireta, incrementando-se a sensação de pertencimento que tem sido tão esquecida nas sociedades pós-modernas. Aliás, é exatamente pela ausência desse caráter cívico que se tem assistido, com tristeza, ao isolamento do ser humano a uma dimensão consumerista e egoísta, tornando-se alheio a tudo o que implica publicidade, altruísmo e justiça social;
- 2ª) Amplia o campo de visão do julgador, oportunizando-lhe maior conhecimento do litígio;
- 3ª) Robustece a ideia do processo como caminho para a legitimação das decisões judiciais, na trilha das concepções de Luhmann.

Em síntese, urge que os magistrados adotem, cada vez mais, procedimentos que estimulem a construção de um sistema jurídico aberto, dialógico e legitimador, capazes de incrementar a sensação de pertencimento que deve investir cada átomo do corpo social. O efeito irá para além do Estado, até atingir-se, de forma positiva, as múltiplas dimensões de poder.

É claro que a previsão em lei de tais etapas no processo seriam bem-vindas. Não obstante isso há de se reconhecer que, por si só, os princípios constitucionais democráticos, harmônicos aos imperativos de uma sociedade pluralista, têm eficácia imediata, prescindindo-se de lei expressa. Desta forma, não se vislumbra qualquer problema no robustecimento do “contraditório-cooperativo” desde logo, o qual acarretaria tantos benefícios de ordem jurídica, social e política.

## CONCLUSÃO

Observou-se que o homem, sendo dotado de inúmeras necessidades, vê-se, permanentemente, compelido a satisfazê-las. Desta forma, motivado pelo desejo atávico de transmitir sua herança genética, e na busca da autorrealização, o indivíduo, ciente de que não pode bastar a si mesmo, une-se a seres da mesma espécie, dando origem às organizações humanas.

Ocorre que, mesmo em grupo, as necessidades e os interesses permanecem (e até se ampliam); logo, a tendência de cada pessoa é lançar-se na empreitada de satisfazê-los. Nesse impulso, tenta manipular o meio, assim como os semelhantes, dirigindo comportamentos e atividades em favor próprio. O fenômeno, a propósito, constitui o nascedouro da ideia de poder e, com ele, surge a busca para se manterem relações sociais com trocas desiguais, formando-se, nas sociedades, dimensões ou espaços-estruturais, que, a toda evidência, extrapolam o âmbito estatal, para atingir outras múltiplas instituições.

Também ficou assinalado que os espaços-estruturais (de que fala Boaventura de Sousa Santos), embora se disponham como constelações autônomas, mantêm entre si uma relação de influência recíproca e, até mesmo, de interdependência. Desta forma, cada estrutura tanto sofre como exerce influência em relação às demais. O fenômeno, a propósito, é mais destacado nas modernas sociedades capitalistas hodiernas, donde se sobressaem, como instituições, a família, a fábrica, o mercado, a comunidade, o Estado e o sistema interestatal.

A partir desse contexto, fica claro que qualquer forma de poder, inclusive em autocracias, precisa assegurar um mínimo relacionamento dialógico entre as instituições. É que os dominados e/ou as demais constelações somente permitirão a continuidade do domínio se o reconhecerem como legítimo; e isso apenas é possível mediante a acomodação do respectivo “espaço-estrutural” às exigências das outras dimensões de poder. A propósito, lembre-se de que, sendo notório o fenômeno recente da globalização, fica clara a importância da referida interdependência e do mínimo diálogo entre aqueles que se pretendem manter no poder político do Estado; afinal, até o espaço mundial assim o exige. Desta forma, ainda para aqueles que, sendo demasiadamente poderoso em seu rincão, desejassem menosprezar as referidas influências sociais, não poderiam eles escapar das pressões advindas da seara internacional.

Todas as tensões de forças, oriundas da sociedade, terminaram por desaguar na confecção e na interpretação de regras jurídicas, tendo-se em vista

o fato de que, após revoluções burguesas, a lei surgiu como o principal mecanismo ideológico do poder. Saem de cena os apelos teológicos (próprios da legitimação tradicional), bem como os apelos carismáticos, e entra no palco a construção de um discurso racional-legal. O Direito oriundo do Estado (embora não se desconheça a importância das demais fontes jurídicas sociais) assume o papel de instância formalmente “legítima”, para justificar o poder. De fato, desde que arrimados na lei validamente construída, os vários espaços-estruturais sentem como justificados os “intercâmbios-desiguais” mantidos dentro de suas dimensões.

Nesse contexto, cresce a importância, obviamente, da atuação do Judiciário, como porta-voz dos valores éticos das complexas sociedades modernas, seguido da valorização do procedimento como instrumento legitimador. É que, pelo menos quando se fala em um Estado de Direito, torna-se imperiosa a formação de órgãos oficiais, para onde se destinam os litígios não solucionados espontaneamente, dentro da rede de dimensões de poder. Os magistrados e os demais operadores jurídicos, efetivamente, incorporam enorme função estratégica na interpretação das aspirações coletivas – motivo por que se torna cada vez mais importante ampliar o universo de contato dos juizes com a sociedade, viabilizando-lhes melhor sentir o espírito do povo, a fim de se evitar o que Habermas aponta como “faticidade artificial”.

Outro aspecto a ressaltar é que, em sua atividade hermenêutica, o Judiciário não se limita a buscar a “intenção legislativa”. Em verdade, descobrir o objetivo do legislador consiste em tarefa inglória, seja por que o estudo semântico do texto leva a resultados incertos, seja porque a investigação psicológica sobre a “vontade do parlamento” é uma empreitada impossível, seja, ainda, porque o direito, efetivamente, aparece apenas ante o caso concreto. Diante disso, há de se reconhecer ter o magistrado o poder-dever de, na aplicação da regra, utilizar argumentos de natureza política, libando suas conclusões, notadamente, no Texto Constitucional, onde o mundo jurídico encontra-se com o político. Destarte, e para tanto, deve o Juiz fundar-se na construção de um discurso racional, desde que ele tenha como balizas os parâmetros legais. Ao assim proceder, o sistema de Justiça não está agindo contra a democracia; ao revés, está funcionando, a um só tempo, como contrapeso aos *lobbies* presentes no Legislativo e como espaço discursivo para as minorias, bem como se apresentando como instância asseguradora de um “mínimo ético social” (na defesa dos direitos fundamentais). Na realidade, considerando o crescente número de

temas polêmicos sobre os quais os legisladores não desejam expressar-se, essa interpretação política das normas emerge como inevitável atividade na consolidação do Estado de Direito e da própria democracia.

Pois bem, se a justificação por meio de um discurso racional é imprescindível, para legitimar todas as dimensões de poder, mais ainda ocorre quando se trata do âmbito jurídico-processual. É que, como lembra Alexy, não obstante este seja marcado, geralmente, pela busca da vitória pelos litigantes, há de se reconhecer que também nele estão presentes os elementos caracterizadores de um discurso. Com efeito, apesar de não se poder falar em uma “situação ideal” de Habermas (para quem o processo é mero “empreendimento estratégico”), há, na relação jurídico-processual, efetivamente, uma exigência de correção. Afinal, os argumentos aí expostos têm de observar a lei válida como baliza, assim como têm de ser capazes de justificar o pleito que desejam ver acolhido. Aliás, não só no alusivo às partes; mas, especialmente, no que tange ao magistrado, deve existir uma preocupação significativa em justificar o teor dos argumentos exposto, pelo menos em qualquer Estado de Direito. É que, se assim não agir, o juiz poderá testemunhar, mui facilmente, a nulidade de seu pronunciamento.

Outro aspecto a ressaltar é que a argumentação jurídica, construída ao longo de um processo, especialmente a que decorre do pronunciamento judicial, deve também obedecer aos anseios sociais. De fato, embora o magistrado possa desconsiderar, em um caso específico, essas aspirações coletivas, a repetição de decisões de mesma natureza implicará o descrédito do Judiciário e, conseqüentemente, a fragilidade da legitimação do próprio Estado.

Destarte, ao desejar a manutenção de seu poder, e ao saber da forte instrumentalidade ideológica da regra jurídica, os governantes (e todos os que, mediante as múltiplas dimensões de poder, têm acesso maior ou menor ao controle estatal) buscam manipulá-la. É que fixar as balizas legais implica gerar restrições à argumentação jurídico-processual.

Como se não bastasse, a “estratégia” ainda é reforçada pelo discurso de que se encontra em um “Estado de Direito”; ou, de forma mais maliciosa, sob um “regime democrático”. Para tanto, criam-se inúmeras leis de direito material, as quais, todavia, na prática, podem ter seu efeito muito reduzido pelas de direito processual. Em síntese, o ordenamento, muitas vezes, “dá com uma mão e retira com a outra”. Assim, repise-se: é exatamente nos meandros das regras processuais que se oculta, maliciosamente, um forte embuste ideológico, cuja

eficácia, muitas vezes, não chega nem a ser percebida por muitos dominados. É o que ocorre, principalmente, através do instituto da legitimidade processual.

Explica-se:

- Como se viu no decorrer do estudo, a legitimidade para o processo termina por se constituir em verdadeiro “filtro” de acesso ao Judiciário, mormente quando se trata das demandas de natureza difusa. Com efeito, para ingressar no diálogo jurídico que envolve inestimáveis temas difusos, muitas vezes, os ordenamentos pátrios elegem entidades, pessoas ou órgãos específicos, sob a alegação de que são mais “capacitados” ou mais “legítimos”, em detrimento do cidadão comum. Ao assim agir, o Estado constrói um “discurso competente”, de modo que os contribuintes “ordinários” são, em geral, alijados da possibilidade de influir na atuação dos espaços-estruturais de poder.

A propósito mais especificamente das ações coletivas, e mediante um estudo de direito comparado, observou-se que: a) alguns países não chegaram sequer a construir um sistema processual coletivo, defendendo inexistir diferença ontológica entre esse tipo de demanda e as individuais (v.g. Espanha); b) muitos outros, especialmente os insertos na *common Law* (v.g. Estados Unidos) adotam, tradicionalmente, restrição à legitimidade nas *class actions*, mediante a exigência da *adequacy of representation*; c) mesmo aqueles cujo acesso dos cidadãos tem sido mais amplo, no que tange à defesa de interesses difusos ou coletivos, tendem, atualmente, a adotar também o critério da representatividade adequada (v.g. o Brasil).

É claro que, no âmbito brasileiro, não se desconhece estar havendo avanços, todavia estes são bastante acanhados, haja vista que, além de serem pontuais, têm por base conceitos e ideias do processo individual clássico; tanto assim que, a um só tempo, segue-se adotando as concepções da “representatividade adequada” e limitam-se, de uma maneira geral, as perspectivas discursivas a um contraditório firmado entre um autor e um réu, olvidando-se de que, amiúde, existem inúmeras perspectivas em jogo, quando se trata de demandas difusas. Além disso, mister se faz destacar que a participação do cidadão em tais processos é restrita, mesmo quando se trata de uma ação popular, porquanto tem sido ela sempre restringida por interpretações que desconsideram os anseios mais modernos da Constituição Federal de 1988. Essa, aliás, é a conclusão a que se chega a partir dos casos analisados ao longo do presente estudo.

Pois bem, válido aqui repisar-se não se desmerecer a importância da atuação de entes e de órgãos (públicos ou privados) no sistema democráti-

co. Com efeito, seria impossível que todos os contribuintes, envolvidos com as suas necessidades quotidianas, transmudassem-se em paladinos do interesse público, passando a, de forma ininterrupta, zelar pela tutela coletiva. Se há autoridades e entidades destinadas para fazê-lo, tanto melhor. O que não se pode admitir, repise-se, é que, ante a inércia dos órgãos ou das pessoas formalmente autorizadas, ou ante casos mais complexos (que atinjam interessados segundo perspectivas diversas em um litígio de natureza difusa) restrinja-se a atuação a poucos privilegiados, mormente ao arrepio dos cidadãos, autênticos interessados e destinatários últimos das decisões judiciais.

A respeito é bom lembrar-se (com Friedrich Müller) de que, na realidade, a norma jurídica surge do caso concreto; ou seja, a partir da fusão do âmbito do texto com o âmbito da norma. Assim, em última instância, salvo quando as determinações da lei são cumpridas sem resistência, o direito apenas surge após atravessar o discurso do processo, o qual, na realidade, configura uma instância de validade para a constituição do verdadeiro direito, por meio de uma sentença e da execução da mesma. É nesse contexto que o Juiz vai construir o direito, confrontando o texto com as suas próprias perspectivas e com as perspectivas das partes integrantes do discurso jurídico-processual.

E como fazê-lo?

Para se responder ao questionamento, volveram-se os olhos para a própria maneira como o ser humano, e mais especificamente um magistrado, pode conhecer o objeto de um litígio. A respeito, com base em Hessen, discorreu-se acerca de como se dá o ato cognitivo. Na ocasião, reavaliaram-se os postulados das escolas dogmáticas e céticas, passando-se pelo criticismo de Kant, até se alcançarem as lições da hermenêutica filosófica, firme em Heidegger e em Gadamer.

Desta forma, tornou-se possível observar-se que, na realidade, o sujeito não se aproxima do objeto a partir de um “marco zero”. Antes mesmo que o observador faça sua apreciação, está ele inarredavelmente investido de uma “pré-compreensão”, que remonta à tradição e à maneira como ver a vida.

O magistrado, assim, ao se aproximar do litígio, já possui uma imagem acerca de vários conceitos que serão manipulados no discurso processual, bem como acerca de uma possível solução, inclusive baseado em precedentes e/ou em súmulas de tribunais. Ocorre que sua primeira imagem é sempre limitada pela capacidade humana e, por isso, deverá sofrer, de maneira obrigatória e benéfica, várias reformas ao longo do contraditório, permitindo-lhe aproximar-se do litígio segundo outras perspectivas.

Ora, nos processos em que se discutem questões entre dois interessados, percebe-se que, para o Juiz, torna-se fácil conhecer os interesses em jogo, os quais coincidem com as vontades individuais. No máximo, se a lei vislumbrar alguma repercussão social, exige-se, no Brasil, a intervenção do Ministério Público, que atuará como fiscal da lei; mas, de uma maneira geral, as perspectivas a serem apreciadas restringem-se aos pontos de vista das partes diretamente atingidas. Por outro lado, nos processos coletivos tocantes a associações, o fenômeno da apreciação da lide é mais complexa. É que, em razão de haver significativo número de interessados, a formação da vontade dependerá de um procedimento deliberativo, segundo regras estatutárias próprias, às quais todos os membros associativos se vincularam previamente. Nesse caso, a entidade fala em nome de todos os seus integrantes, porque, a princípio, os interessados se submeteram à regra de formação da vontade do grupo. Desta forma, a “vontade da maioria” irá prevalecer como expressão do interesse coletivo, ainda que, na realidade, não represente a “vontade de todos”.

Pois bem, se é assim, a complexidade aumenta mais ainda quando se trata da formação de uma “vontade difusa”. É que, nestes casos, os interessados não são sequer identificáveis. Desta forma, toda designação fechada de legitimados específicos para a demanda apresenta-se como medida artificiosa e antidemocrática. De fato, ao se restringir o litígio apenas a um autor e a um réu, mesmo que tenham eles “representação adequada” (adequacy of representation), está-se alijando do diálogo um sem-número de perspectivas que poderiam e deveriam ser levadas em conta. Afinal, por mais empenho que apresentem na ação, muitas vezes, tais entidades (ou órgãos) não serão capazes de manifestar os diversos interesses em jogo. Logo, os ausentes do processo não poderão influenciar na formação da imagem do magistrado acerca do objeto do litígio. Eis aí um “discurso competente” e segregador, nos moldes criticados por Marilena Chauí.

Desta forma, a solução nos processos de conhecimento de natureza difusa teria de advir da formação de uma “mesa redonda” dentro do rito processual. Nesse passo, o Juiz admitiria (ou notificaria) representantes de interesses diversos, que ingressariam na qualidade de verdadeiros *amicus curiae*, apresentando pontos de vista novos, que jamais poderiam ser expostos pelas entidades inicialmente integrantes do discurso jurídico-processual. Além disso, quando se tratar de ações cujo objeto coincidam com os limites constitucionais de uma ação popular, o magistrado deveria aceitar (ou convocar) cidadão

para manifestar-se em nome dos ausentes, sempre que seu interesse não esteja (ou não possa estar) representado pelas entidades que já se encontrem no diálogo da demanda.

É claro que o Juiz deverá demarcar o prazo para a habilitação dos interessados, bem como para avaliar quem será representante, decidindo motivadamente o caso. O que não se pode admitir é que o magistrado exclua manifestações sem fundamento, desprezando-se o direito de que todo cidadão (direta ou indiretamente) tenha seu interesse representado.

A propósito, diga-se que, embora não seja possível ouvir cada interessado em uma demanda difusa, a solução referida, na trilha de Cassio Scarpinella Bueno e de Vicente de Paula Maciel Júnior, possibilita a formação de um novo conceito de contraditório: o aqui denominado contraditório-cooperativo. Por meio dele, enriquece-se o discurso jurídico-processual, oxigenando-o com ares democráticos.

Outro aspecto gizado ao longo da investigação disse respeito à necessidade de se conferir maior abrangência à aplicação da ação popular no direito brasileiro. Com efeito, respeitados os limites constitucionais, há de se admitir demanda desse jaez para, por exemplo, impugnar-se um registro de candidato que tenha várias condenações judiciais por improbidade administrativa (“candidato ficha-suja”); ou para barrar-se procedimento legislativo que vise à aprovação de uma lei orçamentária municipal sem prévia consulta popular; ou, de modo geral, para impugnar-se qualquer ato ou procedimento que viole o meio ambiente, a moralidade administrativa ou o patrimônio público, inclusive os de oriundos da iniciativa privada.

E, finalmente, apregoa-se aqui a plena possibilidade de ajuizar-se uma ação popular de execução direta, fundada em títulos condenatórios, na busca de reparar-se um dano causado ao erário todas as vezes em que as autoridades e órgãos oficiais mostrarem-se omissas.

Logo, como visto, todas essas soluções apresentam-se como o resultado de uma nova concepção do instituto da legitimidade jurídico-processual em demandas que toquem interessados difusos. É que tal instituto somente pode ser compreendido em um Estado Constitucional Democrático a partir do reconhecimento de um sistema jurídico aberto, de representação subsidiária. Nele, a omissão de um legitimado primeiro implicará a automática habilitação de um outro interessado, tendo-se, sempre, nessa cadeia legitimante, o cidadão em geral como último elemento ativador do discurso processual. Ao assim se

proceder, estar-se-á não somente agindo conforme os imperativos da democracia; mas, também, oportunizando-se ao indivíduo tornar-se um protagonista de sua própria existência.

Em sendo assim, resta claro ter-se alcançado o objetivo precípua do trabalho, que consiste em analisar-se como os fatores sociais de poder têm repercutido no conceito de legitimidade jurídico-processual em demandas de natureza difusa. De fato, nas sociedades hodiernas, pelo menos onde se tem preconizado a importância de um Estado Constitucional Democrático, resta claro que a regra jurídica (como dado objetivo de entrada para a formação da norma) apresenta-se como estuário para todos os fluxos difusos de tensão, oriundos das múltiplas estruturas de poder. A lei material e a lei processual, assim, são utilizadas pelas forças sociais dominantes, tal como se fossem dois objetos manipulados por hábeis mãos de um mágico. Numa primeira cena, assiste-se à expedição de regras jurídicas de direito material, que, notadamente quando tratam de questões difusas, são expedidas à mancha, para saciar os reclamos daqueles que não participam do *establishment*. Numa segunda cena, porém, emergem, de maneira sorradeira, as regras de direito processual, maliciosas e cuidadosamente esculpidas, para retirar o efeito das primeiras leis. Neste caso, o instituto da legitimidade jurídico-processual apresenta-se como guardião da vontade dominante, alijando do “discurso competente” todos aqueles que podem obstaculizar seus anseios de poder. A propósito, ressalte-se que a legitimidade processual é de extrema relevância, porque: 1º) o direito não pré-existe ao processo, mas é o resultado normativo da conjugação da regra/lei (dado de entrada) com a apreciação do contraditório; e 2º) o processo é construído dentro de um procedimento, no qual somente atuam as pessoas legítimas (autorizadas) a fazê-lo. Logo, a forma viável de se evitar essa armadilha ideológica é reconhecer-se (por ser imperativo) o aumento do espectro de interessados no chamado contraditório-cooperativo, único harmônico ao perfil das demandas difusas. Aliás, ao se tomar tal providência, assegura-se, inclusive, que o juiz tome ciência dos variegados prismas advindos do meio social, ensejando-lhe maior conhecimento e certeza sobre a norma jurídica a ser construída e, simultaneamente, evitando-se que o julgador faça, simplesmente, imperar a vontade caprichosa de um “legitimado oficial” ou, o que seria mais grave, aplicar a sua própria vontade (ou moral pessoal) de magistrado. Em suma, há de se aceitar (e de se exigir) a participação de perspectivas múltiplas na formação do direito (quando se tratar de processo de conhecimento) ou pelo menos de

legitimações subsidiárias (quando se tratar de processo de execução). Em tais casos, a propósito, necessário assegurar-se para agir, de forma complementar, não apenas instituições oficiais de defesa da cidadania (v.g Ministério Público), mas também entidades da sociedade civil e o próprio cidadão, desde que autorizados a tanto, nos termos das respectivas Constituições.

Deve-se, por fim, esclarecer-se que, ao se reconhecerem tais postulados, não se está aqui ressuscitando a visão sociológico-constitucional da Ferdinand Lassale, para quem a Carta Política escrita termina por ser preterida pela Constituição Real (advinda dos fatores sociais de poder). Não! Embora se reconheça, porque é indiscutível, que os fatores sociais repercutem no processo e no conceito de legitimidade processual, busca-se aqui, justamente, assegurar-se o cumprimento de um preceito constitucional fundamental em todas as Cartas modernas, qual seja, o respeito ao contraditório. Isso porque não se pode trabalhar tal conceito da mesma forma quando se trata de duas realidades tão distintas: o processo individual clássico e o processo difuso. Neste, frise-se, o conhecimento, tal como dito alhures, há de ser mais amplo (em prol de um contraditório-cooperativo), ensejando-se a participação ativa de um sem-número de interessados, a fim de alcançar-se a construção jurígeno-normativa mais adequada. Não obstante isso, tal construção há de ser realizada dentro das balizas legais e das aspirações constitucionais, promovendo-se a harmonia do “programa da norma” com o “âmbito da norma”, na operacionalização de um sistema jurídico aberto e democrático.



## REFERÊNCIAS

Adeodato, JM. A concretização normativa: estudo crítico. In: \_\_\_\_\_. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva; 2002.p. 240. (cap. 11).

Alexy, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. tr. Z. H. S. Silva. São Paulo: Editora Landy; 2001. p. 211-212.

Aristóteles. *A política*. tr. R L Ferreira. São Paulo: Martins Fontes; 1998. p. 122. (livro IV, cap. I, 1289b).

Aristóteles. *A política*. Direitos exclusivos sobre as traduções. São Paulo: Editora Nova Cultural; 2004. p. 147.

Aristóteles. *Ética a nicômaco*. tr. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret; 2014. p. 23.

Bello Filho, NB. *Sistema constitucional aberto*. Belo Horizonte: Del Rey; 2003. p. 211.

Bermudes, S. Iniciação ao estudo do direito processual civil. Revista Rio. 1973(7):28. In: Theodoro Júnior, H. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2004. p. 110-113.

Bobbio, N. *A era dos direitos*. tr. C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus; 2004. p. 54-55.

Bonavides, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros; 2013. p. 632.

Boulos Júnior, A. *História sociedade e cidadania*. São Paulo: FTD; 2012. p. 64

Brasil. *Novo Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal; 2013. p. 30-43.

Brasil. *Código Penal*. São Paulo: Rideel, 2009. p. 38.

Carnelutti, F. *Instituições do processo civil*. v.I. tr. A. S. W. Batista. São Paulo: Classic Book; 2000. p. 518.

Chauí, M. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 12. ed. São Paulo: Editora Cortez; 2007. p. 19.

Cintra, ACA; Grinover, AP; Dinamarco, CR. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros; 2010. p. 271.

Costa, AS. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade; direito processual eleitoral. comentários à lei eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey; 2002. p. 567.

Costa, T. *Recursos em matéria eleitoral*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2004. p. 178-179.

Darwin, C. *A Origem das espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela vida*. São Paulo: Editora Escala; 2003.p. 19-21.

Didier Jr., F. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v.1. 8. ed. Salvador: Edições Podium; 2007. p.197.

Dreier, R. "Recht und Moral". 1981. In: Habermas, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. tr. F B Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro; 2003. p. 51.

Dworkin, R. *Uma questão de princípio*. tr. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes; 2001. p. 78.

Fenoll, JN. *Jurisdicción y proceso*. Madrid: Ed. Marcial Pons; 2009. p. 724.

Foulcault, M. *A microfísica do poder*. tr. R. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1984. p. 7-8.

Foulcault, M. *A microfísica do poder*. tr. R. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal; 2008. p. 75.

Gadamer, HG. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. tr. F P Meurer. Petrópolis: Editora Vozes; 1999. p. 318-319.

Gidi, A. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. University of Houston: Public Law and Legal Theory Series; 2004. p. 61.

Grinover, AP; Watanabe, K; Mullenix, L. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e de Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT; 2008.p. 264.

Guarinello, NL. Cidades-Estado na antiguidade clássica. In: Pinsky, J. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto; 2003. p. 30-33.

Habermas, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. tr. F Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro; 2003. p. 66-67.

Heidegger, M. *Ser e tempo*. tomo I. tr. M. S. C. Schuback. Petrópolis: Editora Vozes; 2005. p. 58.

Larenz, K. *Metodologia da ciência do direito*. tr. J. Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1997. p. 105-107.

Lefebvre, G. *1789: o surgimento da Revolução Francesa*. tr. Cláudia. Schilling. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra; 2008. p. 46-47.

Lévy, P. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. tr. L. P. Rouanet. São Paulo: edições Loyola; 1999. p. 79.

Lucas, J; Añon, M. *Necesidades, razones, derechos*. Alicante: Biblioteca Virtual de Cervantes, 2001. p. 61.

Luhmann, N. *Legitimação pelo procedimento*. tr. M. C. Córte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 1980. p. 53.

Maciel Júnior, VP. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr Editora; 2006. p. 42.

Maquiavel, N. *O príncipe*. Direitos exclusivos sobre as traduções. São Paulo: Editora Nova Cultural; 2004. p. 106-107.

Miranda, P. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; 1995. p. 20 (do prólogo).

Müller, F. *Teoria estruturante do direito*. tr. P. Naumann e E. A. Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2008. p. 28-29.

Passos, JJC. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.III. Rio de Janeiro: Ed. Forense; 1989. p. 17.

Reale, M. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva; 1987. p. 57.

Rocha, JA. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Atlas; 2009. p. 19.

Rousseau, JJ. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. tr. L. S. Machado. Introdução e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural; 2005. p. 87.

Santos, BS. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez; 2009. p. 265.

São Paulo. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado; 2004. p. 185.

Sarmiento, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris; 2006. p.185.

Streck, LL. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2014. p. 21-29.

Weber, M. *Economia e sociedade*. v.I. tr. R. Barbosa e K. E. Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014. p. 33.

Theodoro Júnior, H. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2004. p. 114.

Touraine, Al. *O que é a democracia?* tr. D. B. Versiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes; 1994. p. 35.

Vasconcelos, A. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros: São Paulo; 2002. p. 13.

### **Fontes – Periódicos**

Dahl, R. "La Democracia". *Encyclopaedia Britannica*, 2004;11-55.

García, MC. Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidade del legislador. *Plataforma Dialnet – Anuario de Filosofia del Derecho*. 1986;(3):101-132.

García, MC. Cabe el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho? *Plataforma Dialnet – Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 2010;(44):371-394.

Maslow, AH. "A Theory of Human Motivation". *Psychological Review*. 1943;50(4):364.

Northfleet, EG. "É o poder menos corrupto". *Veja*. 2011;(35):19-23.

Portela, F; Lopes, P. "Como aumentar o peso do seu voto". *Veja*. 2011;2233(36):78-84.

Rubio, DS. Sobre el concepto de historización - Una crítica a la visión sobre las de-generaciones de derechos humanos. *Praxis: Revista del Departamento de Filosofía*. 2011;(67):9-22.

Silva, JCB. "A complexa questão dos direitos das minorias e a efetividade de sua tutela no plano individual coletivo". *Revista Páginas de Direito*. 2007;7(586):1.

## Fonte – Meio Magnético

Die Welle. *Produção de Dennis Gansel*. [DVD - 102 min.]. München: Constantin Film; 2008.

## Fontes – Internet

Bíblia online. *João 14:6*. 8 jul. 2012. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/jo/14>.

Brasil. Presidência da República. *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009*. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regula os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regula os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da

política urbana e dá outras providências. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004*. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPOR-TO; altera as Leis nos 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11033.htm).

Brasil. Presidência da República. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm).

Brasil. Presidência da República. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm).

Brasil. Presidência da República. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm).

Brasil. Presidência da República. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm).

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 24.041-DF*. Rel. Min. Nelson Jobim, 29.8.2001.(MS-24041).[Internet].[citado 2015 out. 06]. Disponível em: [www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo239.htm](http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo239.htm).

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.487-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello (julgamento: 01/08/2001; publicação: DJ: 14/08/2001. Partes: Miro Teixeira e outro x Presidente da Câmara dos Deputados).[Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [stf.jusbrasil.com.br/.../14819733/mandado-de-seguranca-ms-22487-df-st](http://stf.jusbrasil.com.br/.../14819733/mandado-de-seguranca-ms-22487-df-st).

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ARE 823343 RO*. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 08/08/2014. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25235785/recurso-extraordinario-com-agravo-are-823343-ro-stf>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública*. 07 maio 2015. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=291085>.

Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE nº 21.218, de 26.8.2003*. Rel. Min. Peçanha Martins. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/mandato-eletivo/acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo/legitimidade>.

Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE nº 498, de 25.10.2001*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/mandato-eletivo/acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo/legitimidade/eleitor>.

Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE nº 11.835, de 9.6.1994*. Rel. Min. Torquato Jardim. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/mandato-eletivo/acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo/legitimidade>.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2673006420035070003*. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Julgamento: 15/05/2013. Órgão julgador: 2ª Turma. Publicação: DEJT 24/05/2013. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: [tst.jusbrasil.com.br/.../recurso-de-revista-rr-2673006420035070003-267](http://tst.jusbrasil.com.br/.../recurso-de-revista-rr-2673006420035070003-267).

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.109.433-SE*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 28 de abril de 2009. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/?vPortalAreaPai=459&vPortalArea=466&vPortalAreaRaiz=333>.

Brasil. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.391.053-MA (2013/0198693-0)*. Relator: Ministro Humberto Martins (publicada em 1º de outubro de 2013). [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [www.radaroficial.com.br/d/4627783640678400](http://www.radaroficial.com.br/d/4627783640678400).

Brasil. Ministério da Fazenda. *Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004*. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPOR-TO; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras pro-

vidências. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2004/lei11033.html>

Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação nº 8077772010807001 DF*. Relator: João Batista Teixeira. Julgamento: 06/04/2011. Órgão julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 11/04/2011, DJ-e. p. 63. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2011/informativo-de-jurisprudencia-no-211>.

Bueno, CS. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. *Revista da Escola Nacional de Magistratura – Associação dos Magistrados Brasileiros*. 2008(5):132-138. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf).

Diário La Verdad. *PSUV Rezan “Cháves Nuestro*. 02 set. 2014. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: <http://www.laverdad.com/politica/59428-en-el-psuv-rezan-el-chavez-nuestro.html>.

Espanha. Constituição Espanhola. *Ley nº 472, de 1998*. Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>.

Globo. *STF confirma poder de investigação criminal do Ministério Público*. 14/05/2015. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/05/stf-confirma-poder-de-investigacao-do-ministerio-publico.html>.

Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. 2012. p.1-11. [Internet]. [citado 2015 ago. 16]. Disponível em: [www.pucsp.br/.../codigomodelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/.../codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf).

Molina, G. El Comunismo. In: \_\_\_\_\_. *Breviario de ideas políticas*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1986. [Internet]. [citado 2015 set. 16]. Disponível em: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/viajes/indice.htm>.

Queiróz, ALT. *Teorias da horizontalização dos direitos fundamentais*. 2013. [Internet]. [citado 2015 ago. 19]. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal\\_anddoc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_anddoc).

Rio Grande do Sul. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. *Recurso Especial nº 912.849 - RS (2006/0279457-5)*. Rel. Min. José Delgado, em 26.01.2008. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/Jurisprud%C3%Aancia/912849.pdf>.

Santa Catarina. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. *Acórdão TRES n° 20.432*. Relator: Juiz Henry Petry Junior. Florianópolis, SC, 8 de março de 2006. [Internet]. [citado 2015 out. 06]. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/>.







Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-98144-64-1



9 788598 144641



**MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ESTADO DO MARANHÃO**  
Procuradoria Geral de Justiça

