

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR**

ARTHUR LOPES LEMOS

**O “CASO SAMARCO” E A PARTICIPAÇÃO NA TUTELA COLETIVA: NÃO-
DOMINAÇÃO, ESFERA PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO**

VITÓRIA

2018

ARTHUR LOPES LEMOS

O “CASO SAMARCO” E A PARTICIPAÇÃO NA TUTELA COLETIVA: NÃO-DOMINAÇÃO, ESFERA PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Brunela Vieira de Vincenzi.

VITÓRIA

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

L557c Lemos, Arthur Lopes, 1991-
O "Caso Samarco" e a participação na tutela coletiva : não-
dominação, esfera pública e Poder Judiciário / Arthur Lopes
Lemos. – 2018
192 f.

Orientador: Brunela Vieira de Vincenzi.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Republicanismo. 2. Poder judiciário. 3. Direito processual.
4. Tutela coletiva. I Vincenzi, Brunela Vieira de. II. Universidade
Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. III. Título.

CDU: 340

Elaborado por Maria Margareth Fernandes – CRB-6 ES-173

ARTHUR LOPES LEMOS

O “CASO SAMARCO” E A PARTICIPAÇÃO NA TUTELA COLETIVA: NÃO-DOMINAÇÃO, ESFERA PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual..

Aprovada em 08 de maio de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Brunela Vieira de Vincenzi
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof^a. Dr^a. Adriana Pereira Campos
Universidade Federal do Espírito Santo
PPGDIR-UFES

Prof. Dr. Ricardo Corrêa de Araújo
Universidade Federal do Espírito Santo
PPGFIL-UFES

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
PPGD-UFRGS

A Eliane e José Lemos, aos quais eu devo tudo, inclusive a vida.

À Sílvia, por todo apoio e compreensão.

À minha orientadora, por todos os ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

A caminhada acadêmica é repleta de desafios, lutas, dificuldades e incertezas. Por isso mesmo, somente é possível completá-la quando acompanhado, suportado e amparado por aqueles que estão ao seu lado para ajudar no crescimento e amadurecimento. A esses, registro meus sinceros agradecimentos.

Ao Deus de justiça e seu unigênito Jesus Cristo, que por alto preço comprou minha liberdade: a Eles toda honra, glória, louvor e gratidão eternamente.

Aos meus pais, Eliane e José Lemos. Minha gratidão por tudo o que fazem e fizeram por mim não cabem em uma dissertação. Sou grato a Deus por ser filho de vocês.

À Silvia, pelo amor, carinho e incentivo, pela compreensão nos momentos de ausência, pela paciência em ouvir meus dilemas acadêmicos, e pelo auxílio nas línguas estrangeiras. Estendo o agradecimento a Sérgio, Sônia e Samária Fim, pelo acolhimento, receptividade e carinho.

À minha orientadora, Prof^ª. Dr^ª. Brunela Vincenzi, pela confiança depositada em meu projeto, pelo acompanhamento, orientação e todo o conhecimento compartilhado.

Ao Prof. Dr. Ricardo Corrêa de Araújo, que cordialmente aceitou o convite para integrar a banca de qualificação e a comissão avaliadora desta dissertação, e gentilmente fez apontamentos, críticas construtivas e sugestões de grande importância para o aprimoramento do trabalho.

Ao Prof. Dr. Hermes Zaneti Junior, membro da banca de qualificação, cuja obra me serve de inspiração, e cujas contribuições em muito auxiliaram para o desenvolvimento desta pesquisa.

À Prof^ª. Dr^ª. Adriana Pereira Campos, pela disponibilidade para compor a banca de avaliação e pela coordenação do curso.

Ao Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero, forte referencial teórico desta dissertação, pela disponibilidade e presteza para avaliar este trabalho.

Aos meus colegas de mestrado, pela convivência proveitosa. Agradecimento especial a Ariadi Rezende, Diego Meriguetti, Lara Barreto, Pedro Domingos, Vitor Morelato e Vitor Gama, por todas as reuniões, conversas e debates edificantes sobre o trabalho. Ao Hilquias, pelo companheirismo e suporte.

Aos meus colegas da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo, especialmente José Augusto Nunes do Valle, Lael Prote e Samuel Bruzzi de Alvarenga, que não me negaram auxílio e socorro quando mais precisei.

RESUMO

O republicanismo de Philip Pettit sustenta a não-dominância como ideal maior de uma república, servindo de critério para conceituar a liberdade e a justiça. A fim de garantir este ideal, sugere um modelo de democracia em que a participação se dá na forma de contestação, razão pela qual se deve franquear à esfera pública o acesso a instituições que permitam o exercício de voz de contestação contra atos de dominação. Diferente do sustentado por Hannah Arendt, a liberdade não é alcançada mediante a diuturna participação na esfera pública, na criação de decisões políticas, mas uma participação negativa, de oposição à dominação; e diferente de Jürgen Habermas, não é a criação de consensos na esfera pública que assegura a liberdade, mas a contestabilidade, pela esfera pública, das ações estatais. Para tanto, é necessária a existência de instituições republicanas, que permitam à esfera pública canalizar sua voz e contestar os atos de dominação. Neste sentido, defende-se que o Judiciário tem potencial para exercer função de instituição republicana e arena democrática, permitindo que a esfera pública exercite a contestação, sempre de maneira dialógica, deliberativa e racional. Este potencial decorre da doutrina da ampla *judicial review*, associada à cultura e ideologia do formalismo-valorativo – que enxerga no processo um instrumento de participação no exercício de poder (democratização do processo), ancorado numa perspectiva potencializada do contraditório –, bem como dos direitos fundamentais ao processo e do acesso à justiça. A partir da conjugação destes elementos, aqui se defende o processo como instrumento democrático, que deve permitir a máxima participação da esfera pública na forma de exercício de voz de contestação, com o objetivo de evitar a dominação. Entretanto, o processo, por si só, não pode realizar dominação, o que requer a releitura de alguns dos seus princípios. Com essa premissa, foram analisados três aspectos do devido processo legal coletivo no “Caso Samarco”: a) participação e representação adequada, a partir da não-homologação do TTAC (Termo de Transação e Ajustamento de Conduta) na decisão liminar proferida no Superior Tribunal de Justiça (STJ) na Reclamação nº 31.935/MG; b) participação processual na formação de precedentes, a respeito do indeferimento do ingresso de algumas entidades como *amici curiae* no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 040/2016 do Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Espírito Santo; c) o princípio da competência adequada, a partir do Conflito de Competência nº 144.922 MG / STJ.

Palavras-chave: republicanismo; não-dominância; esfera pública; participação; tutela coletiva.

ABSTRACT

Philip Pettit's republicanism sustains the non-domination as main republic ideal, serving as criteria to concept freedom and justice. In a way to guarantee this ideal, it suggests a model of democracy whose participation occurs in a form of contestation, reason why must be opening to public sphere the access of institutions that allows the voice of contestation against acts of domination. Different from Hannah Arendt's sustention, freedom is not obtained under a constant participation at public sphere, on creation of political decisions, but on a negative participation, of opposition to domination; and different from Jürgen Habermas' concept, it is not the creation of consensus at public sphere that ensures freedom, but contestability of State Acts by this same public sphere. For this, it is necessary the existence of Republican Institutions, which allows at public sphere the canalization of voice and to contest the acts of domination. By this way, it is defended that Judiciary has potential to prosecute the function of Republican Institution and Democratic Arena, allowing to the public sphere to exercise the contestation, always in a dialogical, deliberative and rational way. This potential accrues from doctrine of judicial review, associated to the culture and ideology of evaluative-formalism – that sees on the process an instrument of participation on power exercise (process democratization), based on a perspective potentialized of contradictory – so as fundamental rights to process and to justice access. From conjugation of these elements, here it is defended the process as a democratic instrument which allow the maximum participation of public sphere as a way of exercise from voice contest, whose target is avoiding domination. However, the process, by itself, can not realize the domination, what requires the rereading of some of its principles. Using this premise, there were analyzed three aspects of due collective legal process on “Case Samarco”: a) adequate participation and representation, from non-approval of TTAC (Termo de Transação e Ajustamento de Conduta – Transaction Term and Conduct Adjustment) on preliminary ruling rendered at Superior Tribunal de Justiça (STJ) at Reclamação n° 31.935/MG; b) procedural participation in precedents shaping, related to ingress denial of some entities as *amici curiae* on Incident of Repetitive Demands Resolution n° 040/2016 of Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Espírito Santo; c) the principle of adequate competence, from the Conflito de Competência n° 144.922 MG / STJ.

Keywords: republicanism; non-domination; public sphere; participation; collective judicial protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 10
1 O IDEAL DE NÃO-DOMINAÇÃO NO REPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT	p. 14
1.1 A DICOTOMIA “LIBERDADE POSITIVA X LIBERDADE NEGATIVA” EM ISAIAH BERLIN	p. 15
1.2 O IDEAL DE NÃO-DOMINAÇÃO NO NEORREPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT	p. 18
2 ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA: O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO REPUBLICANA	p. 32
2.1 A ESFERA PÚBLICA NA FILOSOFIA DE HANNAH ARENDT	p. 33
2.2 A VISÃO CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS ACERCA DA ESFERA PÚBLICA	p. 44
2.3 A ESFERA PÚBLICA E AS INSTITUIÇÕES NO REPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT: UM CONTRAPONTO A HANNAH ARENDT E JÜRGEN HABERMAS	p. 58
2.4 A COMPOSIÇÃO DA ESFERA PÚBLICA: INDIVÍDUOS E GRUPOS	p. 70
2.5 O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO INSTITUIÇÃO REPUBLICANA	p. 78
3 O DIREITO PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: PROCESSO, CONTRADITÓRIO E PARTICIPAÇÃO	p. 85
3.1 A EVOLUÇÃO METODOLÓGICA DO PROCESSO: DO PRAXISMO AO FORMALISMO-VALORATIVO	p. 87
3.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL	p. 95
3.3 ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO	p.102
3.3.1 Acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro	p.102
3.3.2 O processo como direito fundamental	p.120
3.4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	p.127
4 ESFERA PÚBLICA E NÃO-DOMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS PROCESSUAIS DECORRENTES DO “CASO SAMARCO”	p.139
4.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO, REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E PARTICIPAÇÃO: SOBRE A NÃO HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE TRANSAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TTAC) NO CASO SAMARCO	p.141
4.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO E PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES: O INDEFERIMENTO DO INGRESSO DOS <i>AMICI CURIAE</i> NO IRDR 040/2016	p.154
4.3 O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS E A ESFERA PÚBLICA NO PROCESSO: BREVE ANÁLISE DO JULGAMENTO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 144.922 MG / STJ	p.162
CONCLUSÃO	p.175
REFERÊNCIAS	p.181

INTRODUÇÃO

Os valores justiça e liberdade despertam interesse de pensadores de diversas áreas do conhecimento, tais como juristas, filósofos, sociólogos e teólogos, desde a antiguidade até os tempos atuais. Sobretudo após a Segunda Guerra, os debates acerca de justiça e liberdade são perpassados pela vinculação à democracia, seja esta entendida como uma cultura ou como um regime de governo. Assim, filósofos contemporâneos atrelam a possibilidade da liberdade e da justiça social a práticas democráticas e participativas, como o fazem Philip Pettit, Axel Honneth e Jürgen Habermas, por exemplo.

Não diferente, após a Segunda Guerra, a forma de pensar o Direito sustentada pelo positivismo jurídico, sobretudo na sua forma “pura” defendida por Hans Kelsen, entrou em gradual declínio, retomando, entre os juristas, a preocupação com a promoção de valores fundamentais, como justiça e liberdade, por intermédio do direito. Para alcançar esta finalidade, muito se discute acerca da necessidade de participação democrática na criação e aplicação do direito positivo, como forma de controle de poder e, conseqüentemente, de garantir a liberdade e a justiça.

No mesmo sentido, o direito processual, com grande colaboração da escola do formalismo-valorativo, voltou seus estudos ao processo enquanto manifestação de poder, requerendo, portanto, a democratização do fenômeno processual, mediante a maximização da participação em debates racionais e a possibilidade de influência, a fim de promover valores fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa “Processo, técnicas e tutelas dos direitos existenciais e patrimoniais”, pertencente à área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, e tem por problema perquirir se o direito processual pode contribuir para a promoção de uma democracia contestatória fundada na repulsa à dominação. A hipótese inicial desta pesquisa é a de que o processo deve ser entendido como ferramenta disponível para combate à dominação (interferência arbitrária), permitindo à esfera pública o exercício de voz de contestação, entretanto, isto requer a releitura de alguns institutos processuais, como a participação processual, a competência adequada e a representatividade adequada, ambas na tutela coletiva, a fim de que o processo não seja, por si só, um instrumento de dominação, em vez de combate a este.

A metodologia utilizada na pesquisa consiste em realizar uma revisão bibliográfica do republicanismo de Philip Pettit, de doutrinas acerca da esfera pública, bem como da dogmática jurídica referente à constitucionalização e democratização do processo, para, mediante utilização do método dedutivo, avaliar, em julgados específicos, institutos da tutela coletiva (competência coletiva adequada, participação processual mediante intervenção de *amicus curiae* e representatividade adequada) à luz do ideal de não-dominação e do princípio democrático.

Para tanto, o primeiro capítulo cuida da apresentação da teoria republicana de Philip Pettit – marco teórico desta dissertação –, que sustenta a não-dominação (ausência de interferência arbitrária) como critério para conceituação da liberdade e justiça, e que defende o modelo de democracia contestatória para perseguir o ideal de não-dominação – ideal este que será o fio condutor do trabalho, inclusive para fins de releitura dos institutos processuais.

O segundo capítulo, por sua vez, realiza uma abordagem conceitual da esfera pública. Faz-se um contraponto entre duas concepções de peso sobre a esfera pública, retiradas das obras de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas, e a concepção republicana de esfera pública, retirada da obra de Philip Pettit, apontando semelhanças e divergências entre estes autores. Feito o contraponto, filia-se ao republicanismo de Pettit para sustentar a esfera pública participativa, deliberativa, racional, pautada no critério da contestabilidade para assegurar a não-dominação. Adota-se a premissa holista-individualista republicana, que não é comunitária, nem liberal, para se constatar que na esfera pública estão presentes não apenas indivíduos, mas também grupos, ainda que estes grupos sejam formados de maneira involuntária (seguindo a terminologia de Michael Walzer). Por fim, o capítulo sugere o Poder Judiciário como instituição republicana, que serve de arena para a esfera pública¹ exercer voz de contestação e constituir a não-dominação.

Já o terceiro capítulo apresenta elementos processuais que potencializam a concepção do Poder Judiciário como arena privilegia²da para a esfera pública exercer voz de contestação e participar do diálogo democrático. Em primeiro lugar, em franca adesão ao formalismo-valorativo, o estudo do direito processual se fundamenta predominantemente no processo – em detrimento da ação e da jurisdição –, definido em função do contraditório, o que, por si só,

¹ Como será demonstrado no capítulo 3, a expressão “esfera pública” foi utilizada nesta dissertação em dois sentidos diferentes: ora como um âmbito de ação, ora como um ator coletivo.

² Não se defende que o Poder Judiciário seja a única arena, nem mesmo que se trate da melhor arena para toda e qualquer forma de injustiça. Entretanto, sustenta-se que o ordenamento jurídico oferece mecanismos que potencializam a utilização do Poder Judiciário como arena de contestação e de diálogo.

representa uma perspectiva democrática e dialógica do fenômeno processual. Em segundo lugar, o contraditório entendido como bilateralidade de audiência agregada ao direito de influência maximiza o processo como ambiente de diálogo e deliberação racional. Em terceiro lugar, o ordenamento jurídico contempla o direito fundamental ao processo e o direito fundamental de acesso à justiça, garantindo, com isso, que indivíduos e grupos possam acionar o Poder Judiciário e promover um diálogo acerca de assuntos de interesse comum. Em quarto lugar, o Código de Processo Civil inequivocamente adere ao formalismo valorativo, à democratização e constitucionalização do processo, contendo diversos dispositivos que visam à maximização do contraditório, da participação e da influência das partes e da esfera pública no desenvolvimento e conclusão do processo. Por conta desses elementos e características, o processo pode ser utilizado como ferramenta de participação como contestação, de insurgência contra a dominação e, portanto, de promoção de liberdade e justiça.

O quarto e último capítulo analisa alguns aspectos de processos do denominado “caso Samarco”, à luz do ideal de não-dominação, do exercício de voz de contestação da esfera pública, das premissas de constitucionalização e democratização do processo, com base nos quais se interpretam a competência adequada e a representatividade adequada nos processos coletivos, bem como a maximização do contraditório e participação processual da esfera pública nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, mediante o ingresso de *amici curiae* no diálogo processual. Cuida-se, portanto, de oferecer uma interpretação a tais elementos que potencialize a não-dominação, ampliando a participação da esfera pública na tutela coletiva.

O objetivo, portanto, é realizar uma análise integrada entre a dogmática jurídica e a filosofia política oriunda do republicanismo, a fim de obter uma interpretação de institutos da tutela coletiva que promova uma perspectiva específica de ideal político, maximizando, assim, a visão do processo como instrumento de participação no exercício do poder, limitação do arbítrio e promoção de liberdade e justiça, e não de dominação.

Por fim, a justificativa desta pesquisa reside em âmbitos acadêmicos e práticos que se interpenetram. De um ponto de vista acadêmico, justifica-se o presente trabalho na atualidade e relevância da obra de Philip Pettit, a qual tem por finalidade orientar as práticas sociais e instituições ao combate à dominação, que acarreta desigualdades, injustiças e restrições à liberdade. Além disso, há a necessidade de permanente releitura e reinterpretação de institutos processuais – processo, contraditório, participação, *amici curiae*, representatividade adequada,

competência adequada etc. –, o que, para além de questões académicas, diz respeito à democratização do processo e à qualidade da tutela jurisdicional, a qual deve ser justa, adequada e tempestiva. Objetiva-se, portanto, por intermédio de uma análise integrada entre dogmática jurídica e filosofia política, contribuir para a maximização da participação democrática pelo processo, sendo este instrumento contra a dominação – e não de dominação.

1 O IDEAL DE NÃO-DOMINAÇÃO NO REPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT

O presente capítulo tem por objetivo fixar a teoria republicana que será adotada nesta dissertação, ancorada no ideal de não-dominação, posto que o objeto da pesquisa será analisado sob uma perspectiva que vá além do positivismo jurídico e da dogmática jurídica.

Para tanto, a seguir será abordada a clássica teoria da liberdade defendida pelo filósofo liberal Isaiah Berlin³, em seu famoso “Quatro ensaios sobre a liberdade”. A opção por iniciar pelo pensamento de Berlin se deve ao fato de a sua divisão entre liberdade negativa e liberdade positiva ser objeto de análises contemporâneas por outros autores, tais como Philip Pettit, Quentin Skinner, Nancy Hirschmann e John Christman, bem como devido ao fato de Berlin ter criado “um campo no qual a discussão acerca da liberdade passa a ser organizada” (ELIAS, 2016, p.04).

Posteriormente, em contraste com a teoria liberal de Berlin, será exposta a teoria da liberdade defendida por Philip Pettit, segundo o qual a liberdade republicana consiste em não-dominação ou ausência de interferência arbitrária⁴. Deste conceito serão retirados parâmetros de atuação do governo republicano, suas instituições, seu modelo contestatório de democracia deliberativa etc.

A não-dominação, enquanto ideal maior de uma república e critério para conceituação de liberdade e justiça⁵, norteará o restante da dissertação, especialmente na definição da esfera

³ Filósofo britânico nascido em 1909 e falecido em 1997. Publicou originalmente os “Quatro ensaios sobre a liberdade” em 1969.

⁴ Como será demonstrado na sequência, especialmente no tópico 1.2, o autor trabalha dominação como sinônimo de interferência arbitrária, isto é, a dominação é a interferência qualificada pela arbitrariedade (*e.g.*, PETTIT, 2002, p. 135; PETTIT 2007, p. 186).

⁵ É importante observar que Pettit não trabalha justiça como sinônimo de liberdade. No entanto, a obra do autor destaca que não é possível existir cidadãos livres sem uma república livre, e esta requer igualdade e justiça. Embora distintas, liberdade, igualdade e justiça são mutuamente necessárias (PETTIT, 2002, p. 126, nota de rodapé nº 5). O autor destaca que a liberdade aparece em muitas “linguagens de legitimação”, como elemento central. A título de exemplo, menciona que a linguagem das ciências econômicas sustenta a liberdade de mercado e a liberdade de contratar, a linguagem do bem-estar social, da igualdade ou da equidade legitima seu discurso a partir dos requisitos necessários para tornar a liberdade efetiva ou para gozar da liberdade, ao passo que a linguagem da democracia vincula a legitimidade democrática na decisão de pessoas livres (PETTIT, 2002, p. 06). Dito isto, Pettit conclui que o conceito republicano de liberdade como não-dominação “suporta e unifica um atraente manifesto de demandas políticas” (PETTIT, 2002, p. 07). Portanto, a liberdade republicana conduz ao conceito de não-dominação e este serve de critério ou parâmetro para a criação de teorias da justiça, do Estado e da democracia, de bem-estar social etc. Noutros termos, embora retirado, inicialmente, de uma teoria da liberdade, o ideal de não-dominação se expande para outros conceitos, como igualdade e justiça. De igual modo, Pettit (2012, p. 59-82) mostra a distinção entre questões de justiça e questões de legitimidade, para, ao final, apontar que o ideal de não-dominação, proveniente da teoria da liberdade, assegura simultaneamente a justiça e a legitimidade das ações estatais.

pública e na caracterização do Poder Judiciário como instituição republicana, com potencialidade de desenvolver a democracia deliberativa em seu caráter contestatório.

1.1 A DICOTOMIA “LIBERDADE POSITIVA X LIBERDADE NEGATIVA” EM ISAIAH BERLIN

Isaiah Berlin foi um filósofo político de matriz liberal, autor dos conhecidos “Quatro ensaios sobre a liberdade”, cuja influência e importância se nota pelo fato de autores provenientes de variadas tradições desenvolverem suas respectivas teorias da liberdade a partir da análise e crítica dos ensaios de Berlin. Neste sentido, basta observar que teorias da liberdade de grande influência na atualidade, de matrizes filosóficas distintas – tanto Axel Honneth, proveniente da Teoria Crítica, quanto Philip Pettit, representante do neorrepblicanismo – desenvolvem suas perspectivas sobre a liberdade a partir de uma crítica a Isaiah Berlin. Dentre os referidos ensaios, interessa, aqui, mais especificamente, o terceiro ensaio, em que Isaiah Berlin discorre sobre dois conceitos de liberdade: liberdade positiva e liberdade negativa.

Para Berlin (2016, p. 11), a liberdade negativa objetiva resposta à seguinte pergunta: “Qual é a área em que o sujeito — um indivíduo ou um grupo de indivíduos — está livre, ou se deveria permitir que fosse, da interferência dos outros?”; por outro lado, a liberdade positiva responde à indagação: “O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa e não outra?”, admitindo Berlin que se trata de perguntas distintas, mas com justaposição das respectivas respostas.

Em resposta à primeira questão, Berlin (2016, p. 12) define a liberdade negativa como ausência de interferência alheia, e a fixa como liberdade política⁶; ser livre é não sofrer interferência e a liberdade política consiste no âmbito em que a ação do indivíduo não sofre coerção, interferência ou limitação originada da conduta de outro indivíduo. Assim, a liberdade política de um indivíduo será tanto maior quanto maior a área sem interferência.

O autor aponta que os filósofos políticos clássicos ingleses defendiam que a liberdade consiste na área em que não há interferência, mas divergiam quanto à extensão que a referida

⁶ Nas palavras do autor, “Sou livre na medida em que ninguém ou nenhum grupo de indivíduos interfere com as minhas atividades. A liberdade política, nesse sentido, é simplesmente a área em que posso agir sem sofrer limitações de terceiros. Ao contrário, coerção significa a interferência deliberada de outros seres humanos na área em que eu poderia, de outra forma, agir. Não se possui liberdade política quando se está sendo impedido por outros de alcançar um objetivo” (BERLIN, 2016, p. 12).

área isenta de interferência deveria ou poderia ter; assim, os indivíduos se dispõem a restringir a própria liberdade em prol de outros objetivos, tais como justiça, igualdade, segurança, cultura ou felicidade, papel este – de restrição – atribuído à lei. Diante da aceitação da restrição legal da liberdade, torna-se necessário “traçar-se uma linha que separe a área da vida privada e a da autoridade pública” (BERLIN, 2016, p. 12).

Para tanto, Berlin demonstra que filósofos liberais, como John Locke, Adam Smith e de certo modo Stuart Mill, sustentaram que deve haver uma ampla área da vida privada imune à ingerência estatal, por entenderem pela possibilidade de harmonização de interesses humanos; outros filósofos, conservadores e reacionários, como Thomas Hobbes, afirmavam que o espaço de liberdade – vida privada – deveria ser reduzido, e, conseqüentemente, expandido o controle estatal, caso contrário, os indivíduos entrariam em guerra, tendo por premissa a impossibilidade de harmonização dos seus interesses. Ainda assim, há um consenso na necessidade de resguardar uma área privada, área de não interferência, onde liberdade significa “estar livre de” (BERLIN, 2016, p. 13).

Uma característica da liberdade negativa à qual Isaiah Berlin atribui grande importância é o fato de ela dizer respeito unicamente a perquirir até onde o Estado está legitimado para interferir, sem questionar quem governa o indivíduo, sendo isto que diferencia a liberdade positiva da liberdade negativa: enquanto a liberdade negativa se preocupa com a área de controle, com “estar livre de” – sem discutir questões como autocracia, ausência de autogoverno, e mesmo sem se vincular à democracia –, a liberdade positiva se caracteriza justamente por não se preocupar com a área de liberdade e de ausência de interferência, mas propriamente com a questão de saber quem governa a vida do indivíduo. Portanto, segundo Berlin, enquanto a liberdade negativa questiona “até que ponto o governo interfere comigo?”, a liberdade positiva pergunta “por quem sou governado” ou ainda “quem vai dizer o que sou e o que não sou, o que ser ou o que fazer?”. Verifica-se, com isso, que a liberdade positiva está vinculada à ambição individual de autogoverno, de o indivíduo ser seu próprio senhor (BERLIN, 2016, p. 14).

Com o delineamento conceitual de liberdade positiva e liberdade negativa, Isaiah Berlin chama atenção para o fato de que “estar livre de” (liberdade negativa) e “estar livre para” (liberdade positiva) podem causar a sensação de complementaridade ou compatibilidade – ou, pior ainda, que se trata de duas interpretações distintas de um mesmo conceito –, contudo, historicamente se distanciaram e entraram em conflito. E, como adiantado por

Berlin, os que adotam o conceito negativo de liberdade entendem que a liberdade positiva é um “disfarce para a tirania brutal” (BERLIN, 2016, p. 14-15).

O posicionamento desfavorável acerca da liberdade positiva decorre de Berlin visualizar, nas teorias políticas de autorrealização (ELIAS, 2016, p. 05), a proposição segundo a qual o indivíduo, ao se libertar da escravidão espiritual ou escravidão à natureza, tomará consciência de que possui dois “egos”: um ego dominante, a razão, que constitui a natureza superior desse indivíduo; e um ego dominado, formado pelos impulsos irracionais e desejos incontrolláveis, que é a natureza inferior do indivíduo. Tanto ego dominante, quanto o ego dominado precisam ser controlados para que haja a manifestação do ego real, identificado como o ego verdadeiro, que pertence a um “todo”, a uma comunidade ou coletividade, da qual o indivíduo é apenas uma parte: raça, tribo, igreja, Estado etc. (BERLIN, 2016, p. 15).

Ocorre que Isaiah Berlin vê um grande risco nesse entendimento, afinal, a vontade coletiva, manifestada pela classe (raça, tribo, igreja, Estado etc.), pode impor sua vontade aos seus membros, em prol de uma liberdade “superior”; a vontade superior da classe pode coagir os indivíduos em prol de algum ideal “superior”, como a justiça ou o bem-estar, e ainda argumentando no sentido de que, se o indivíduo fosse mais “esclarecido”, ele mesmo buscaria aquele ideal “superior” (BERLIN, 2016, p. 16).

Dito isto, Berlin (2016, p. 15-16) enxerga que os que defendem a concepção positiva de liberdade objetivam, de maneira oculta, que o poder fique em suas mãos, afinal, “adotado este ponto de vista, é possível ignorar as verdadeiras aspirações dos indivíduos ou sociedades e oprimi-los e torturá-los em nome de seus ‘egos verdadeiros’”⁷.

Neste sentido, Berlin (2004) publica um livro em que aponta “seis inimigos da liberdade humana”, onde analisa seis pensadores que defendem uma concepção de liberdade positiva: Claude-Adrian Helvétius, Jean-Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, George Hegel, Saint-Simon e Joseph de Maistre⁸.

⁷ Berlin oferece um exemplo interessante na fase jacobina da Revolução Francesa, quando, em nome de um ideal de autogoverno da nação, houve grave restrição das liberdades individuais (BERLIN, 2016, p. 16).

⁸ “En ese sentido, los seis pensadores fueran hostiles a la libertad, sus doctrinas fueron (en ciertos aspectos obvios) una contradicción directa de ella, y su influencia sobre la humanidad no sólo en el siglo XIX sino particularmente en el XX fue poderosa en esta dirección antilibertaria. Casi no es necesario añadir que en el siglo XX éste llegó a ser el más agudo de todos los problemas” (BERLIN, 2004, p. 24).

A conclusão, portanto, é que, para Berlin, o conceito de liberdade deve ser pautado em critério unicamente negativo, enquanto ausência de interferência, ou “liberdade de”, refutando qualquer noção de liberdade positiva, pois, em sua visão, esta se afigura como um risco à liberdade individual, na medida em que possibilita a sobreposição da vontade de um corpo coletivo à vontade individual.

1.2 O IDEAL DE NÃO-DOMINAÇÃO NO NEORREPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT

Verifica-se atualmente um “retorno ao republicanismo”, a partir da constatação de crescentes debates, em vários centros, acerca da chamada “tradição republicana”, recorrendo a esta tradição para discutir problemas atuais, principalmente das sociedades industriais periféricas (BIGNOTTO, 2004, p. 17-18).

Bignotto (2004, p. 18) afirma que o principal motivo para um “retorno ao republicanismo” foi a publicação do livro *Republicanism*, de Philip Pettit, em 1997, que reacendeu a discussão sobre o conceito de liberdade como ausência de interferência, de Isaiah Berlin, trazendo à baila, novamente, concepções “republicanas”, embora “não possamos falar de republicanismo como de uma corrente única de pensamento, guiada por um único projeto político”.

A tarefa de delimitar conceitualmente o republicanismo – ou o que se convencionou chamar de neorepublicanismo ou republicanismo neorromano – se apresenta como algo de grande dificuldade, afinal, vislumbra-se o republicanismo em diversas matrizes – romana (antiguidade), italiana (Renascimento), inglesa (século XVII), francesa e norte-americana (séculos XVIII e XIX) – e nos pensamentos de autores variados – a título de exemplo, Hannah Arendt, Philip Pettit, Quentin Skinner, Maurizio Viroli e John Pocock (BIGNOTTO, 2013, p. 07-12).

Além disso, não se pode desconsiderar que mudanças no comportamento político em uma dada sociedade implicam alteração no significado das palavras, o que torna ainda mais imprecisa a conceituação dos termos políticos, como o republicanismo. Quanto à polissemia de “república”, Pinto (2016, p. 461-463) assevera:

Há quem sustente que a palavra república é ininteligível (Wooton, 1994, p. 2). Expressou e expressa ainda sentidos diversos e, por vezes, contraditórios. Significou

o bem comum e a virtude, foi palavra para designar o Estado e a comunidade, ficou associada aos direitos do homem e à soberania popular e assimilou as ideias de separação de poderes, de governo misto e até de liberdade religiosa. Mas esteve sempre presente, com maior ou menor destaque, desde os primórdios da história das ideias, e é hoje o motor de um complexo, heterogêneo, mas significativo movimento nos estudos históricos, políticos e jurídicos que dá pelo nome de neo-republicanismo (Williams, 1994, p. 76). Esse movimento tem no revivalismo republicano o seu ponto comum. A expressão neo-republicanismo pretende designar uma ampla corrente em voga nas academias que inclui autores de várias ciências e saberes.

Portanto, em vez de discutir os variados conceitos e aplicações do termo “republicanismo” na filosofia política atual, apontando similitudes e diferenças, o que pode se mostrar inócuo, inconclusivo ou infundável, opta-se pela realização de um corte metodológico, no sentido de delimitar o objeto deste tópico à análise de um aspecto que se mostra central nas diversas concepções do republicanismo e que é capital para o desenvolvimento da presente dissertação: a teoria da liberdade. Mais uma delimitação se torna imperiosa, neste ponto: será analisada a perspectiva de Philip Pettit, segundo a qual a liberdade republicana consiste na ausência de dominação. A partir da teoria republicana, fixa-se um ideal de não-dominação, o qual se estende na conceituação de outros bens políticos, tais como igualdade e justiça.

A conceituação de liberdade republicana em Philip Pettit é uma crítica direta à dicotomia “negativo-positivo” de liberdade em Isaiah Berlin – que é entendida como uma herança (BIGNOTTO, 2004, p. 23) dos conceitos de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos de Benjamin Constant (2015) –, e, a partir desta dicotomia, Pettit inicia suas considerações, consignando, peremptoriamente, que “a distinção liberdade negativa-positiva tem feito mal ao pensamento político” (PETTIT, 2002, p. 18, tradução nossa).

A partir da premissa de que o Estado deve promover e garantir a liberdade, o pensador republicano indaga a perspectiva de liberdade que deve ser albergada pelo Estado. Em suas palavras:

A questão que quero discutir é a que surge para qualquer um que pensa que o Estado deve, sem nenhuma dúvida, se preocupar com a liberdade. Quando manifestamos que ele deve ter essa preocupação, é porque temos em mente algum ideal particular no que se refere à liberdade e a pergunta é: qual o ideal que devemos ter em mente? (PETTIT, 2007, p. 174)

É interessante notar que a pergunta do autor diz respeito ao ideal que “devemos” ter em mente, e não ao que “temos” em mente, donde se extrai que sua pergunta está inserida no campo normativo, do dever-ser, de maneira que a resposta também é normativa e aponta para

qual concepção de liberdade deve ser defendida pelo Estado, ou seja, implica a busca de um ideal político de liberdade (PETTIT, 2007, p. 173-176).

Posta a questão, Pettit retoma a tradicional distinção de Berlin entre liberdade positiva e liberdade negativa, afirmando que não há razões para adotar a liberdade positiva como ideal político – em razão, por exemplo, de a liberdade positiva se pautar em aspectos psicológicos e, com isso, ser suscetível de influência política –; mas afirma, também, que “a liberdade negativa não é a única alternativa para o ideal positivo” (PETTIT, 2007, p. 177).

Portanto, se verifica em Pettit (2007, p. 183) uma pretensão ambiciosa, que consiste em refutar, num primeiro momento, a liberdade positiva e, no segundo momento, afastar a liberdade negativa como alternativa à positiva e, com isso, trazer à baila um terceiro conceito de liberdade. Entretanto, o autor direciona suas críticas especialmente à liberdade negativa⁹ defendida por Berlin, entendida enquanto ausência de interferência intencional ou quase-intencional.

A primeira crítica dirigida por Pettit à liberdade negativa, caracterizada como ausência de interferência, é no sentido de não ser capaz de distinguir interferência não-arbitrária e interferência arbitrária, tratando-as de maneira igual, como um mesmo fenômeno de violação da liberdade, ou, nas palavras de Pettit, trata-se de um fracasso do ideal de não-interferência, “pintando todas as formas de interferência com o mesmo pincel” (PETTIT, 2007, p. 186).

Para Pettit, a não distinção entre interferência não-arbitrária e interferência arbitrária implica a constatação – equivocada – de que as leis e os atos da administração pública são formas de violação à liberdade. O referido ideal apenas objetiva impedir a interferência do Estado e dos particulares, independentemente de qualquer critério ou valor relevante que esteja em jogo. Segundo o autor republicano, trata-se de um ideal que “não é suficientemente rico, constitucionalmente, para nos dar uma razão para distinguir e julgar as diferentes formas em que o Estado poderia se organizar” (PETTIT, 2007, p. 186).

Essa crítica à pobreza constitucional do ideal de não-interferência se traduz na impossibilidade de verificar a diferença entre um Estado que possui um poder arbitrário de interferência – a autoridade não é um cidadão comum; não há eleição popular; não há leis

⁹ Apesar de superar a dicotomia positiva-negativa, as críticas de Pettit são direcionadas principalmente à liberdade negativa entendida como ausência de interferência, defendida por Berlin. Em relação à liberdade positiva, Pettit adere às críticas formuladas por Berlin.

gerais, senão legislações *ad hoc*; não existe forma de controle e oposição ao poder etc. – e um Estado que tem poder de interferir, mas não de forma arbitrária, ou seja, um poder de interferência como é natural que qualquer Estado possua – quando as autoridades são cidadãos, se submetem à eleição e crítica popular, há formas de controle de poder etc.. Neste último caso, o Estado estará sempre preocupado com a vontade dos seus cidadãos e, por consequência, constantemente tentará legitimar os seus atos de governo (PETTIT, 2007, p. 186-187).

Além do mais, desconsiderado o critério da arbitrariedade, o ideal da não-interferência tenderia a se opor a ações do Estado no sentido de punir um criminoso, sancionar uma lei com coerção ou mesmo estabelecer um tributo (PETTIT, 2007, p. 187) – situações em que a interferência não é arbitrária, mas estabelecida em prol dos interesses dos cidadãos e, portanto, não deveriam ser rotuladas como ilegítimas.

Ademais, a pobreza constitucional da liberdade como não-interferência, “pelo fato de ser tão dura sobre todas as formas de interferência, tanto não-arbitrárias, quanto arbitrárias” (PETTIT, 2007, p. 187), dificulta a justificação de um Estado de bem estar, que esteja preocupado com dirimir problemas como a deficiência, educação precária ou doenças, afinal, para tanto, exigem-se diversas interferências do Estado, o que não é admitido por este ideal, já que se entende qualquer interferência estatal como afronta à liberdade (PETTIT, 2007, p. 187-188).

A primeira crítica de Pettit à liberdade como não interferência é assim sintetizada, à guisa de conclusão, pelo próprio autor (PETTIT, 2007, p. 188):

Então, minha primeira crítica do ideal da não-interferência é que ele não é constitucionalmente ou suficientemente rico para reconhecer a diferença entre um poder do Estado relativamente arbitrário e um poder relativamente não-arbitrário – ambos são poderes de interferência e nessa medida maus – e que isso, por conseguinte, coloca severas limitações no que respeita a que pode ser pedido ao Estado ou a que é permitido que ele faça. Por exemplo, como temos visto, torna-se difícil justificar a reclamação de que o Estado persegue medidas de bem estar em qualquer medida significante.

Se a primeira crítica diz respeito à pobreza constitucional do ideal de não interferência, a segunda crítica ataca a pobreza sociológica de tal ideal. Para Pettit, não é qualquer interferência que é prejudicial à liberdade; nas palavras do autor, “somente uma interferência é má”: a dominação. O problema verificado por Pettit, neste aspecto, consiste no fato de que, para o ideal de liberdade como não-interferência, o obstáculo à liberdade consiste na

interferência intencional ou quase-intencional, mas que seja efetiva, real, materializada. Assim, não se viola a liberdade, nesta perspectiva rechaçada por Pettit, quando os agentes possuem a potencialidade, o poder de interferir arbitrariamente na vida do indivíduo, mas não exercem esse poder (PETTIT, 2007, p. 188-189).

De acordo com Pettit, a dominação ou domínio (*dominatio*) consiste nesse poder de interferência arbitrária, ainda que tal poder não seja posto em prática na forma de uma interferência. De maneira elucidativa, o autor republicano fornece alguns exemplos:

O domínio apresenta-se de diferentes formas. Pensemos no filho de um pai emocionalmente instável, a mulher do marido ocasionalmente violento ou o aluno de um professor que decide, de forma arbitrária, de quem gosta e de quem não gosta. Pensemos no empregado cuja segurança requer que ele mantenha o chefe ou o gerente feliz, o devedor cujas chances dependem do humor variável de quem empresta o dinheiro ou do gerente do banco ou o pequeno empresário cuja sobrevivência depende da atitude tomada por um concorrente mais forte ou um sindicalista. Pensemos no beneficiário da previdência cujas chances mudam segundo o humor do funcionário, o imigrante ou indígena cuja permanência é vulnerável aos caprichos que orientam a política e a opinião da mídia ou o funcionário público que depende, não de seu desempenho, mas do perfil político que um ministro ambicioso considera eleitoralmente mais favorável. Pensemos na idosa que é cultural e institucionalmente vulnerável às gangues de jovens que agem, irrestritamente, na sua área. Pensemos, ainda, no jovem marginal cujo nível de punição depende de até que ponto os políticos ou os jornais desejam que a cultura da vingança reaja (PETTIT, 2007, p. 189-190).

O pensador sustenta que há grande semelhança em todos estes casos, qual seja, a sujeição à dominação, na medida em que, ainda que não haja interferência efetiva, há a possibilidade e o poder de interferência arbitrária. Tal sujeição à dominação (poder de interferência arbitrária) afeta a liberdade do indivíduo mesmo que não haja interferência, posto que o indivíduo praticará a autocensura e a auto-inibição em prol da felicidade do dominante – o que tornará desnecessária a interferência. Na visão liberal de Berlin de liberdade como não-interferência, não há qualquer óbice quanto à dominação, no entanto, para o conceito republicano de liberdade isto é inconcebível (PETTIT, 2007, p. 190-191).

Dáí Pettit concluir sua crítica sociológica da seguinte maneira:

O segundo problema com o ideal da não-interferência, então, é que ele não oferece nenhuma base para fazer uma reclamação política acerca de relacionamentos. Esse ideal não oferece nenhuma base para a reclamação sempre que a interferência ativa fracasse em ser uma perspectiva possível, para ser ainda mais específico, sempre que qualquer interferência ativa provável fracasse em garantir as atividades de interferência, que a resposta do Estado ao problema requereria. Sociologicamente, o ideal é extremamente pobre como para reconhecer a realidade da dominação como uma forma em que a liberdade, como controle discursivo, pode ser diminuída. O máximo que esse ideal reconhece é que a autocensura e a auto-inibição induzidas

pela dominação são, tal como a limitação não-intencional, um fator que restringe o que as pessoas fazem (PETTIT, 2007, p. 191).

Em virtude das pobreza sociológica e constitucional do ideal de liberdade enquanto não-interferência, Pettit apresenta um terceiro ideal de liberdade: não-dominação. A pessoa livre, portanto, se apresenta como a pessoa isenta de dominação, isto é, que “não se expõe a um poder arbitrário de interferência por parte de outros” (PETTIT, 2007, p. 191).

A oposição em relação ao ideal de não-interferência se apoia em duas bases: em primeiro lugar, a liberdade defendida por Pettit se opõe tão-somente à interferência arbitrária (sinônimo de dominação), isto é, à interferência que não considera os interesses do interferido; em segundo lugar, o ideal de não-dominação se opõe não apenas à interferência arbitrária real, exercida faticamente, mas também à exposição, possibilidade ou potencialidade da dominação (interferência arbitrária) (PETTIT, 2007, p. 191-192).

Constata-se, portanto, que para o ideal republicano não basta a simples interferência para que haja violação à liberdade; para se afastar a liberdade, é necessária a ocorrência de uma interferência qualificada, na medida em que esta interferência precisa ser arbitrária (SILVA, 2015, p. 181). Tem-se por interferência arbitrária, sinônimo de dominação, a capacidade de interferir na vida de outrem, sem ponderar sobre seus interesses, pontos de vista, opiniões etc. (PETTIT, 2015a, p. 02).

Nas palavras de Pettit (2015b, p. 02, tradução nossa),

Dominação é a sujeição a um poder arbitrário de interferência da parte de outro – um *dominus* ou mestre – ainda que o outro opte por não exercer efetivamente aquele poder. Liberdade republicana, eu sustento, deve ser definida como não-dominação, e não não-interferência.

Portanto, do ponto de vista do republicanismo, a mera interferência não configura violação à liberdade, senão quando a interferência é feita de uma maneira arbitrária, isto é, sem considerar os interesses, direitos, escolhas ou opinião do dominado (RODRIGUES, 2015, p. 43-45).

A tarefa subsequente de Pettit, por conseguinte, diz respeito a demonstrar a riqueza constitucional e sociológica do ideal de não-dominação, em oposição à dupla pobreza do ideal de não-interferência. No aspecto constitucional, apresenta-se o desafio de construir um modelo político em que o Estado tenha poderes coercivos de interferência, mas não de

maneira arbitrária; já no aspecto sociológico, cuida-se de identificar situações entre indivíduos que poderiam caracterizar a dominação e, assim, direcionar a atuação estatal contra essas formas de dominação (PETTIT, 2007, p. 192).

A não-dominação se apresenta como um ideal constitucionalmente rico, na visão de Pettit, na medida em que a ação do Estado só é legitimada quando não-arbitrária, ou seja, é necessário que o Estado busque os interesses comuns assumidos pelas pessoas – o que, por sua vez, pressupõe uma razão discursiva dos indivíduos, para ratificar e legitimar as ações estatais. Com isso, o Estado possui a legitimidade de agir coercitivamente, por exemplo, para impor tributação, promulgar leis coercitivas e impor penalidades, tendo em vista que, apesar de serem atos de interferência, não se trata de arbitrariedades, posto que pautados no interesse comum assumido pelos indivíduos, e a coercitividade se mostra necessária para o caso de, em uma situação específica, algum cidadão se opor ao interesse comum (PETTIT, 2007, p. 192-193)¹⁰.

O aspecto sociologicamente rico do ideal de não-dominação reside no reconhecimento do indivíduo como um sujeito discursivo, com participação igual no relacionamento discursivo, o que decorre da ausência de dominação. Caso houvesse a dominação, isto é, o poder de uma interferência arbitrária, não seria factível o relacionamento discursivo com controle total e igual entre as partes, uma vez que o dominado estaria tendente a buscar apenas a felicidade e satisfação do dominante e, para tanto, promoveria a autocensura e a auto-inibição. Por conta disto, o ideal de não-dominação é sociologicamente rico, na medida em que atribui ao Estado a legitimidade para interferir (legitimamente) em casos de dominação decorrente de poderes assimétricos nas relações discursivas (PETTIT, 2007, p. 194-195).

Após demonstrar as vantagens de se adotar este ideal de liberdade, Pettit sustenta que a não-dominação é um ideal de caráter republicano, desde o pensamento romano, passando pelo renascimento italiano e na Inglaterra do período da guerra civil, que se manteve vivo por Montesquieu e Rousseau, contudo, foi desafiado pelo pensamento de Thomas Hobbes, defensor do ideal de não-interferência. Entretanto, o pensamento de Hobbes não foi bem

¹⁰ Pettit faz uma analogia com os “marinheiros de Ulisses”. Por saber que a embarcação passaria próximo às sereias, com poder de encanto sobre os homens, Ulisses tampou os ouvidos dos marinheiros com cera, mas não tampou os próprios ouvidos, e determinou aos marinheiros que o mantivessem amarrado ao mastro, por mais que, quando na presença das sereias, ele ordenasse para ser desamarrado. Ao passar pelas sereias, os marinheiros cumpriram a ordem de Ulisses e mantiveram-no amarrado, mesmo sob seu protesto. Para Pettit, o Estado deve ter coercitividade para poder, mesmo sob protesto de um ou outro indivíduo em situações específicas, determinar e garantir a vontade comum previamente estabelecida – assim como os marinheiros fizeram em relação a Ulisses (PETTIT, 2007, p. 193).

recebido por alguns de seus contemporâneos, tais como James Harrington, Richard Price e Joseph Priestley, que até mesmo ridicularizavam a obra hobbesiana, a qual somente não foi esquecida, nos Estados Unidos da América, por conta de John Lind, influenciado por Jeremy Bentham, outro defensor da liberdade como não-interferência. Sob influência de Bentham e também de William Paley, o ideal de não-interferência voltou a tomar força e sobrepujar o ideal republicano de não-dominação, o que se deu em razão de peculiaridades históricas que não mais justificam a centralidade da não-interferência.

Em suma,

O ideal de liberdade política como não-dominação tem profundas raízes históricas. Está presente em Roma e na tradição neo-Romana do pensamento republicano. Foi substituído em fins do século dezoito pelo, caracteristicamente, liberal da não-interferência, mas a consideração que clamou pela substituição entre os pensadores progressistas – que o velho ideal seria muito radical para a população como um todo – não mais se aplica. O tempo está amadurecido para o soerguimento republicano do ideal da liberdade política como não-dominação (PETTIT, 2007, p. 208-209).

Com estas considerações firmadas, o último passo de Pettit em “Teoria da Liberdade” é criar uma filosofia política republicana. Para tanto, o autor argumenta que, interior a dada sociedade, existem dois tipos de poderes: o *imperium* (poder público, estatal, de interferência) e o *dominium* (poder privado de interferência). Além desses, há o poder de qualquer inimigo externo. A filosofia política republicana visa à liberdade como não-dominação, de maneira a frear tanto o *imperium*, quanto o *dominium*, bem como o poder do inimigo externo (PETTIT, 2007, p. 211-212).

O filósofo afirma que o Estado, por si só, em razão do seu *imperium*, já constitui um risco à liberdade (não-dominação) dos cidadãos. Para evitar a dominação por parte do Estado, este deve não ser arbitrário, ou seja, seu objetivo deve ser a vontade comum assumida pelos cidadãos. E é neste ponto que Pettit (2007, p. 213) sugere que a melhor forma de forçar o Estado a seguir o interesse comum consiste na adoção de um regime eleitoral democrático, notadamente a “democracia contestatória”¹¹.

¹¹ É interessante notar que, para determinados defensores da liberdade como não-interferência, tais como Isaiah Berlin, não há vínculo necessário entre liberdade e democracia, nem entre liberalismo e democracia. Neste sentido, Berlin afirma: “A terceira característica dessa noção de liberdade [negativa] é da maior importância. É a de que “liberdade”, nesse sentido, não é incompatível com alguns tipos de autocracia ou com a ausência de autogoverno. A liberdade nesse sentido tem relação com a área de controle, não com sua fonte e, pelo menos do ponto de vista lógico, não está relacionada necessariamente com a democracia ou com o autogoverno. Não há uma conexão necessária entre liberdade individual e democracia” (BERLIN, 2016, p. 14). Diferentemente, no republicanismo de Pettit fica evidente a necessidade de um regime democrático (PETTIT, 2002, p. 04, 171-205).

Ao comentar o risco que o Estado oferece à liberdade, Pettit destaca que perseguir um propósito coletivo pressupõe a coletivização da razão e isto pode acarretar que as posições de alguns indivíduos, em determinados assuntos específicos, sejam ignoradas ou superadas, de forma que a coletividade pode representar uma ameaça para os membros individuais. Quando se trata do Estado, esta ameaça inclui poder de promulgar leis coercitivas, realizar a taxaço ou mesmo aplicar sançoes. E, ainda, diferenciado em relaço à outras coletividades, o Estado é inevitável, no sentido de que o indivíduo não pode simplesmente “sair” dele. Dessa forma, a coercitividade e a inevitabilidade tornam o Estado uma ameaça de dominaço e de poder arbitrário (PETTIT, 2007, p. 214-215).

Frente a esse cenário, constata-se que o Estado pode defender a liberdade dos indivíduos contra os perigos do *dominium* (interferência arbitrária praticada por um particular), no entanto, o mesmo Estado representa um perigo à liberdade dos seus cidadãos, em razão do *imperium* (interferência arbitrária praticada pelo Estado). Por isso, a questão a ser enfrentada pelo autor passa a ser: como impedir que o Estado seja fonte de dominaço e arbitrariedade? (PETTIT, 2007, p. 216)

Para responder tal questionamento, Pettit recorre a Albert Hirschman, segundo o qual há três opções de vida política: saída, voz e lealdade. Em relaço ao Estado, a lealdade não garante a não dominaço e a não arbitrariedade, enquanto a saída não é disponível. Assim, Pettit observa que a única soluço é a voz, sobretudo a voz da autorizaço e da contestaço, a qual somente está disponível para os cidadãos mediante acordos democráticos. Nas palavras de Pettit (2007, p. 216),

Quero argumentar que Hirschman nos dá a pista certa quando sugere que o exercício da voz pode ser a estratégia para explorar a procura de um meio para conter o Estado. Acredito que, se adequadamente entendida, a democratizaço é a única forma viável de se proteger contra o fato de o Estado ser arbitrário e dominador de uma maneira que ameaça os seus cidadãos.

A teoria da liberdade de Philip Pettit requer, portanto, uma delimitaço do que sejam os interesses comuns assumidos, bem como mecanismos para forçar o Estado a perseguir tais interesses e somente estes.

Para o autor republicano, somente a democracia pode fornecer procedimentos que identifiquem e autorizem os interesses comuns (PETTIT, 2007, p. 216). Neste sentido, para conceituaço mais precisa,

A definição de interesses comuns que eu acho mais persuasiva, afirma que uma certa boa vontade representará um interesse comum da população só na medida em que considerações cooperativamente admissíveis sustentem a sua provisão coletiva (Pettit, 2000a). Considerações cooperativamente admissíveis são aquelas que alguém no discurso com os outros sobre o que eles unificadamente e coletivamente deveriam prover, podendo aduzir sem constrangimento como questões relevantes a serem levadas em consideração (Habermas, 1985, 1989; Elster, 1986) (PETTIT, 2007, p. 217).

Além de fornecer procedimentos para identificar e autorizar o interesse comum, a democratização – exercício da voz – possibilita, ainda, que o Estado seja forçado a “trilhar todos e cada um dos interesses comuns assumidos pelos cidadãos e essa estratégia pode, em consequência, impedir que o *imperium* do Estado torne-se um tipo de poder arbitrário” (PETTIT, 2007, p. 220). No entanto, tal afirmação ainda é fraca para, concretamente, ter alguma influência e poder de forçar o Estado.

Interessante enfatizar que o Estado deve trilhar todos os interesses comuns e somente tais interesses. Tal ênfase demonstra a necessidade de uma democracia bidimensional, com aspectos positivo e negativo. Na dimensão positiva, uma vez que o Estado deve ser forçado a trilhar todos os interesses comuns assumidos, devem existir instituições democráticas voltadas a buscar e identificar os interesses comuns, para autorizar as políticas a serem adotadas pelo Estado; na dimensão negativa, uma vez que o Estado deve trilhar unicamente os interesses comuns assumidos, devem existir instituições democráticas que possibilitem examinar e vetar políticas estatais alheias ao interesse comum assumido (PETTIT, 2007, p. 220-221).

É justamente neste aspecto bidimensional que Pettit se apoia para difundir a analogia da democracia com a publicação de um jornal: assim como um jornal, a democracia, para Pettit, apresenta uma dimensão autoral e uma dimensão editorial¹². Em analogia à publicação de notícia em jornal, o que as instituições democráticas têm de fazer é, em primeiro lugar, estabelecer uma dimensão autoral de controle – um controle feito por pessoas comuns – para buscar e gerar um rico fornecimento de políticas de interesse comum presuntivo e, em segundo lugar, criar mecanismos de controle de dimensão editorial – novamente um controle por pessoas comuns –, cujo objetivo é examinar rigorosamente e eliminar as políticas candidatas, bem como eventuais modos de implementação política que não correspondam aos interesses comuns assumidos. A lição da estrutura bidimensional é que as pessoas terão que ser capazes de determinar ambas: as políticas gerais que o governo considera e os modos de

¹² Pettit alude ao fato de que, em jornais e revistas, os autores submetem textos para a publicação, no entanto, o texto final que será publicado passa pelo crivo dos editores, que rejeitam determinados textos, admitem outros, fazem emendas etc. (PETTIT, 2007, p. 221).

implementação política que são permitidos para definir as coisas que o governo finalmente faz (PETTIT, 2007, p. 221-222).

A dimensão autoral da democracia, que permite que os cidadãos sejam autores do interesse comum, deve ser desempenhada mediante instituições e procedimentos eleitorais, especialmente a eleição das autoridades públicas – a eleição deve ser periódica e popular, no sentido de todos os adultos capazes poderem votar e serem votados – ou a submissão das políticas públicas e leis ao “teste eleitoral”, isto é, ao referendo popular. Com isso, ao menos indiretamente o cidadão será autor da política realizada pelos seus representantes (PETTIT, 2007, p. 222).

Contudo, a dimensão autoral da democracia apresenta duas preocupações. Em primeiro lugar, pode gerar uma tirania da maioria democrática, ou seja, a maioria democrática apoiar um assunto que não é de interesse comum, como se o fosse; em segundo lugar, pode gerar uma tirania da elite democrática, ou seja, a elite democrática que está no governo (políticos, agentes burocráticos, legisladores etc.) pode perseguir interesses alheios ao interesse comum. De acordo com Pettit, o segundo risco é ainda maior que o primeiro, considerando que o povo é apenas autor indireto na democracia e que os agentes públicos podem se influenciar por fatores externos ao interesse comum, tais como obter vantagem eleitoral, corresponder ao interesse de quem apoiou financeiramente as campanhas eleitorais etc. A superação dos problemas da tirania da maioria democrática e da tirania da elite democrática ocorre, conforme sugere Pettit, pela complementação à dimensão autoral da democracia, que é feita pela dimensão editorial da democracia (PETTIT, 2007, p. 224-225).

Enquanto a dimensão autoral é exercida coletivamente, Pettit afirma peremptoriamente que o controle editorial deve ser realizado por indivíduos ou grupos em nível não-coletivo; caso contrário, incorreria nos mesmos problemas da dimensão autoral (PETTIT, 2007, p. 225). Acerca do controle editorial, o autor fixa, normativamente, três pontos (PETTIT, 2007, p. 227-231).

O primeiro ponto é que o controle editorial, nunca coletivo, não pode ser na forma de veto – como na Roma republicana, em que as tribunas dos plebeus podiam vetar assuntos. Caso o sistema de veto individual fosse adotado na dimensão editorial, dificilmente uma

iniciativa poderia ser desenvolvida, uma vez que, mesmo nos casos de melhoria do sistema, sempre haverá alguém afetado que poderá se opor e vetar¹³.

O segundo ponto é que o controle editorial, embora não compatível com o veto, pode se pautar no “quase veto”, que consiste no poder de contestação. Portanto, o veto é impossível, mas a contestação é possível¹⁴. Neste ponto, é necessário, portanto, que haja uma instituição confiável, na qual os cidadãos possam contestar as políticas públicas, onde seja promovido um debate, possibilitada a argumentação e, ao final, a instituição julgue se a atividade estatal de fato é fundamentada no interesse comum assumido e somente por este interesse e, caso positivo, o dissabor da minoria afetada será “considerado como um mero acidente infeliz” (PETTIT, 2007, p. 228).

O terceiro ponto consiste na viabilidade de um regime contestatório. Em que pese o controle editorial não ser, propriamente, na forma de veto, este (o veto) pode ser alcançado por intermédio de um regime que possibilite a contestação das decisões estatais. O questionamento que poderia ser feito ao regime contestatório diz respeito à infinitude de contestações sucessivas. Entretanto, Pettit sugere que a viabilidade de um regime contestatório, sem contestações intermináveis, depende da implementação de recursos procedimentais, recursos consultivos e recursos de apelação.

Os recursos procedimentais dizem respeito aos mecanismos de limitação das tomadas de decisão pelo Estado. As mencionadas limitações podem ser de ordem material, ou seja, limitar o conteúdo das tomadas de decisão do Estado, impondo limites de assuntos nos quais o Estado pode intervir – tais como direitos fundamentais explícitos ou implícitos numa Constituição; assuntos contidos numa lei comum, mas plasmados no tempo, nos quais o Estado não ousaria tocar etc.

No entanto, o enfoque de Pettit está nos recursos procedimentais que limitam o processo de tomada de decisão pelo governo, e não o conteúdo. São recursos procedimentais que limitam o processo de decisão, apresentados por Pettit: *i*) império da lei, com a exigência

¹³ Pettit cita exemplos em que o veto individual se mostra indesejável, como os vizinhos de uma nova estação elétrica necessária para a comunidade vetarem sua instalação, ou uma minoria dependente financeiramente de uma indústria vetar uma importante legislação antipoluição (PETTIT, 2007, p. 226).

¹⁴ Neste ponto, Pettit se apóia nos jornais ou revistas que são dirigidas “em bases cooperativas”, em que os autores são os proprietários. Em tais revistas, os editores não possuem poder para vetar os textos, mas podem recorrer a conselhos e apresentar argumentos pelos quais não deveria ocorrer a publicação (PETTIT, 2007, p. 227).

de que as decisões estatais sejam legais, aplicáveis a todos (inclusive aos legisladores), inteligíveis, consistentes, publicadas com antecedência etc.; *ii*) separação de poderes; *iii*) democracia deliberativa, no sentido de as decisões serem pautadas em razões, cuja validade e relevância sejam sujeitas ao debate parlamentar e na comunidade; *iv*) bicameralidade, com formas distintas de eleição dos membros de cada câmara e forma de aprovação da decisão, de maneira a melhor representar a sociedade; *v*) despolitização da tomada de decisão, ou seja, determinados assuntos devem ser decididos por servidores estatutários e estáveis, e não por políticos transitórios, principalmente nos assuntos que sejam de interesse dos políticos eleitos; *vi*) responsabilidade independente, isto é, uma auditoria das contas do governo feita por um órgão independente, que elabore relatórios e submeta à apreciação e debate pelo parlamento e pela comunidade; *vii*) liberdade de informação, para possibilitar ao cidadão e à imprensa o acesso a documentos, especialmente os que tenham peso de decisão (PETTIT, 2007, p. 232-233).

Os recursos consultivos, ao seu turno, exigem que o Estado consulte os cidadãos, quando da tomada de decisões, tanto no âmbito legislativo, quanto no âmbito administrativo. Neste sentido, as democracias devem prover formas de participação pública (individual ou em associação) na tomada de decisão (PETTIT, 2007, p. 234-235). No Brasil, por exemplo, além dos plebiscitos, há a realização de diversas audiências públicas, tanto para fins administrativos (licenciamento ambiental; orçamento participativo das cidades etc.), quanto para fins legislativos (audiências públicas no Senado Federal e na Câmara dos Deputados Federais etc.), sem desprezo das audiências públicas realizadas perante o Poder Judiciário (além das tradicionais audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, o Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – prevê a utilização dessas audiências na alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, conforme art. 927, §2º da referida lei, dentre outras situações que serão abordadas no capítulo 3 desta dissertação).

Por fim, os recursos apelativos, que, na visão de Pettit, “permitem que os cidadãos comuns desafiem aqueles que estão no governo” (PETTIT, 2007, p. 236). Neste sentido, os recursos apelativos permitem que os cidadãos contestem a legalidade e o mérito das decisões governamentais, mas não apenas, posto que também se pode questionar a “má administração”, em atitudes de negligência, demora, falta de atenção etc. Exemplos de recursos de apelação fornecidos por Pettit (2007, p. 235-237) incluem o pedido de abertura de comissão

parlamentar de inquérito, mas sobretudo a revisão judicial, realizada por tribunais e cortes, tanto para anulação por vícios de legalidade, quanto para reforma do mérito das decisões.

À guisa de conclusão, a teoria de Philip Pettit defende o ideal de não-dominação, proveniente da teoria republicana da liberdade, como ideal maior de uma república, na medida em que a distinção da interferência em função da arbitrariedade permite alcançar um ideal que seja sociológica e constitucionalmente rico a ser defendido pelo Estado. A este cabe a defesa contra os inimigos externos e a proteção do cidadão contra o *dominium* privado. Para que o Estado, por si mesmo, não seja fonte de dominação (neste caso, *imperium*), suas ações devem buscar a satisfação de interesses comuns assumidos, e tão-somente estes, o que, por sua vez, exige um regime bidimensional de democracia: de um lado, uma democracia autoral, com aparato eleitoral que possibilite a identificação dos interesses comuns; de outro, uma democracia editorial, com aparato contestatório, que forneça ao cidadão recursos procedimentais, consultivos e apelativos que permitam a contestação dos atos estatais que impliquem dominação e persigam interesses alheios ao comum.

2 ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA: O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTITUIÇÃO REPUBLICANA

No capítulo anterior, restaram assentadas as bases do republicanismo defendido por Philip Pettit, a partir da sua teoria da liberdade, entendida em termos de não-dominação (ou ausência de interferência arbitrária), como ideal político republicano, que deve ser buscado por intermédio de uma democracia contestatória, de natureza bidimensional: i) por um lado, há a dimensão autoral, que consiste na democracia eleitoral (representativa), em que o povo (coletivamente) é autor (indireto) das decisões estatais mediante seus representantes eleitos; ii) por outro, há uma dimensão editorial, que permite ao cidadão (coletiva ou isoladamente) o controle (direto) e a contestação de ações estatais, quando estas impliquem dominação.

A partir do conceito de democracia contestatória, de matriz republicana, há a necessidade de se analisar o *locus* contemporâneo desta democracia, razão pela qual este capítulo cuida de uma abordagem do conceito de esfera pública e sua relação com o Poder Judiciário.

É importante destacar que nos séculos XIX e XX o pensamento político e ideológico ficou tomado pelo debate entre marxismo e liberalismo, de maneira que somente em Hannah Arendt se reacendeu o interesse pelo pensamento republicano e, conseqüentemente, temas típicos do republicanismo voltaram à tona, como, por exemplo, a cidadania ativa, participação e a natureza da liberdade (BIGNOTTO, 2013, p. 07).

Dada a recente retomada do republicanismo a partir da divulgação das ideias de Hannah Arendt, é com base nesta autora que o presente capítulo inicia a investigação acerca da esfera pública, já no subitem 2.1.

Em seguida, no subitem 2.2, apresenta-se o pensamento de Jürgen Habermas acerca da esfera pública, dada a grande influência exercida por este autor na temática, especialmente no que diz respeito à democracia deliberativa.

Após isto, e consolidadas as premissas arendtianas e habermasianas sobre a esfera pública, retoma-se o republicanismo de Philip Pettit, demonstrando as similitudes e diferenças do seu conceito de esfera pública em relação aos autores citados anteriormente (subitem 2.3), bem como algumas conseqüências daí decorrentes.

Em seguida (2.4), acrescentam-se as contribuições de Michael Walzer, no sentido de que a esfera pública não é marcada apenas por indivíduos e grupos que se formam do voluntarismo individual. Ao lado das associações voluntárias, há, também, as associações involuntárias, que exercem grande influência no debate democrático.

Ao final deste capítulo (subitem 2.5), sustenta-se que o Poder Judiciário consiste, atualmente, numa instituição republicana, ao se apresentar como *medium* da esfera pública, ou, em outros termos, por permitir que os cidadãos e grupos se ajuntem neste fórum para dialogar e deliberar sobre assuntos de interesse comum e rechaçar a dominação.

2.1 A ESFERA PÚBLICA NA FILOSOFIA DE HANNAH ARENDT

Como já foi demonstrado anteriormente, o pensamento republicano – embora não seja homogêneo – apresenta forte preocupação com os temas da participação, cidadania, vida ativa, bem como com a liberdade. Não é diferente o pensamento de Hannah Arendt¹⁵, que retoma tais elementos, dentro do pensamento republicano, como uma crítica à sociedade de massas, entendida como “uma sociedade apática e que havia experimentado os efeitos da destruição total da esfera pública nos governos totalitários” (BIGNOTTO, 2013, p. 09).

Neste sentido, o presente tópico pretende apresentar o que Hannah Arendt entende, com base no pensamento político grego, por esfera pública, mas, sobretudo, apontar a crítica dirigida pela filósofa contra a sociedade de massas, enquanto um fenômeno recente que conseguiu minar a esfera pública, a ação e a participação.

Sob o epíteto de *vita activa*, Hannah Arendt designa três atividades fundamentais humanas; fundamentalidade que reside no fato de a cada atividade corresponder uma condição básica para o homem ter recebido a vida na terra. Portanto, a cada atividade fundamental corresponde uma condição humana: i) o trabalho – consistente no “processo biológico do corpo humano” – tem por condição a própria vida; ii) a obra – produção artificial de coisas, diferente da atividade “natural” do trabalho – tem por condição a mundanidade; iii) a ação – atividade imediata entre homens, isto é, sem mediação por matéria ou coisas – tem por condição a pluralidade¹⁶. Para a autora, a pluralidade consiste na condição por excelência

¹⁵ Filósofa alemã que nasceu em 1906 e faleceu em 1975. Devido à sua origem judaica, sofreu privação de direitos, emigrou para Praga, Genebra e Paris, onde foi presa pelos alemães. Em 1941, conseguiu fugir da prisão e emigrou aos Estados Unidos da América.

¹⁶ O livro “A condição humana”, de Hannah Arendt, foi publicado originalmente em 1958. Em edições anteriores, as três atividades humanas fundamentais designadas pelo termo *vita activa* eram traduzidas como

para a vida política (ARENDDT, 2014, p. 15-17)¹⁷.

Neste sentido, as atividades do trabalho e da obra podem ser imaginadas fora do contexto de pluralidade, isto é, desenvolvidas por um homem isolado, diferentemente da ação, que é exclusividade do homem inserido na política, dependente, sempre, da presença de outros indivíduos (ARENDDT, 2014, p. 31). Com base na ação, que somente pode ser desenvolvida na *polis* – ou seja, sob a condição da pluralidade –, Arendt passa a demonstrar o surgimento da cidade-estado grega (*polis*), entendida como o *locus* da ação¹⁸.

Desta demonstração, Hannah Arendt retira que o surgimento da *polis* implicou o delineamento de dois âmbitos, completamente separados: de um lado, a esfera da vida privada, correspondente à esfera da família; de outro, a esfera da vida pública, correspondente à política. Portanto, resultam do surgimento da *polis* duas dicotomias bem delimitadas (vida privada *versus* vida pública; família *versus* política). Daí observa uma rígida dicotomia retirada do pensamento grego clássico, a qual não retrata a existência de uma esfera social: esta, a rigor, não se subsume à esfera privada, tampouco à esfera pública em sentido estrito, e seu surgimento se deu no advento da era moderna, encontrando “sua forma política no estado nacional” (ARENDDT, 2014, p. 37-38).

Quanto a esta observação, Arendt (2014, p. 32) pretende demonstrar que a afirmação de Aristóteles – o homem é um *zoon politikon* – foi mal traduzida para o latim, conforme se verifica em Sêneca e em Tomás de Aquino, para *animal socialis*, substituindo, indevidamente, o “político” grego pelo “social” romano, o que importou o esquecimento do conceito grego do político. Na visão da autora (ARENDDT, 2014, p. 37), tal substituição, além de se tratar de um erro de interpretação e de tradução, com redução de significado e inadequada adaptação de ideias gregas ao contexto romano-cristão, inseriu o elemento “sociedade” num esquema

labor, trabalho e ação, e não como trabalho, obra e ação, como consta na 12ª edição revista, datada do ano de 2014, utilizada neste estudo.

¹⁷ A filósofa acrescenta a condicionalidade humana, no sentido de que, além das condições humanas “naturais” mencionadas (vida, mundanidade e pluralidade), há outras condições que são criadas (“artificiais”) pelo homem, isto é, “Tudo o que espontaneamente adentra o mundo humano, ou para ele é trazido pelo esforço humano, torna-se parte da condição humana” (ARENDDT, 2014, p. 17). Entretanto, adentrar em tais aspectos desviaria o foco da presente dissertação.

¹⁸ Em semelhança aos animais, também por questões relacionadas às necessidades biológicas, o ser humano realiza associações naturais, com vínculos de parentesco; no entanto, diferentemente daqueles, o ser humano possui uma segunda vida, localizada em outra ordem de existência, que vai além da vida privada, consistente no *bios politikon*, o qual somente pode ser exercitado afastado de qualquer organização à base de parentesco. Portanto, o surgimento da *polis* decorre da supressão das organizações parentais (*phratria* e *phyle*), para que o indivíduo pudesse exercitar seu *bios politikon*, distinto da vida privada e da sua associação natural (que em nada o difere de um animal). É com o surgimento da *polis* que o homem pode passar toda a sua vida na esfera pública, exercitando a ação (*práxis*) e o discurso (*lexis*) (ARENDDT, 2014, p. 33-34).

dividido apenas entre esfera pública e esfera privada; em outros termos, se até então os gregos apenas verificavam a existência de duas esferas (pública e privada), a inadequada tradução latina de “político” para “social” dificultou o entendimento acerca das esferas, pois soergueu um terceiro elemento, a esfera social, que não é esfera pública, nem esfera privada – e que, a rigor, se trata de um conceito muito mais recente, da era moderna.

A rigor, segundo Arendt (2014, p. 38), “o homem é um ‘animal social’ antes de ser ‘animal político’”, afinal, já está inserido em um contexto familiar, por imposição da natureza e das necessidades biológicas, e somente depois de transposta a barreira da família (do “social”) que o indivíduo pode se inserir na *polis*.

Nesta teoria aqui tratada, verifica-se que o nascimento do elemento “sociedade” cria uma grande dificuldade perante a dicotomia das esferas pública e privada: a esfera pública, que é a esfera da *polis*, diz respeito a um “mundo comum”; a esfera privada, que é a esfera da família, diz respeito à “manutenção da vida”; e o pensamento político grego se pautava por inteiro nesta dicotomia. Por sua vez, a introdução do elemento sociedade difunde a visão das “comunidades políticas como uma família cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica nacional e gigantesca” (ARENDR, 2014, p. 37). A crítica feita por Arendt, portanto, é no sentido de que

(...) o que chamamos de “sociedade” é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada “nação”. Assim, é-nos difícil compreender que, segundo o pensamento dos antigos, neste particular, o próprio termo “economia política” teria sido, de certa forma, contraditório: pois o que fosse “econômico”, relacionado com a vida do indivíduo e a sobrevivência da espécie, não era assunto político, mas doméstico por definição (ARENDR, 2014, p. 38).

O que a filósofa alemã pretende demonstrar, neste ponto, é a diferença entre o pensamento político antigo (grego) – dividido entre esfera pública e esfera privada – e o pensamento político moderno – onde há a inserção de uma esfera social¹⁹.

¹⁹ O pensamento político antigo, dos gregos, enxergava um grande abismo entre a vida privada (familiar, doméstica) e a vida pública (política). A verdadeira liberdade se encontraria na *polis*, na esfera pública, porém, para nela se inserir, o indivíduo deveria vencer suas necessidades, o que ocorre na vida privada (família). Assim, “se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *polis*”, e a luta contra as necessidades (que ocorria no seio familiar) justificava a força e a violência, que são formas pré-políticas de organização. Já no pensamento político moderno, insere-se o elemento “sociedade”, o Estado passa a ser o detentor do monopólio sobre a força e a violência, e então a liberdade da sociedade passa a exigir a limitação da autoridade política (ARENDR, 2014, p.40).

É interessante notar a construção realizada por Arendt: no pensamento antigo, marcado pela dicotomia privado-público (*família-polis*), a esfera familiar era submetida a um poder despótico do chefe do lar, mantendo a ideia de uma unanimidade e do interesse comum unificado; a transformação da “família” em “sociedade” acarreta a mudança de um governo monárquico, despótico, absoluto, centrado num chefe, para um “governo de ninguém”, o qual, mesmo sendo um “governo de ninguém”, não se trata de um “não-governo”, posto que “o suposto interesse único da sociedade como um todo em questões econômicas (...) não deixa de governar por ter perdido sua personalidade” (ARENDDT, 2014, p. 47-49).

Em outras palavras, a transmutação da dimensão familiar em dimensão social (ou, melhor, nas palavras da autora, a “absorção da unidade familiar por grupos sociais correspondentes”) despersonaliza o governo, na medida em que não há mais um chefe absoluto, contudo, a sociedade, assim como a família, é governada e guiada por um (suposto) interesse único, mesmo que despersonalizado, o qual “pode, de fato, em certas circunstâncias, vir a ser uma das suas mais cruéis e tirânicas versões” – conforme critica Arendt (2014, p. 49).

Neste sentido, observa a filósofa que, de forma semelhante à esfera familiar e ao lar na antiguidade, a atual sociedade não permite aos indivíduos o exercício da ação; em vez de estimular a ação, a sociedade moderna impõe padrões comportamentais, regras dos mais variados tipos, que tem por finalidade “normalizar” os membros da sociedade, de forma a dificultar a ação espontânea. Tal característica, que já era verificada na sociedade semifeudal²⁰, é intensificada com o modelo de sociedades de massas: se, anteriormente, as famílias foram absorvidas por grupos e sociedades, na sociedade de massas os grupos sociais são absorvidos por uma sociedade única, isto é,

(...) com o surgimento da sociedade de massas o domínio do social atingiu, finalmente, após séculos de desenvolvimento, o ponto em que abrange e controla, igualmente e com igual força, todos os membros de uma determinada comunidade (ARENDDT, 2014, p. 49-50).

Portanto, a sociedade de massas promove uma forma de igualdade que, no pensamento arendtiano, se trata de “reconhecimento jurídico e político do fato de que a sociedade conquistou o domínio público”, igualdade²¹ esta decorrente do comportamento (padronizado,

²⁰ Em “A condição humana”, Hannah Arendt faz uma análise da sociedade em três estágios, que a autora denomina de sociedade semifeudal (século XVIII), sociedade de classes (século XIX) e sociedade de massas (primeira metade do século XX) (ARENDDT, 2014, p. 50-51; ANDRADE, 2013, p. 233).

²¹ É interessante notar o contraponto que Arendt desenvolve quanto à diferença do conceito de igualdade nos

regulamentado) e do conformismo – que, na sociedade moderna, se apresentam como substitutos da ação: na sociedade, a forma de o indivíduo agir em relação aos demais é o “comportamento”, e não a ação (ARENDDT, 2014, p. 50-51).

Para a autora, o surgimento desta “nova” esfera – a sociedade, não existente na dicotomia grega clássica entre político e privado, *polis* e família (*oikia*) – introduz questões domésticas, do lar, relacionadas à sobrevivência, no domínio público, isto é, a esfera da sociedade tem a tendência a crescer e invadir os demais domínios, especialmente o domínio público, como tem ocorrido nos últimos três séculos. Segundo a filósofa, o conformismo – “único interesse, única opinião”, que decorre da unicidade da espécie humana (se referindo ao “animal humano”, tal qual era visto, na antiguidade, quando inserido apenas no seio da família, sem participar na *polis*) na luta pela sobrevivência – reforça a sociedade de massas, a qual chama para si a responsabilidade de ser o ambiente em que “o homem como animal social reina supremo e onde aparentemente a sobrevivência da espécie poderia ser garantida em escala mundial”; contudo, ao mesmo tempo, esta sociedade de massas pode se constituir uma ameaça de extinção da humanidade (ARENDDT, 2014, p. 56).

A este respeito, exemplifica-se demonstrando que a sociedade foi erigida à categoria de “organização pública do processo vital”, no sentido de que, em relativamente pouco tempo, a sociedade transformou todas as comunidades em sociedades de trabalhadores e de empregados, e as reduziu à atividade de manutenção da vida, sustento próprio e de sua família (ARENDDT, 2014, p. 57).

Com base nisto, sustenta-se a ruptura da dicotomia público-privado, promovida pela inserção do elemento sociedade, que levou a esfera pública (que nos antigos era marcada pela atividade da ação e do discurso, eminentemente políticos) a ser preenchida e se preocupar com a sobrevivência humana (que nos antigos era assunto da esfera privada, familiar, realizada pela atividade da obra). Noutros termos, a sociedade acabou por (con)fundir público e privado, tornando fluida a separação entre os dois âmbitos, e ainda reduzindo a esfera pública às questões de obra e sobrevivência. Nas palavras da autora,

A sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da vida, e de

antigos e a igualdade moderna: a igualdade moderna diz respeito a comportamentos padronizados na esfera social (que acaba por se fundir com a esfera pública), ao passo que a igualdade dos tempos antigos significava “ser admitido na vida entre os pares”, isto é, ser admitido em igual condição de participar do domínio público, e, neste, exercer sua individualidade, demonstrar sua superioridade (*aien aristuein*) em relação aos demais, dados os seus feitos e façanhas singulares, que o distinguem de todos os demais (ARENDDT, 2014, p. 50-51).

nada mais, adquire importância pública, e na qual se permite que as atividades relacionadas com a mera sobrevivência apareçam em público (ARENDDT, 2014, p. 58).

Para Arendt, ao retirar o trabalho do âmbito privado, das famílias, e alçá-lo à coisa pública, mediante a organização do trabalho (comunidades organizadas em sociedades de trabalhadores e empregados), foram retiradas várias restrições que sempre fizeram do trabalho um processo recorrente e circular, permitindo um aumento acelerado da produtividade do trabalho, que, para a filósofa, constitui um “crescimento artificial do natural” (ARENDDT, 2014, p. 57-59).

Neste sentido, há a crítica de que esta modificação promovida pelo domínio social – que, diga-se de passagem, alterou o mundo inteiro em poucos séculos – não pode ser resistida pelos domínios privado e político, isto é, estes domínios (privado e político) não têm como se defenderem deste crescimento artificial do natural, que em certa medida corresponde ao crescimento do domínio social (ARENDDT, 2014, p. 58).

As profundas transformações ocorridas na divisão do trabalho fizeram com que esta esfera da vida, o trabalho, alcançasse a “excelência”; contudo, nas palavras Arendt, “embora a extrema necessidade torne o trabalho indispensável à manutenção da vida, a última coisa a esperar dele seria a excelência”, isto é, dentre os âmbitos da vida, não se podia esperar que logo o trabalho alcançasse a excelência (ARENDDT, 2014, p. 59)²².

No pensamento antigo, a excelência (*aretê*, no grego, ou *virtus*, no latim) somente poderia ser alcançada no domínio público, onde, como já demonstrado anteriormente, o indivíduo poderia demonstrar sua superioridade (*aien aristuein*), e esta superioridade, além de ser demonstrada por seus feitos e façanhas individuais, deveria ser presenciada por outros indivíduos. Portanto, para a autora, a verdadeira excelência somente pode ser alcançada na esfera pública, nunca no domínio privado, tampouco no domínio social. Ainda que a excelência tenha sido alcançada na esfera do trabalho, tal fato ocorreu à custa da capacidade de ação e de discurso, que foi relegada ao âmbito privado e íntimo (ARENDDT, 2014, p. 59-61). Convém citar a lição de Arendt (2014, p. 60):

Toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na privacidade; para a excelência, por definição, é sempre requerida a presença de

²² Hannah Arendt inclusive demonstra que apesar de em variados idiomas (grego, latim, francês e alemão, por exemplo), a origem da palavra “trabalho” remonta a esforço, dor, fadiga, pena, sempre originado de um contexto de extrema miséria ou pobreza, isto perdeu significado na sociedade moderna (ARENDDT, 2014, p. 59).

outros, e essa presença exige a formalização do público, constituído pelos pares do indivíduo; não pode ser a presença fortuita e familiar de seus iguais ou inferiores. Nem mesmo o domínio social – embora tenha tornado anônima a excelência, enfatizando o progresso da humanidade ao invés das realizações dos homens e alterado o conteúdo do domínio público ao ponto de desfigurá-lo – pôde aniquilar completamente a conexão entre a realização pública e a excelência. Embora nos tenhamos tornado excelentes na atividade do trabalho que realizamos em público, a nossa capacidade de ação e de discurso perdeu muito de seu antigo caráter desde que a ascendência do domínio social banuiu estes últimos para a esfera do íntimo e do privado. Essa curiosa discrepância não passou despercebida do público, que geralmente a atribui a uma suposta defasagem entre nossas capacidades técnicas e nosso desenvolvimento humanístico em geral, ou entre as ciências físicas, que alteram e controlam a natureza, e as ciências sociais, que ainda não sabem como alterar e controlar a sociedade.

Portanto, não há que se falar de excelência humana sem que haja um local adequado para ela; não há atividade humana que possa se tornar excelente sem que haja um *locus* propício ao seu exercício; e somente os elementos que constituem o domínio público fazem deste o local adequado para a excelência humana (ARENDRT, 2014, p. 61).

Dito isto, o que sucede na obra de Hannah Arendt pode ser entendido como uma resposta à seguinte questão: “quais elementos constituem o domínio público?”, que é respondida por dois fenômenos que compõem o termo “público”.

Na linha deste pensamento, em primeiro lugar, o termo público designa tudo o que pode receber a maior divulgação possível, podendo ser visto e ouvido por todos, no sentido de que a aparência é a própria realidade, de forma que somente pode ser entendido como realidade aquilo que pode ser visto e ouvido por todos e por nós mesmos. Exatamente por isto, mesmo aquilo que é atrelado à vida íntima possui uma “existência incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, (...) de modo que assumam um aspecto adequado à aparição pública”. Isso porque, para a filósofa, é a presença de outros indivíduos que veem o mesmo que nós vemos que nos garante a realidade, de sorte que a realidade depende totalmente da aparência (ARENDRT, 2014, p. 61-63). Assim, existem assuntos que, por sua irrelevância, não são dignos de serem vistos ou ouvidos, razão pela qual permanecem na esfera privada ou íntima, não sendo alçados ao domínio público; ao mesmo tempo em que há assuntos que, justamente em razão da sua grande relevância, somente podem sobreviver se resguardados, protegidos no âmbito do domínio privado²³.

²³ “Uma vez que nosso senso de realidade depende totalmente da aparência e, portanto, da existência de um domínio público no qual as coisas possam emergir da treva de uma existência resguardada, até a meia-luz que ilumina nossas vidas privada e íntima deriva, em última análise, da luz muito mais intensa do domínio público. No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e radiante da constante presença de outros

Em segundo lugar, o termo “público” designa o “mundo”: não se trata do planeta Terra, nem da natureza, mas de um mundo construído pelo homem, ou seja, um lugar comum para todos e que ao mesmo tempo possui lugares diferentes para cada um. O mundo, neste sentido, é visto como aquilo que fica interposto entre os homens, mas que estes possuem em comum, sendo comparado pela filósofa a uma mesa, que se interpõe entre aqueles que estão sentados ao seu redor, servindo, simultaneamente, para separar os homens e relacioná-los entre si. Assim, “o domínio público, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que caiamos um sobre os outros, por assim dizer” (ARENDDT, 2014, p. 64-65).

Tendo por base tais lições, Hannah Arendt dirige forte crítica à sociedade de massas, no sentido de que não há um mundo comum, um domínio público, que consiga efetivar a congregação, relação e separação simultânea dos membros dessa sociedade²⁴.

A razão de ser da referida crítica decorre da transformação da ação em comportamento – o que é intensificado na sociedade de massas –, bem como da necessidade de perspectivas diversificadas, em posições diferentes, daqueles que interagem no domínio público: uma vez que a sociedade de massas “normaliza” e “padroniza” os indivíduos, não é possível a criação de um domínio público, o qual requer perspectivas diferentes, pessoas que ocupem posições diferentes²⁵; a pluralidade de pontos de vista jamais será alcançada no seio de uma família²⁶ e, da mesma forma, tampouco na sociedade de massas²⁷, onde a visão comum, o interesse

na cena pública; nesta, só pode ser tolerado o que é relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente um assunto privado. É claro que isto não significa que as questões privadas sejam geralmente irrelevantes; pelo contrário, veremos que existem assuntos muito relevantes que só podem sobreviver no domínio privado. O amor, por exemplo, em contraposição à amizade, morre ou, antes, se extingue assim que é trazido a público (“Nunca busques dizer teu amor / Amor que nunca se pode contar”). Dada a sua inerente não-mundanidade [*worldlessness*], o amor só pode ser falsificado e pervertido quando utilizado para fins políticos, como a transformação ou a salvação do mundo” (ARENDDT, 2014, p. 63).

²⁴ “O que torna a sociedade de massas tão difícil de ser suportada não é o número de pessoas envolvido, ou ao menos não fundamentalmente, mas o fato de que o mundo entre elas perdeu seu poder de congregá-las, relacioná-las e separá-las” (ARENDDT, 2014, p. 65).

²⁵ “(...) a realidade do domínio público depende da presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser concebido. Pois, embora o mundo comum seja o local de reunião de todos, os que estão presentes ocupam nele diferentes posições, e, assim como se dá com dois objetos, o lugar de um não pode coincidir com o de outro. A importância de ser visto e ouvido por outros provém do fato de que todos vêm e ouvem de ângulos diferentes (ARENDDT, 2014, p. 70).

²⁶ “(...) É esse o significado da vida pública, em comparação com a qual até a mais fecunda e satisfatória vida familiar pode oferecer somente o prolongamento ou a multiplicação de cada indivíduo, com seus respectivos aspectos e perspectivas. “(...) esse ‘mundo’ familiar jamais pode substituir a realidade resultante da soma total de aspectos apresentados por um objeto a uma multidão de espectadores” (ARENDDT, 2014, p. 71)

²⁷ “(...) Quando já não se pode discernir a mesma identidade do objeto, nenhuma natureza humana comum, e muito menos o conformismo artificial de uma sociedade de massas, pode evitar a destruição do mundo comum, que é geralmente precedida pela destruição dos muitos aspectos nos quais ele se apresenta à pluralidade humana.

comum imposto pelo comportamento padronizado, ratificado pela estatística, faz com que todos os indivíduos assumam o mesmo ponto de vista, como se fossem integrantes de uma mesma família, de forma que o que deveria ser um mundo comum passa a ser visto sob uma única perspectiva²⁸.

A explanação do pensamento arendtiano, neste estágio da dissertação, pode ser esquematizada da seguinte maneira: i) o pensamento grego era dividido exclusivamente entre esfera pública e esfera privada, *polis* e família; ii) a esfera privada era uma organização pré-política, organizada na base da força, unificando as vontades e os interesses, em prol da sobrevivência; iii) a esfera pública não se pautava na força, tampouco se podia falar de vontade unificada, posto que se tratava justamente do *locus* em que os cidadãos exerciam a ação e o discurso, a fim de expor suas particularidades e individualidades, feitos e façanhas; iv) a *polis* era o local do debate, da pluralidade de pessoas e de opiniões; v) a esfera pública era o *locus* para pessoas iguais, mas diferentes: igualmente cidadãos, mas cada qual em sua singularidade; vi) a modernidade acarretou transformações que erigiram uma terceira esfera, a social, que fragiliza tanto a esfera privada, quanto a esfera pública, sobretudo numa sociedade de massas; vii) a esfera social retira assuntos tipicamente privados, como a sobrevivência, da sua área de privacidade, tornando-os temas de interesse coletivo; viii) a esfera social padroniza e normaliza condutas, o que fragiliza a pluralidade de opiniões exigida na esfera pública.

Bittar e Almeida (2005, p. 384) encerram este pensamento de forma sintética, associando liberdade, espaço público e cidadania:

Para manter a prática da liberdade, os seres humanos devem preservar o espaço público. Esse espaço, para ser preservado, requer a manutenção de um direito mínimo, a cidadania, que Hannah Arendt chamou de “o direito a ter direitos”. O exercício da cidadania é o “meio criador” do espaço público que torna possível a liberdade.

No entanto, a concepção de esfera pública até aqui apresentada, desenvolvida por Hannah Arendt, apresenta algumas dificuldades ao desenvolvimento da presente dissertação.

(...) Isso pode ocorrer (...) nas condições da sociedade de massas ou de histeria em massa, em que vemos todos passarem subitamente a se comportar como se fossem membros de uma única família, cada um a multiplicar e prolongar a perspectiva do vizinho. Em ambos os casos, os homens tornam-se inteiramente privados, isto é, privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular, que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada inúmeras vezes (ARENDDT, 2014, p. 71).

²⁸ “O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite apresentar-se em uma única perspectiva” (ARENDDT, 2014, p. 71).

Esta afirmação decorre da constatação de que a esfera pública é descrita por Arendt de maneira demasiadamente abstrata, traduzindo a concepção política como um “estar-no-mundo” (NASCIMENTO, 2016, p. 208), isto é, manifestações gerais do cidadão, em sua particularidade e singularidade, para além do espaço privado.

Em “A condição humana”, a filósofa não apresenta instituições concretas, situadas no tempo e no espaço, quer na era moderna, tampouco nas comunidades gregas, sobre as quais a análise se pautou, ou seja, apresenta-se uma noção abstrata e idealizada de esfera pública, sem demonstrar efetivamente como ela se concretizou no passado, nem mesmo se preocupou em propor formas de organização política para efetivar uma esfera pública no contexto das sociedades modernas.

Embora Arendt tenha a virtude de promover a revalorização da esfera pública e de indicar a necessidade desta ser caracterizada por reunir cidadãos em torno de questões comuns, assegurando igualdade e pluralidade, e exigindo a manifestação discursiva dos agentes políticos, é evidente que esta concepção abstrata não escapa de críticas. Isto porque

Essa concepção de política, exposta em toda sua profundidade em *A Condição Humana*, permeia outros textos de Hannah Arendt e informa boa parte da discussão de estudiosos importantes do pensamento da filósofa. Dana Villa, neste sentido, indaga se uma ação política que não possui *telos*, não se remete a uma relação meio-fins, e cuja principal característica é revelar o agente, não carregaria fortes tintas estéticas, reduzindo-se a uma performance; George Kateb observa que a ação para Hannah Arendt parece ser um jogo em que o mais importante é jogar, independentemente do resultado do jogo; e Habermas, ao analisar o conceito de poder em Hannah Arendt, mostra como a autora, ao reinterpretar o conceito aristotélico de práxis, acaba chegando ao paradoxo de conceber uma política despida de preocupações sociais e administrativas que dificilmente ilumina a situação das sociedades modernas (NASCIMENTO, 2016, p. 208).

Todavia, não se desprezam, neste trabalho, outros escritos de Arendt, nos quais a autora aborda a importância das instituições²⁹. A título de exemplo: Arendt demonstra como, a partir do século XIX, “a burguesia ingressou na política por necessidade econômica” (ARENDR, 2012, p. 193), dado que o capitalismo exige crescimento econômico constante, e, com isso, a burguesia tentou impor aos governos, por meio de lei, que o objetivo final da política externa fosse a expansão territorial, afinal, o capitalismo não podia aceitar as fronteiras nacionais como empecilho à expansão econômica; entretanto, o sistema político daquela época, fundado no conceito de Estado-nação, não se pauta pelo mesmo objetivo expansionista do sistema econômico (ARENDR, 2012, p. 194); no pensamento da autora,

²⁹ Sobretudo no livro “As origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo”, que, embora esta dissertação tenha se apoiado na edição de 2012 ao final referenciada, foi originalmente publicado em 1973.

portanto, as instituições estatais serviram como freio à expansão burguesa (NASCIMENTO, 2016, p. 210). Da mesma forma, Arendt atribui ao Senado romano o mérito da estabilidade política de Roma, na medida em que sua autoridade foi capaz de “amenizar a imprevisibilidade da política e estabilizar os assuntos humanos” (NASCIMENTO, 2016, p. 210).

Ainda sobre instituições, Arendt trabalha de maneira crítica a sociedade de massas, na medida em que não consegue articular um interesse comum e, por isso, não é capaz de se vincular às instituições políticas (PINHEIRO, 2007, p. 18). Também não se pode fazer vistas grossas à análise que a autora faz às sociedades de massa, sob a ótica da autoridade, a qual desmoronou, juntamente com a religião e a tradição (OLIVEIRA, 2006, p. 03), e, sucessivamente, acarretou o declínio das instituições modernas, como o Estado-nacional europeu e o sistema partidário (PINHEIRO, 2007, p. 18).

Com isso, pretendeu a autora demonstrar a importância das instituições para fins de concretizar uma esfera pública que articule os indivíduos, abra espaço para o exercício da ação e do discurso, permita o debate acerca de interesses comuns e mantenha a estabilidade política de uma determinada comunidade.

Demonstra-se, assim, que o pensamento da autora pode ser analisado sob duas dimensões³⁰: uma dimensão “ontológica”, em que a esfera pública é o “estar no mundo”, de maneira geral e abstrata, a qual é bem retratada em “A condição humana”; e uma dimensão institucional³¹, em que a política tem por objetivo a construção de instituições concretas, posto que tais instituições são imprescindíveis para a sustentação de uma esfera pública.

³⁰ As duas dimensões do pensamento político foram encontradas em Nascimento (2016). Para o autor, em algumas passagens, Hannah Arendt sugere que as duas dimensões estão em contradição, contudo, não é este o pensamento defendido por Nascimento, segundo o qual deve haver uma conformação entre a dimensão ontológica e a institucional.

³¹ “Já a outra dimensão da visão política de Hannah Arendt, ao contrário da que foi exposta acima, pode nos ajudar a compreender problemas políticos importantes do atual mundo pós-muro-de-Berlim. Chamei-a de institucional porque sua ênfase concentra-se, em larga medida, na estabilidade que instituições políticas podem assegurar ao espaço público, salvando a política de degenerar-se em conflitos por poder ou interesses privados. Este enfoque se encontra em vários de seus textos, como *Sobre a Revolução*, *O Que é Autoridade* e a segunda parte de *As Origens do Totalitarismo*, onde Arendt analisa o fenômeno do imperialismo. Todos eles, de uma forma ou de outra, preocupam-se justamente com as conseqüências nefastas dos mesmos elementos que Arendt em outras oportunidades apontou como partes constituintes do âmbito político. (...)Ao mesmo tempo, e como a própria Arendt admite em vários momentos, as instituições possuem a capacidade de fortalecer padrões de comportamento político legitimados e democráticos e, dessa forma, estabilizar o espaço público onde o cidadão se revela enquanto ator político. Ainda que não controle totalmente o resultado de suas ações e tenha que fazer face à imprevisibilidade, o cidadão que atua sob a égide de instituições tem mais condições de evitar a tragédia de tornar-se a eterna vítima dos acontecimentos que desencadeou.” (NASCIMENTO, 2016, p. 209, 213).

Mesmo trazendo à baila a dimensão institucional do pensamento político de Hannah Arendt – isto é, a defesa da necessidade de instituições para articulação da esfera pública –, nota-se facilmente que a autora se limitou à interpretação histórica de instituições de certa forma superadas ou reformuladas, especialmente referentes ao período do século XIX até os regimes totalitários da primeira metade do século XX. Não há, por outro lado, apontamento de instituições mais permanentes, que tenham resistido ao fenômeno das sociedades de massa ou ao regime totalitário. Além disso, a análise da autora é muito restrita à questão dos Estados-nacionais, não dedicando atenção a outras instituições que permeiam a sociedade³².

Ainda assim, vê-se que Arendt se limita a analisar o modo de ser concreto de instituições específicas, ou seja, nota-se uma ausência de normatividade em seu pensamento, no sentido de que, apesar de defender, em certa dimensão, a necessidade de instituições que dêem suporte à esfera pública, não aponta diretrizes de como “devem ser” as instituições no período pós Segunda Guerra.

Por esta razão, a presente dissertação aproveitará de Arendt a concepção de esfera pública que agrega os cidadãos para o debate e a construção do interesse comum, bem como extrairá das lições da filósofa a imprescindibilidade de instituições que sustentem a esfera pública.

Entretanto, na medida em que a esfera pública deve ser desempenhada em instituições concretas e estas são faltantes ou demasiadamente abstratas no pensamento da referida filósofa, os tópicos seguintes abordarão o pensamento de outros autores acerca de instituições, especialmente para se perquirir se o Poder Judiciário pode ser entendido, no estágio atual, como uma instituição de promoção de diálogo e deliberação da esfera pública.

2.2 A VISÃO CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS ACERCA DA ESFERA PÚBLICA

No tópico anterior, mostrou-se o pensamento de Hannah Arendt acerca da esfera pública, especialmente em termos filosóficos, enquanto “estar-no-mundo”, mas também sua

³² Em uma discussão sobre ciências políticas em 1963, que posteriormente foi transcrita e publicada como “Estado nacional y democracia”, Hannah Arendt (2010, p.191-194) afirma que a mais recente forma legítima de Estado – onde não se inserem os totalitários e os imperialistas – é o Estado Nacional, que surgiu na Revolução Francesa. Trata-se de um modelo de Estado “herdeiro do absolutismo” e marcado pela presença de três elementos: povo, território e Estado. Em seguida, a filósofa afirma que nem Inglaterra e Estados Unidos da América se enquadram nesse conceito de Estado Nacional derivado da Revolução Francesa, o que já demonstra certa limitação da área de pesquisa da autora, centrada nos Estados-nacionais da Europa continental. Além disso, os estudos de Arendt são voltados às instituições estatais, à organização governamental, desprezando outras dimensões institucionais que estão para além do Estado, como a família e o mercado.

visão política acerca do tema, notadamente no que diz respeito à importância das instituições. No entanto, há outros pensadores de peso que rivalizam com tal concepção de esfera pública, conforme já adiantado no tópico supra; dentre eles, encontra-se Jürgen Habermas³³ – autor pertencente à escola de pensamento denominada Teoria Crítica –, o qual terá a obra brevemente analisada a seguir, especialmente seu livro “Mudança estrutural da esfera pública³⁴”.

Após fazer sucinta observação acerca dos diversos significados que os termos “público” e “esfera pública” podem ter, de acordo com variações temporais, locais e culturais, Habermas analisa a evolução histórica da dicotomia “público” e “privado”. Importante observar que a pretensão do autor não é a de apenas reconstruir tais categorias historicamente, mas, sobretudo, “a discussão dos ideais normativos da esfera pública e seus desdobramentos efetivos e contraditórios na realidade das práticas sociais e instituições políticas” (WERLE, 2014, p. 16).

Noutros termos, a contribuição de Habermas não se limita à interpretação histórica; de maneira mais profunda, sua obra objetiva a demonstrar as condições sociais, culturais, comunicativas e institucionais que permitiram a formação das arenas públicas de discussão, isto é, que conduziram os indivíduos privados a aceitarem a existência de um *locus* de discussão pública, crítica e racional, da qual instituições, ações e juízos retiram sua legitimidade³⁵.

Retomando a análise histórica – assim como feito por Arendt, inclusive com afirmações bem semelhantes à autora –, Habermas (2014, p. 96) afirma que, na cidade grega, a esfera pública consistia na *polis* e estava em contraposição com a esfera privada das famílias (*oikos*).

³³ Filósofo alemão, nascido em 1929 e ainda em plena atividade intelectual.

³⁴ A edição consultada nesta dissertação é do ano de 2014, ao final referenciada, entretanto, a publicação original data de 1962.

³⁵ “Tendo como fio condutor a ideia kantiana de um uso público da razão, isto é, de pessoas privadas que discutem mediante razões uma variedade enorme de temas e questões (que incluem as experiências de intimidade e da subjetividade, questões da vida prática, os valores e as convicções de mundo etc.), Habermas investiga as condições históricas, sociais e institucionais e as funções críticas (cultural e política) assumidas pela esfera da comunicação e discussão pública entre cidadãos que se compreendiam como pessoas livres e iguais. Uma das questões centrais do livro é saber sob que condições sociais se formaram, nas sociedades modernas, arenas ou espaços públicos de discussão crítica e racional sobre questões comuns, conduzidos por pessoas privadas dispostas a assumir que o melhor argumento é a única fonte legítima para validar nossos juízos (sobre a cultura, a economia, a política, a religião, a verdade, e assim por diante) e, conseqüentemente, nossas ações e nossas instituições políticas” (WERLE, 2014, p. 17)

A vida pública (*bios politikos*) do cidadão livre (*koiné*) era constituída na forma de diálogo (*lexis*), geralmente na praça do mercado (*ágora*), mas também em outras instituições, como os conselhos e tribunais. A esfera pública, portanto, se apresenta como o local de relações intersubjetivas pautadas no diálogo, no qual os cidadãos se encontram em igualdade, mas se lhes é permitido o esforço para obter destaque (*aristoiein*) em relação aos demais – daí a afirmação de que as virtudes necessitam de comprovação e reconhecimento na esfera pública (HABERMAS, 2014, p. 96-98)³⁶.

Já na Idade Média, a contraposição comum entre público e privado não era tão vinculante, afinal, o regime feudal, caracterizado pela relação de dominação do suserano sobre seus vassallos, centralizou a organização econômica e do trabalho na casa do senhor, sem, contudo, que se pudessem equiparar os poderes do senhor feudal sobre a organização do trabalho ao poder despótico presente nos gregos antigos, na ideia de *oikos*. Portanto, restou caracterizado tal período histórico pela centralidade da casa do senhor, a qual não podia ser enquadrada como um domínio privado (*dominium*), tampouco possuidora de uma autonomia pública (*imperium*) (HABERMAS, 2014, p. 98-100).

O que Habermas afirma é que, com base em uma análise pautada em critérios institucionais, não se pode admitir a existência de uma esfera pública que seja um domínio próprio, distinto da esfera privada, da mesma forma como ocorria nos gregos antigos. Entretanto, existiam alguns elementos que exteriorizavam, deixavam evidentes e notórias as relações de dominação, tais como o selo principesco e o desfrute, pelo rei inglês, do *publicness*: tratava-se, portanto, nas lições do referido autor, de uma representação pública da dominação (HABERMAS, 2014, p. 100-101).

É de crucial importância observar que tal esfera pública representativa não consistia em uma esfera de domínio social, mas de um *status*, de uma demonstração pública, uma representação pública da dominação exercida por alguém sobre outrem, como a dominação do senhor feudal – detentor de um “poder mais elevado” – sobre os vassallos. Portanto, a esfera pública era a esfera da representação em público de uma relação de dominação e de poder: aquela relação de dominação que era tendencialmente oculta, por se desenvolver no âmbito

³⁶ A tônica da dissertação repousa sobre a esfera pública, de maneira que a ideia de esfera privada não será demonstrada, neste momento, na medida em que Habermas também relaciona a esfera privada à casa (*oikia*), trabalho, economia doméstica e subsistência, isto é, esfera privada enquanto “domínio da necessidade e da transitoriedade” (HABERMAS, 2014, p. 97), sem diferenciar substancialmente, neste aspecto histórico, da análise de Hannah Arendt, razão pela qual se reporta ao tópico anterior, onde a esfera privada foi descrita por Arendt.

privado da casa do senhor feudal, deveria se tornar pública, mediante a representação e exposição da dominação (HABERMAS, 2014, p. 102)³⁷.

Este sistema feudal de esfera pública representativa se manteve na estrutura das cortes francesas, nos cerimoniais espanhóis, e ganhou força em Florença, Paris e Londres, sendo assimilada pela cultura burguesa, integrando o humanismo à vida cortesã, de maneira que o estilo de vida cortesã passou a ser representado publicamente pelo “homem da corte”, um “novo cavaleiro” – posteriormente identificado como o *gentleman* inglês ou o *honnête homme* francês –, que veio a substituir o senhor feudal como sujeito da representação. O “centro da corte” passa a ser o homem da corte, com sua sociabilidade “alegre e eloqüente”, em superação ao “nobre da terra, independente, apoiado em sua dominação feudal” (HABERMAS, 2014, p. 105-107).

Merece observação o fato de que a substituição da representação do nobre da terra pelo homem da corte também acarretou mudança do *locus* de manifestação da representação: enquanto o nobre da terra representava sua dominação nas ruas e praças públicas, especialmente nos dias festivos, o homem da corte mostrava sua superioridade nas festas barrocas, que eram realizadas dentro dos salões dos castelos. Esta observação poderia ser interpretada como uma objeção à ideia de representação, na medida em que transfere o *locus* do âmbito “público” das praças e ruas para o âmbito “privado” do salão do pátio, retirando a publicidade da representação; contudo, na verdade, reforça-se a lógica da esfera pública representativa, na medida em que era franqueado o acesso do “povo” para assistir os espetáculos das festas ali promovidas, sem, porém, poder participar dos banquetes, que eram apenas para os “notáveis”, realizados às “portas fechadas” (HABERMAS, 2014, p. 107-108)³⁸.

³⁷ Habermas (2014, p. 102-103) exemplifica como se dá esta exteriorização, publicização da dominação, na chamada esfera pública representativa, especialmente recorrendo a um “código de comportamento cavaleiresco”, que consiste em “insígnias (emblemas, armas), hábitos (vestimentas, penteado), gestos (modo de saudar, postura) e retórica (formas de falar, discursos formais em geral)” os quais demonstram publicamente o pertencimento da pessoa a uma classe nobre e dominadora, especialmente em dias festivos e “grandes dias”, como o dia nos tribunais. Todo este sistema de representação não configura, contudo, uma esfera pública no sentido próprio da palavra, na medida em que não promove uma esfera de comunicação política.

³⁸ Noutros termos, as grandes festas eram realizadas na presença do povo, para que ele pudesse ver a grandiosidade do rei ou príncipe que dá a festa, mas, simultaneamente, este povo ficava aliado de participar dos banquetes. Esta estrutura, de assistir, mas não participar, reforça a lógica da representação: o povo deve estar presente para ver a representação da superioridade dos poderosos, bem como para ser inferiorizado, no que diz respeito a não poder participar dos banquetes. Nada disso faria sentido sem a presença do povo, e, portanto, é correto afirmar que a representação é para o povo, para demonstrar e reforçar ao povo a superioridade de um determinado monarca.

Este modelo representativo de esfera pública, que encontrou seu grau mais bem elaborado na etiqueta de Luis XIV, sobreviveu até o início do século XIX, contudo, sofrendo sucessivas quedas, como o surgimento dos Estados modernos em superação ao fundamento feudal de dominação, a decomposição dos grandes poderes feudais da Igreja, principado e nobreza, decorrente de uma polarização que, ao final, retomou a dicotomia público-privado. Portanto, já a partir do século XVIII se torna possível a visualização da separação de esfera pública e privada, em um conceito moderno. Cria-se, portanto, uma esfera denominada “sociedade civil”, que consiste no espaço por excelência para o exercício da autonomia privada, e que se contrapõe ao Estado, entendido como público por excelência (HABERMAS, 2014, p. 108-111).

Para demonstrar a decadência do modelo de esfera pública representativa, que perdurou na Alemanha – por ser atrasada econômica e politicamente – até o início do século XIX, Habermas recorre ao romance *Wilhelm Meister Lehrjahre*, de Johann Wolfgang Von Goethe, no qual Wilhelm, nascido em uma família burguesa, escreve uma carta ao seu cunhado Werner, renunciando às atividades burguesas para se dedicar ao teatro. Na carta, Wilhelm sustenta que o nobre pode ser uma pessoa pública, uma autoridade, na exata medida daquilo que ela representa publicamente, isto é, será uma pessoa tão mais perfeita quanto mais educada, culta, discreta, comedida; já o burguês jamais conseguirá ser uma pessoa pública, pouco importando como ele é, pois a aparição pública do burguês não decorre do que ele é, mas do que ele tem, o que é capaz de produzir. Em síntese, “o nobre é aquilo que representa; o burguês é aquilo que produz” (HABERMAS, 2014, p. 111-113)³⁹. Daí Wilhelm afirma que quer ser uma pessoa pública, mas sem ser nobre e sem querer inutilmente parecer sê-lo, e, com isto, passa a almejar o teatro, enquanto substituto da esfera pública (HABERMAS, 2014, p. 113).

O teatro se apresenta, para Wilhelm, como substituto da esfera pública por permitir ao burguês se manifestar enquanto homem culto, que seria atributo exclusivo da nobreza. É no palco do teatro que “o homem culto aparece tão bem *personalizado em seu esplendor* como nas classes superiores”. Portanto, mesmo sem estar localizado na nobreza, o homem burguês pode exteriorizar sua personalidade culta. O recurso à obra de Goethe, portanto, serviu para Habermas ilustrar que no século XIX ainda existia uma ideia de esfera pública representativa,

³⁹ Nos termos da carta, transcrita por Habermas (2014, p. 112, grifos do autor), “Enquanto o nobre mostra tudo por meio da apresentação de sua pessoa, o burguês nada mostra por meio de sua personalidade, e não deve mostrar nada. Aquele pode e deve *brilhar*; este apenas deve ser, e é risível e de mau gosto o que quer aparentar”.

contudo, que se encontrava em franca decadência (HABERMAS, 2014, p. 113, grifos do autor).

Habermas (2014, p. 114-115) também demonstra, fora da literatura, como o capitalismo, desde o seu início na forma mercantil e financeira, no século XIII, criou uma forma de relação de produção e subsistência pautada na circulação de mercadorias e notícias – a qual foi aperfeiçoada pelas instituições financeiras capitalistas, como a feira permanente da Antuérpia, em 1531 –, que consiste em relação horizontalizada de pessoas com dependências econômicas recíprocas, em detrimento de relação verticalizada entre os servos e seus senhores feudais, estes dominando aqueles.

Inicialmente, a livre circulação de mercadorias não afeta a esfera pública representativa, pois a classe dominante permaneceu como consumidora dos bens de luxo que circulavam, sem alteração no quadro político; da mesma forma, a circulação de notícias não afeta a esfera pública representativa, pois as informações que circulavam não eram acessíveis ao público em geral, senão apenas informações profissionalmente secretas para os comerciantes e informações administrativas internas das chancelarias e cortes (HABERMAS, 2014, p. 115-117).

Somente na fase do mercantilismo, já ao final do século XVI e início do século XVII, que se pode falar do “poder revolucionário” da circulação de mercadorias e notícias, posto que concomitante ao Estado moderno e às economias nacionais e territoriais. A organização de companhias comerciais exigiu fortalecimento das garantias políticas e, com isso, vieram esforços políticos e militares que tornaram o mercado de comércio exterior um produto institucional, ao mesmo passo que houve a nacionalização da economia. Trata-se, portanto, do surgimento do Estado moderno, que utiliza suas instituições burocráticas para desenvolvimento do mercantilismo. Tal transformação acarretou a paulatina substituição da esfera pública representativa, típica da Idade Média, pela esfera pública no sentido moderno, qual seja: esfera do poder público (HABERMAS, 2014, p. 117-121).

Portanto, na modernidade, o que se entende por esfera pública é esfera do poder público, que tem por finalidade garantir a livre circulação de mercadorias e notícias mediante uma administração pública contínua e um exército permanente, ou seja, uma atividade estatal perene. O que se apresenta como “público” é sinônimo de “estatal”, que subordina aqueles que não são públicos, isto é, as pessoas privadas; além disso, não se trata mais da corte que

representa uma autoridade, mas de um aparato que detém o monopólio do uso legítimo da força. Logo, “a dominação feudal transforma-se em ‘polícia’; as pessoas privadas que lhe são submetidas formam o público, enquanto destinatários do poder público” (HABERMAS, 2014, p. 121).

O filósofo da Teoria Crítica denomina tal modelo de esfera pública, surgida neste contexto, de esfera pública burguesa, posto que surge em decorrência da superação do modelo feudal de sociedade – pautado nos títulos nobiliárquicos, dos senhores feudais, príncipes e déspotas – e ascensão da classe burguesa, pelos motivos acima mencionados, sobretudo no que diz respeito à perseguição do modo de produção capitalista, livre circulação de mercadorias e de notícias etc. Tanto é assim que “as medidas da administração pública são cada vez mais determinadas pelo objetivo de impor o modo de produção capitalista” (HABERMAS, 2014, p. 122), nas palavras do autor.

Nesta esteira de uma esfera pública que se pauta no poder público, isto é, numa centralidade da autoridade pública e do Estado, constata-se a presença da sociedade civil como antagônica a esta autoridade; simultaneamente, as questões relacionadas ao modo de produção e de subsistência, até então internas ao lar – isto é, pertencentes ao âmbito da economia doméstica –, passam a possuir “relevância pública”, para além do âmbito doméstico, ou seja, “aparecem à luz da esfera pública” (HABERMAS, 2014, p. 122-123). Portanto, uma transformação relevante é no sentido de que

A atividade econômica privatizada precisa orientar-se por uma circulação de mercadorias ampliada, submetida ao incentivo e à fiscalização públicos; as condições econômicas sob as quais ela agora se realiza estão situadas fora dos limites do governo da casa; pela primeira vez, são de interesse universal (HABERMAS, 2014, p. 123)⁴⁰.

Segundo o filósofo alemão (HABERMAS, 2014, p. 124), a transformação da esfera pública acompanhou – ou foi acompanhada, pois não há como dizer o que ocorreu primeiro e influenciou o outro – a transformação da economia, que deixou de ser aquela economia tradicional antiga, para se tornar uma economia política, substituindo o *locus* da atividade produtiva da casa (*oikia*) para o mercado; trata-se de uma “economia política” justamente em

⁴⁰ Mais uma vez, a concepção habermasiana não se afasta da ideia defendida por Hannah Arendt, já exposta no tópico anterior. Assim, o filósofo da teoria crítica menciona Arendt, no sentido de que “Hannah Arendt refere-se a essa *esfera privada da sociedade que se tornou publicamente relevante* ao caracterizar a relação moderna (em contraste com a antiga) da esfera pública com a esfera privada como uma ascensão do ‘social’” (HABERMAS, 2014, p. 123, grifos do autor).

razão da proximidade entre a esfera privada da sociedade civil e os órgãos do poder público, uma vez que a administração pública fomentava o capitalismo e a circulação de mercadorias.

Outra transformação importante neste contexto de transformação da esfera pública consiste na circulação de informações e notícias, pela imprensa, por jornais escritos. Atenta-se para o fato de que não se trata de uma transformação realizada para atender as necessidades de circulação de mercadorias, mas porque as próprias notícias se tornaram mercadorias que precisavam de circulação (HABERMAS, 2014, p. 115-126)⁴¹.

Muito importante observar que as promulgações emanadas da autoridade eram dirigidas ao “público”, como um todo; no entanto, na prática, este “público” somente era integrado por pessoas cultas – como médicos, oficiais, pastores e professores – e por “novos burgueses” – comerciantes, banqueiros, editores, que não são burgueses no sentido tradicional, como o artesão e o merceeiro –, de maneira que o “homem comum” permaneceu alijado do acesso a tais informações. Nas palavras de Habermas, “essa camada de ‘burgueses’ é o verdadeiro portador do público, que desde o início é um público que lê” (HABERMAS, 2014, p. 128-130).

Ocorre que, em determinado momento, este grupo seletivo toma consciência de si mesmo, enquanto o “público” que qualifica a esfera pública burguesa; de maneira mais explicada, o “público” da emergente “esfera pública burguesa” consistia naquele grupo de novos burgueses letrados, que se perceberam como adversários do poder público (administração pública, governo), isto é, como “oponente abstrato do poder público” (HABERMAS, 2014, p. 130).

O desenvolvimento da esfera pública burguesa ocorre neste momento de autoconhecimento do mencionado grupo, uma vez que este grupo também consegue ver os seus interesses particulares como integrantes do interesse público na esfera privada da sociedade civil – algo que até então era exclusividade da autoridade. Quase que simultaneamente, o relacionamento entre administração pública e entidades privadas é problematizado, e a esfera pública passa a ser “esfera crítica (...) em torno das taxações e

⁴¹ Além disto, a administração pública passa a se valer da imprensa para divulgar seus feitos, suas ordens e decretos, de maneira que “os destinatários do poder público começam a se tornar propriamente o ‘público’”. Neste sentido, o governo poderia tornar conhecidas do “público comerciante” as informações relativas à cotação de algum mercado específico, das alíquotas de impostos incidentes sobre determinadas mercadorias, a tabela de preços médios dos produtos mais essenciais etc., da forma como fez o governo prussiano, em 1727, na utilização da imprensa para “servir ao público” e “facilitar a circulação” (HABERMAS, 2014, p. 126-128).

impostos, e em particular da interferência pública no governo privado da casa”. A partir desta crítica, oriunda da autoconsciência da classe burguesa, foi inevitável que esta classe passasse a dominar a imprensa, até então instrumento da administração pública (HABERMAS, 2014, p. 130-132).

Como a sociedade contraposta ao Estado, por um lado, delimita claramente um domínio privado separado do poder público, e, por outro, a reprodução da vida ultrapassa os limites do poder privado doméstico, convertendo-se em assunto de interesse público, a zona de contato administrativo contínuo se torna uma zona “crítica” também no sentido de que prova a crítica de um público que discute mediante razões [*räsonierenden Publikum*]. O público pôde assumir muito melhor esse desafio mudando o funcionamento daquele instrumento do qual a administração pública se serviu para tornar a sociedade um assunto público no sentido específico: a imprensa (HABERMAS, 2014, p. 132).

Paulatinamente, com a utilização da imprensa – que não mais se limitava a jornais, mas também a periódicos, com artigos científicos, críticas e resenhas –, a ideia de uma esfera pública burguesa se solidificou enquanto uma arena de discussão mediante razões (HABERMAS, 2014, p. 132-134). Assim, em questão de quase um século, a esfera pública que até então era uma esfera do poder público passou a ser um “fórum no qual as pessoas privadas reunidas como um público [*Publikum*] compeliam o poder público a se legitimar diante da opinião pública” (HABERMAS, 2014, p. 134).

Daí por que Habermas definia esfera pública da seguinte maneira:

A esfera pública burguesa pode ser entendida, antes de mais nada, como a esfera de pessoas privadas que se reúnem em um público. Elas reivindicam imediatamente a esfera pública, regulamentada pela autoridade, contra o próprio poder público, de modo a debater com ele as regras universais das relações vigentes na esfera da circulação de mercadorias e do trabalho social – essencialmente privatizada, mas publicamente relevante. O *médium* desse debate político é peculiar e sem precedente histórico: a discussão pública mediante razões [*das öffentliche Raisonement*] (HABERMAS, 2014, p. 135).

Então, para Habermas, a classe burguesa, formada de pessoas privadas, não é apta ou capaz de exercer dominação, diferentemente dos príncipes e monarcas pertencentes a um modelo de sociedade que estava sendo ultrapassado; disso resulta que a pretensão da burguesia não era uma divisão do poder que estava concentrado no poder público, senão o confronto, a oposição ao esquema de dominação existente. Noutros termos, em vez de um princípio de divisão de poder, a burguesia propõe um modelo de controle do poder, de maneira que este somente será legítimo se baseado em razões. Trata-se, portanto, de submeter a dominação aos padrões da razão e da lei (HABERMAS, 2014, p. 137).

Após tecer comentários acerca de uma esfera pública literária, o autor demonstra, por intermédio de um quadro esquemático, que, no século XVIII, o embate entre domínio privado e esfera do poder público era representado por: i) um embate entre sociedade civil (domínio da circulação de mercadorias e do trabalho social) e Estado, no meio dos quais se encontrava a esfera pública política e a esfera pública literária dos clubes e da imprensa; ii) um embate entre espaço interno da família conjugal e a Corte, no meio dos quais estava a Cidade, entendida como mercado de bens culturais (HABERMAS, 2014, p. 140).

A partir desta concepção, o autor demonstra como se deu a construção de instituições que amparam essa concepção de esfera pública política, que tem por origem a esfera pública literária⁴²: assim como na França houve a transição das cortes para os teatros e salões, na Inglaterra a esfera pública literária começou a ganhar corpo nos cafés; porém, na Inglaterra, a esfera pública que ocorria nos cafés não era puramente literária, ganhando contornos políticos e econômicos, na medida em que os frequentadores dos cafés eram aristocratas que representavam os interesses fundiários e monetários; e na Alemanha, havia os *Tischgesellschaften*, os quais encontravam menos condições de desenvolvimento que seus semelhantes franceses e ingleses, mas também são vistos como instituições precursoras de uma esfera pública política burguesa, no sentido mais moderno do termo (HABERMAS, 2014, p. 141-149).

Habermas chama atenção para o fato de que, apesar das diferenças entre salões (França), cafés (Inglaterra) e *Tischgesellschaften* (Alemanha), “todos eles organizam uma tendência à discussão permanente entre pessoas privadas”, complementando que “para isso, dispõe de uma série de critérios institucionais comuns” (HABERMAS, 2014, p. 149).

Os critérios institucionais para assegurar uma permanente discussão mediante razões entre pessoas privadas são, nas lições do autor (2014, p. 149-152): i) a existência de um tratamento igualitário, sem distinção de *status* ou dependências econômicas⁴³; ii) que a discussão seja pautada em termos universais⁴⁴; iii) a abertura fundamental do público, ou seja,

⁴² Uma demonstração minuciosa da relação entre a esfera pública literária e a esfera pública política é encontrada em Habermas (2014 p. 176-183). Neste sentido, “o processo no qual a esfera pública regulamentada pela autoridade é apropriada pelo público de pessoas privadas que discute mediante razões, e é estabelecida como uma esfera de crítica ao poder público, realiza-se como uma reformulação no funcionamento da esfera pública literária, já dotada com as instituições do público e com as plataformas de discussões” (HABERMAS, 2014, p. 176).

⁴³ “A esfera pública burguesa desenvolvida fundamenta-se na identidade fictícia das pessoas privadas reunidas em um público em seu duplo papel de proprietários e de meros seres humanos” (HABERMAS, 2014, p. 182).

⁴⁴ Até então, discussões em termos universais somente eram imagináveis em sede de Religião, Filosofia, Arte,

o “público” jamais poderia se tornar um grupo consolidado, ou seja, a universalidade (critério ii) não deve ser apenas quanto à importância, mas também quanto à abertura para participação, potencialmente universal, da maior quantidade de pessoas.

Observe-se que, neste contexto, crescem as defesas de um Estado que seja limitado por leis, entendidas como normas gerais, abstratas e permanentes, que freiam a dominação realizada pelo Estado, na medida em que ao exercício do poder público é oposta uma discussão pública mediante razões, desenvolvida pelas pessoas privadas. Daí porque Locke defende a legitimidade da lei num consentimento comum, enquanto Montesquieu a sustenta na razão humana (HABERMAS, 2014, p. 179).

Também resulta disto a defesa de um Estado de Direito, que, para Habermas, se trata de um “Estado de direito burguês”, o qual transforma a esfera pública em um órgão do Estado, institucionalizando o vínculo da lei com a opinião pública, sempre com vistas a impedir a dominação do poder público (HABERMAS, 2014, p. 225); ou seja, a lei, entendida como algo universal-racional⁴⁵ proveniente da opinião pública, tem por objetivo “eliminar o Estado como um instrumento de dominação em geral” (HABERMAS, 2014, p. 226).

Importante observar que, nesta concepção, não se pode dizer que a lei, por si só, é um instrumento de dominação, pois, quando erigida de uma esfera pública mediante razões, transforma a *voluntas* em *ratio*. Nas palavras do autor, a esfera pública politicamente ativa “deve conduzir a *voluntas* a uma *ratio* que se produz na concorrência pública de argumentos privados como o consenso sobre o que é, na prática, necessário no interesse universal” (HABERMAS, 2014, p. 227).

Para Habermas, em decorrência disto a esfera pública passou a ser um “princípio organizatório para o procedimento dos órgãos do Estado” (HABERMAS, 2014, p. 229), donde se exige a publicidade nos debates parlamentares, de criação da lei, para que se mantenha o vínculo entre representantes e representados, eleitores e legisladores, de forma que a opinião pública mantenha sua influência no processo legislativo, bem como permaneça viva a percepção de que eleitores e representantes são partes do mesmo público (HABERMAS, 2014, p. 229-230).

Literatura ou no seio do Estado, todos inacessíveis. Contudo, todos estes elementos se tornaram mercadorias universalmente acessíveis, causando, com isto, uma abertura para a sociedade poder discutir em termos universais (HABERMAS, 2014, p. 150-151)

⁴⁵ Ideia que Habermas retirou de Carl Schmitt (HABERMAS, 2014, p. 226).

Constata-se, em Habermas, portanto, que a esfera pública burguesa possui a necessidade de controle das atividades estatais – não apenas legislativas e executivas, mas também jurisdicionais, e, portanto, liga-se fortemente com a ideia de um Estado de direito liberal –, e este controle deve se dar por meio da opinião pública, e ainda deve ser assegurado por um “*medium* de um público disposto à crítica” (HABERMAS, 2014, p. 230)⁴⁶.

Contudo, o autor constata que o século XIX presenciou uma “mudança estrutural da esfera pública”, decorrente de uma política “neomercantilista”, fruto da requisição feita pela sociedade ao Estado, para que houvesse mais intervenção em assuntos econômicos e sociais. Portanto, a sociedade⁴⁷ exigiu mais intervenção do Estado, e este assim o fez (HABERMAS, 2014, p. 327-329).

Como consequência do intervencionismo, ocorreu um movimento dialético: simultaneamente, ocorriam a socialização do Estado e a estatização da sociedade. O Estado atrai para si “novas funções” (HABERMAS, 2014, p. 332-333)⁴⁸, passa a intervir de maneira mais forte na circulação de mercadorias e no trabalho social (HABERMAS, 2014, p. 338) – inicialmente, de domínio privado; posteriormente, de domínio social, isto é, um privado que possui grande relevância pública; agora, com maior relevância pública ainda, dada a intervenção do Estado.

Deste movimento resulta uma esfera social que não se encontra mais situada na dicotomia entre esfera pública e privada, posto que acarreta a decadência de ambas, na mesma medida em que Estado e sociedade se tornam mais difíceis de serem diferenciados (HABERMAS, 2014, p. 329-333). Tanto é assim que a “esfera privada publicamente relevante da sociedade civil” dá origem a uma “esfera social repolitizada, na qual as

⁴⁶ É conhecida a crítica feita pelo filósofo em relação à ideologia que está por trás desta concepção de esfera pública. Nela, o poder público se encontra subordinado à esfera privada, que diz respeito às necessidades da vida, ditadas pelo “povo” ou pelas “pessoas privadas”, o que, na apologética burguesa, não teria problema, visto que isto geraria uma neutralidade quanto ao poder, bem como uma emancipação quanto à dominação. No entanto, não se pode esquecer que este “povo” ou estas “pessoas privadas” que estavam inseridas na esfera pública de discussão mediante razões representam pequena parcela da sociedade, especialmente príncipes e grandes proprietários de terras, bem como pessoas estudadas, eruditas, de forma que os critérios para admissão na esfera pública eram a propriedade e a formação (HABERMAS, 2014, p. 231-232).

⁴⁷ Em verdade, não se pode dizer de “sociedade” como um todo, mas do interesse burguês, dado que “o Estado foi sempre tão forte a favor do interesse burguês quanto assim exigia a situação política e social” (HABERMAS, 2014, p. 332).

⁴⁸ Trata-se, evidentemente, do Estado de bem-estar social, o qual, para Habermas, não se trata de uma ruptura, mas de uma continuidade com a tradição liberal, pois, da mesma forma que o Estado Liberal, o Estado de bem-estar social almeja ser o “portador da ordem social”. Neste sentido, conferir HABERMAS, 2014, p. 464-486.

instituições estatais e sociais se unificam”, sendo impossível uma diferenciação “segundo os critérios do público e do privado” (HABERMAS, 2014, p. 339)⁴⁹. Assim,

Essa esfera não pode ser entendida plenamente nem como uma esfera puramente privada nem como uma esfera genuinamente pública, e não pode ser univocamente classificada no domínio do direito privado ou público (HABERMAS, 2014, p. 325).

O crescimento desta esfera social é visto pelo autor com maus olhos, na medida em que acarreta, de uma só vez, a decadência tanto do domínio privado, quanto da esfera pública (HABERMAS, 2014, p. 239): i) em relação à esfera privada (HABERMAS, 2014, p. 327-384), veja-se a transformação no interior da família, a qual deixa de ser *locus* de discussão mediante razões para se tornar mera consumidora de renda, tempo livre e de cultura massificada (novamente, sem discussão literária ou de razões); ii) em relação à esfera pública (HABERMAS, 2014, p. 395-464), há a alteração da sua função política, como, por exemplo, com a imprensa de massa, que visa à construção de um consenso artificial, que não provem de uma opinião pública entendida como “unanimidade alcançada ao fim de um demorado processo de esclarecimento mútuo” (HABERMAS, 2014, p. 418).

Em linhas gerais, portanto, ficou demonstrada no livro “Mudança estrutural da esfera pública” a evolução histórica da esfera pública, seguida da caracterização moderna que a esfera pública recebe, enquanto *locus* para cidadãos privados travarem discussões mediante razões, com vistas à criação de um consenso, acerca de questões públicas, especialmente no que diz respeito à forma de atuação do Estado. Ao final, o autor demonstra que este objetivo de esfera pública foi desvirtuado no Estado de bem-estar social, na medida em que a sociedade de massa e a comunicação de massa criam um consenso artificial, que não é formado por uma discussão mediante razões, de forma crítica.

Posteriormente, em 1989, Habermas (2006, p.103-106) manteve a definição de esfera pública como qualquer domínio em que a opinião pública possa ser formada, contanto que haja abertura para participação de todos os cidadãos. É de grande importância no pensamento do autor a constatação de que a esfera pública é qualquer conversação de pessoas privadas para a formação do público, ou seja, qualquer conversação entre pessoas privadas que tenha

⁴⁹ O autor aponta que, em decorrência disto, até mesmo a clássica dicotomia entre direito público e direito privado entra em falência, pois não há mais esta incomunicabilidade. A título de exemplo, o direito de propriedade passa a ser limitado por intervenções de política econômica; contratos coletivos de trabalho substituem contratos individuais, para proteger o mais fraco, da mesma forma que o direito do consumidor relativiza contratos; por outro lado, o Estado passa a celebrar diversos contratos com pessoas privadas, transfere atividades até então públicas para empresas, entidades e corporações etc. (HABERMAS, 2014, p.339-345).

objetivo de formar acordos sobre questões de interesse geral, podendo – mas prescindindo de – o *locus* desta conversação ser institucionalizado.

Portanto, a esfera pública em Habermas independe de qualquer institucionalização: contanto que se trate de um *locus* em que seja possível a discussão racional sobre questões comuns, com vistas à formação de um interesse comum consensual, e de maneira a mediar a sociedade e o Estado, será esfera pública. Trata-se, portanto, de uma esfera de racionalização da autoridade pública, decorrente de um *medium* de discussão por pessoas privadas sobre assuntos de interesse público, independentemente do *locus*. Daí porque Habermas vincula a ideia de esfera pública à democracia, vista como controle racional da atividade estatal.

Esta concepção de esfera pública, embora tenha sido revisitada e sofrido pequenas variações decorrentes das críticas que sofreu, direcionou a obra de Habermas, de sorte que “nunca [foi] abandonada em seu trabalho tardio” (FRASER, 1997, p. 69-72). Em seus trabalhos, permaneceu a ideia de esfera pública como local de participação, em que os cidadãos, mediante o diálogo, deliberam sobre assuntos de interesse comum, numa forma de interação pautada no discurso; diz respeito a uma arena de produção e circulação de discursos críticos ao Estado e que, portanto, a arena é diferente do próprio Estado e serve como controle deste⁵⁰ (FRASER, 1997, p. 69-72).

Verifica-se, assim, que o Estado fica, de certa maneira, limitado ou controlado racionalmente pela opinião pública, que consiste no consenso criado na esfera pública mediante a discussão racional sobre questões públicas (FRASER, 1997, p. 73). Da esfera pública de pessoas que discutem mediante razões emerge o consenso, que consiste num constrangimento à atuação estatal.

Desta constatação decorre que Habermas refuta os modelos normativos de democracia liberal e republicana, para defender um modelo normativo de democracia pautada na teoria do discurso, que “apóia-se precisamente nas condições de comunicação sob as quais o processo

⁵⁰ “The ideia of ‘the public sphere’ in Habermas’s sense is a conceptual resource that can help overcome such problems. It designates a theater in modern societies in which political participation is enacted through the medium of talk. It is the space in which citizens deliberate about their common affairs, hence, an institutionalized arena of discursive interaction. This arena is conceptually distinct from the state; it is a site for the production and circulation of discourses that can in principle be critical of the state. The public sphere in Habermas’s sense is also conceptually distinct from the official-economy; it is not an arena of market relations but rather one of discursive relations, a theater for debating and deliberating rather than for buying and selling. Thus, this concept of the public sphere permits us to keep in view the distinctions between state apparatuses, economic markets, and democratic associations, distinctions that are essential to democratic theory” (FRASER, 1997, p. 70).

político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais” (HABERMAS, 1995, p. 39-53). Tal modelo normativo de democracia sustenta a necessidade de institucionalização dos procedimentos e pressupostos de comunicação.

2.3 A ESFERA PÚBLICA E AS INSTITUIÇÕES NO REPUBLICANISMO DE PHILIP PETTIT: UM CONTRAPONTO A HANNAH ARENDT E JÜRGEN HABERMAS

Até o presente estágio da dissertação, foram apresentadas duas concepções de esfera pública, originadas dos pensamentos de Hannah Arendt e Jürgen Habermas. Torna-se necessário, portanto, comparar tais correntes de pensamento à filosofia de Philip Pettit, no que tange ao tema da esfera pública, na medida em que o conceito não-dominação⁵¹ contido na obra de Pettit norteia a presente dissertação.

A concepção de esfera pública no republicanismo de Philip Pettit se ancora na ideia de uma vida pública em comunidade que seja pautada em crença ou conhecimento comum (PETTIT, 2002, p. 165)⁵²; tudo aquilo que acontece na política será parte da vida pública e, portanto, essencial para a liberdade do povo, seja contra o *imperium* (do governo) ou o *dominium* (dos demais cidadãos). Portanto, é necessário que a consciência comum – e, portanto, a vida pública – seja permeada pela repulsa à dominação, ou seja, que a própria sociedade tenha a crença comum de que a não-dominação é desejável e deve ser perseguida pelo Estado (PETTIT, 2002, p. 166-170)⁵³.

No entanto, a criação de uma consciência comum em prol da não-dominação entre particulares (*dominium*) possui grandes dificuldades, relacionadas, respectivamente, à esfera pública, informação pública e formação da opinião pública: i) em primeiro lugar, existe uma perda de esfera pública, posto que questões como a violência urbana têm ilhado os indivíduos em seus lares, escritórios, locais de trabalho, impedindo relações intersubjetivas com pessoas pertencentes a classes distintas e, com isto, torna-se impossível desenvolver uma ideia de

⁵¹ Importante retomar o que foi explicitado no tópico 1.2, no sentido de que a não-dominação surge na teoria republicana da liberdade, no entanto, é elevada a ideal principal de uma república, servindo, portanto, de critério para conceituação de outros bens políticos, como a justiça e a igualdade. Assim, ainda que liberdade, justiça e igualdade sejam bens distintos, no republicanismo devem se pautar no conceito de não-dominação.

⁵² No mesmo sentido, “A *vida pública* é o espaço social, que o Estado deve promover e garantir para que não haja qualquer forma de dominação. A vida pública ou esfera pública se constitui como espaço comunitário de discussão de assuntos de conhecimento e de crença comum e promove o controle legal e democrático das formas de governo republicano” (PAULO NETO, 2015, p. 92, grifos do autor).

⁵³ Não significa, contudo, que a consciência comum seja apenas a repulsa à dominação. A obra de Pettit faz referência à consciência comum, que emerge da vida em comum, sem refutar a existência de consensos, embora estes não garantam a liberdade.

crença ou interesse geral, bem como uma expectativa do que se espera enquanto sociedade; ii) em segundo lugar, dada a ausência de interação em uma esfera pública, há o risco de formação da opinião pública pela mídia, que se pauta em interesses comerciais, tem grande apelo sensacionalista e ainda retrata uma manifestação unilateral dos fatos; iii) em terceiro lugar, há o problema de como a opinião pública é formada nas sociedades democráticas, especialmente em razão da mídia, que promove especulações por intermédio de enquetes e entrevistas direcionadas (PETTIT, 2002, p. 167-168).

Para superar tais dificuldades, com o fito de promover uma consciência comum e, portanto, uma vida pública sem *dominium* (dominação entre particulares), Pettit sugere: i) deve haver um compromisso político em desenvolver um ambiente público e compartilhado, como, por exemplo, o Estado criar formas de o espaço público se mostrar mais interessante do que o privado; ii) impedir a concentração da propriedade dos meios de informação, mediante a implantação de uma regulação da mídia, fomento de mídias comunitárias e promoção de diversificação de interesses na mídia; iii) a formação de opinião pública, especialmente pela mídia, não ser pautada em entrevistas e enquetes manipuladoras, mas, por exemplo, na transmissão de debates e discussões realizadas entre os próprios populares, que promove chances de o povo deliberar e criar uma opinião própria (PETTIT, 2002, p. 168-169).

Por outro lado, um Estado que seja adepto às causas republicanas necessariamente realiza interferências na vida do cidadão e, portanto, há grande potencialidade de se tornar uma fonte de dominação, caso haja arbitrariedade⁵⁴. Por esta razão, para assegurar o cidadão contra o *imperium* (dominação praticada pelo Estado), Pettit apresenta condições para um Estado republicano, pautadas no constitucionalismo e na democracia.

Em relação ao constitucionalismo, sustenta a necessidade: i) de um império do direito, em detrimento de um império pessoal, o qual exige leis aplicáveis igualmente a todos, que sejam conhecidas pelos seus destinatários, além de ser racional, inteligível, consistente e não suscetível de mudanças constantes; ii) de uma condição de dispersão de poder, como, por exemplo, na separação de poderes (ou organização dos poderes), no bicameralismo do poder

⁵⁴ “The agencies of the state, including the state that is devoted to republican causes and policies, interfere systematically in people’s lives: they coerce the people as a whole through imposing laws in common upon them, and they coerce different individuals among the populace in the course of administering that law and applying legal sanctions. If the interference that the state practises in these ways is allowed to be arbitrary, then it will be itself a source of unfreedom. And so the question with which we shall be concerned comes immediately into relief. How can the state be organized so that state interference involves little or no arbitrariness?” (PETTIT, 2002, p. 171).

legislativo; iii) o respeito à condição contramajoritária, de maneira que o poder estatal, mesmo que separado em órgãos e funções, não pode ser concentrado nas mãos dos mesmos grupos ou interesses, inclusive exigindo a promulgação de “leis boas”, ou seja, de leis cujo critério de legitimidade está no fato de promover a não-dominação geral, e não por ter apoio da maioria (PETTIT, 2002, p. 172-182).

Em relação à democracia, há também exigências para se evitar o *imperium*, a saber: i) a contestabilidade, pois as decisões estatais devem perseguir os interesses e ideais dos cidadãos que serão afetados pela decisão, e, portanto, se não for este o caso, deve haver formas de contestar a decisão e evitar que ela seja imposta unilateralmente pelo Estado; ii) a democracia, mas que seja pautada principalmente em critérios de contestabilidade, e não de consenso (PETTIT, 2002, p. 185)⁵⁵ e, para tanto, requer-se uma república deliberativa, em que os processos de decisão sejam na forma de debate racional, e não de barganhas, e que, além de deliberativa, seja inclusiva (representatividade de grupos minoritários e excluídos) e responsiva (que haja fóruns para deliberação, em que a contestação possa ser externalizada e, principalmente, considerada, ponderada pelos agentes aos quais se dirige a contestação) (PETTIT, 2002, p. 183-205).

Dito isto, se constata que em Pettit a esfera pública é centrada nas instituições estatais, as quais constituem a liberdade enquanto não-dominação. Mesmo a formação de uma consciência comum republicana requer atuação do Estado, conforme mencionado acima.

A participação positiva do cidadão se desenvolve principalmente no aspecto eleitoral da democracia, naquilo que Pettit apelida de dimensão autoral da democracia, quando o cidadão elege seus representantes, e estes atuam na esfera pública em nome do povo, na persecução dos interesses comuns assumidos.

Afora isto, a participação do cidadão e dos grupos possui um *status* predominantemente negativo, na forma de contestação, no que Pettit denomina de dimensão editorial da democracia, na qual o cidadão pode reprovar e rejeitar uma decisão estatal, quando esta não corresponder aos interesses comuns assumidos e, portanto, configurar dominação.

⁵⁵ “But democracy may be understood, without unduly forcing intuitions, on a model that is primarily contestatory rather than consensual. On this model, a government will be democratic, a government will represent a form of rule that is controlled by the people, to the extent that the people individually and collectively enjoy a permanent possibility of contesting what government decides” (PETTIT, 2002, p. 185)

Conforme exposto no capítulo 1, a viabilidade de um regime contestatório exige recursos procedimentais (limitação material e limitação do processo de decisão), recursos consultivos e recursos apelativos. O republicanismo de Pettit defende que o Estado consulte seus cidadãos e que as democracias desenvolvam formas de participação pública na tomada de decisão. No entanto, diferentemente das teorias que encampam o conceito de liberdade positiva, como o republicanismo neoateniense de Hannah Arendt, não é esta participação positiva na tomada de decisões que assegura a liberdade como não-dominação, tampouco se pode exigir do cidadão a presença diuturna nos processos de decisão pública. O Estado deve possibilitar a participação positiva na tomada de decisões, mas o que garante a não-dominação é constante viabilidade de contestar as decisões estatais – uma participação negativa.

Assim, na medida em que o Estado deve pautar sua atuação (positiva) no interesse comum, este é captado pelo governo mediante recursos consultivos – instituições que permitem ao cidadão participar positivamente na criação de decisões públicas – e recursos procedimentais que limitam o processo de tomada de decisão – tais como o império da lei, a separação de poderes, bicameralidade, os mandatos políticos com tempo definido etc⁵⁶.

Interessante notar um paradoxo: a participação positiva – isto é, a criação de políticas e a tomada de decisões estatais – se dá primordialmente por uma democracia indireta, representativa, ao passo que a participação negativa – isto é, a contestação de decisões estatais que promovem dominação – se dá mediante uma democracia direta, exercida pelo próprio cidadão ou movimento social vítima da dominação.

Também é de grande importância notar a tônica nas instituições e no Estado, em ambos os aspectos da participação na vida pública. A participação positiva, que é realizada indiretamente pelos representantes do cidadão (e não por este, diretamente), ocorre no seio do Estado e, por isto, há todas as exigências de organização, controle e dispersão de poder (federalismo, separação de poderes, bicameralismo etc.). Já a participação negativa, exercida diretamente pelo cidadão, na forma de contestação, exige instituições estatais que promovam uma democracia contestatória, inclusiva, responsiva e deliberativa, com fóruns para o exercício da voz.

⁵⁶ Não se pode olvidar que é um primado do republicanismo que o governante seja cidadão, ou, dito de outra maneira, antes de ser governante, é um cidadão, e continua sendo após receber o mandato. Por esta razão, ao ocupar um cargo eletivo, o cidadão-governante conhece os interesses comuns, pois também está inserido na esfera pública, e deles não pode desviar, caracterizando a dominação.

Constata-se, ainda, que a esfera pública de Pettit se localiza a meio caminho de concepções comunitárias e liberais (SILVA, 2007, p. 199-220): por um lado, em aproximação ao comunitarismo e afastamento do liberalismo, a república exige uma esfera pública que seja permeada por interesses comuns⁵⁷ dos cidadãos, inclusive uma consciência comum da necessidade de promoção da não-dominação enquanto ideal superior; por outro, se aproximando do liberalismo e afastando do comunitarismo, o republicanismo de Pettit não exige uma participação ativa do cidadão individualmente considerado na criação das decisões políticas, nem se ancora em conceitos fortes de virtude cívica, de sorte que não há uma obrigação ou dever moral de participação, senão apenas a possibilidade, sobretudo no que diz respeito ao exercício da voz de contestação⁵⁸.

Feitas estas pequenas observações acerca da esfera pública no republicanismo de Philip Pettit – “pequenas” especialmente porque sua teoria da liberdade foi abordada de maneira minuciosa no capítulo 1 –, resta comparar tal concepção de esfera pública às ideias defendidas por Hannah Arendt e Jürgen Habermas.

O republicanismo de Hannah Arendt se pauta num conceito positivo de liberdade, na medida em que a participação política é sinônimo de liberdade; é a ação (participação política) na esfera pública que constitui a liberdade, ideia esta retirada do pensamento dos gregos antigos. Defende-se um modelo de republicanismo em que a participação é necessária, e o conceito de cidadania é definido em função desta: ser cidadão é participar da esfera

⁵⁷ Para Pettit (2007, p. 217), os interesses comuns se apresentam como “considerações cooperativamente admissíveis”, isto é, questões que alguém pode levantar e sustentar no discurso público como sendo relevantes e que devem ser levadas em consideração, sem gerar qualquer constrangimento ao agente. Há momentos em que os indivíduos se inserem em contextos comunicacionais com vistas a solucionar questões comuns, que vão além de interesses individuais, egoístas ou seccionais. Entretanto, neste processo comunicativo, a pretensão não é alcançar consensos positivos, mas permitir a contestação dos atos estatais. Neste sentido, convém transcrever a lição de Ricardo Silva: “O interesse comum não é um fato dado de antemão e capaz de expressar-se de modo objetivo. Sua explicitação pressupõe a existência de um amplo fluxo comunicativo entre os indivíduos afetados pelas decisões públicas. É exatamente esse fluxo comunicativo que torna possível conceber o conjunto dos indivíduos de uma população como um *público*. Isso ocorre quando os membros de uma população “transcendem seu fechamento individual. Eles conversam e trocam idéias sobre questões de preocupação comum, questões do momento político, e o fazem com algum propósito ou efeito” (PETTIT, 2004, p. 75). Esse intercâmbio de idéias sobre preocupações comuns com vistas a um propósito comum pressupõe um estoque de concepções e crenças que se estabelece como base do processo comunicativo. No entanto, não é a persecução do consenso o aspecto distintivo da versão neo-romana da democracia deliberativa. Mais importante que o alcance do consenso positivo entre os membros de uma comunidade é a possibilidade de ampla contestação das ações governamentais. “O que importa não é a origem histórica da decisão em alguma forma de consenso, mas sua responsividade modal ou contrafactual à possibilidade do dissenso” (PETTIT, 1997, p. 185)”

⁵⁸ Como mencionado anteriormente, devem existir recursos consultivos – para que o Estado mantenha diálogos aos seus cidadãos sobre os assuntos de interesse comum – e apelativos – que possibilitem o exercício de voz de contestação. Na teoria republicana de Pettit, não é a participação nos recursos consultivos que asseguram a liberdade, senão a possibilidade de exercício de voz de contestação. Dessa forma, a participação é instrumental, e nunca uma obrigação ou dever do cidadão.

pública (RODRIGUES, 2010, p. 81-93).

Noutra vertente, a análise de uma esfera pública no republicanismo de Pettit apresenta grande relevância e, ao mesmo tempo, dificuldade, dada a conceituação de liberdade assumida pelo autor, que se diferencia, de antemão, de Hannah Arendt, na medida em que adota um conceito negativo de liberdade enquanto não-dominação, em detrimento de um conceito positivo ancorado na participação ativa do cidadão na esfera pública, para construção da sua liberdade.

Como demonstrado no capítulo 1, o republicanismo de Philip Pettit não apenas conceitua a liberdade como ausência de dominação (não-dominação), mas também eleva a não-dominação ao ideal supremo de uma república – o objetivo principal a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade e, por esta razão, entendido, inclusive, como o referencial de justiça (PETTIT, 2002, p. 80-81). Por isso, diferentemente de Arendt, o republicanismo defendido por Pettit, em vez de se assentar precipuamente nos gregos antigos, retoma o pensamento romano, sobretudo de Cícero, com base no qual a participação política não se apresenta como uma necessidade, mas apenas de forma instrumental: na medida em o conceito de cidadania e de ser “seu próprio senhor” (*self mastery*) consiste em não sofrer dominação (interferência arbitrária), a participação política indispensável para a promoção da não-dominação consiste em o indivíduo exercer a contestação no seio das instituições. Portanto, a esfera pública, mais do que um espaço de participação para a criação de algo (como um consenso), se trata de um espaço institucionalizado onde se franqueia ao indivíduo o exercício da voz para contestar a dominação⁵⁹.

Já numa comparação do autor neorrepublicano ao pensamento de Habermas, constata-se que este entrelaça os conceitos de esfera pública, razão e ação comunicativa e democracia, de maneira que entende a esfera pública como qualquer *locus* em que os cidadãos, no uso da razão comunicativa e mediante discursos racionais, chegam a um consenso – que consiste na opinião pública, a qual serve de parâmetro de legitimidade da atuação do Estado. Portanto, na democracia deliberativa proposta por Habermas, a legitimidade do Estado e da lei recai sobre consensos criados em discursos racionais entre cidadãos utentes da razão comunicativa.

É possível perceber semelhanças entre o pensamento habermasiano e o

⁵⁹ A participação ativa e positiva é desejável, no entanto, o que assegura a não-dominação é a possibilidade de contestação, que consiste numa participação negativa.

neorrepblicanismo de Pettit, posto que este também defende a necessidade de uma democracia deliberativa⁶⁰ que seja pautada em argumentos racionais – em detrimento de manifestações de vontade ou resultantes de barganhas. Há quem afirme (PAULO NETO, 2015, p. 80), inclusive, que a teoria democrática de Pettit faz referências à teoria da ação comunicativa de Habermas – sobretudo porque os primeiros escritos de Pettit, no início da década de 1980, analisavam a obra de Habermas. Neste sentido,

A teoria democrática de Pettit permite a aplicação da teoria filosófica de Habermas no que se refere à prática dos atores políticos como vigilantes das ações do Estado. (...). A teoria democrática procedimental de Habermas fornece uma sólida argumentação para a estruturação do debate racional entre os cidadãos. Uma importante característica comum entre as duas teorias é a ênfase na deliberação pelos cidadãos. A teoria republicana de Pettit permite avançar na reconstrução normativa do Estado democrático de direito pelos mecanismos de contestação. Não obstante, a teoria de política deliberativa de Habermas possibilitou a estruturação dos discursos racionais em uma arena de debates. A política deliberativa de Habermas possui eco na forma de democracia contestatária de Pettit, porque aquele modelo de deliberação se constitui em um ideal regulativo para o acordo entre as partes em conflito (PAULO NETO, 2015, p. 98).

No entanto, há também substanciais diferenças entre a democracia (deliberativa) contestatária de Pettit e a democracia deliberativa de Habermas, pois Pettit refuta expressamente o consenso enquanto parâmetro de legitimação da ação estatal, no sentido de que o consenso é incapaz de impedir a dominação, diferentemente da contestabilidade.

Não se pode esquecer a crítica formulada por Fraser (1997, p. 71-77), no sentido de que Habermas trabalha um modelo normativo idealizado⁶¹ de esfera pública burguesa e liberal: a normatividade e idealização consistem no fato de se conceber a esfera pública como uma arena de discussão racional e irrestrita de assuntos de interesse comum. Entretanto, quando transposta a normatividade e idealização, se constata que, em verdade, se tratava de uma esfera marcada por “um número significativo de exclusões”, na medida em que era uma arena restrita a homens burgueses. Por conta disso, a obra de Habermas não apenas idealiza

⁶⁰ “A contestatory democracy will have to be deliberative, requiring that decisions are based on considerations of allegedly common concern, if there is to be a systematically available basis for people to challenge what government does; the challenge may be that the considerations invoked are not appropriate, or that the initiative taken is not supported by them” (PETTIT, 2002, p. 277). No mesmo sentido, “I conclude, to return to the general line, that the various arguments in the literature for deliberative democracy are consistent with the republican way of resolving the question that the discursive dilemma raises. The republican concern with contestability gives powerful reason for wanting democratic procedure to be deliberative, where possible, in a way that imposes the discipline of reason at the collective level. And the other considerations that are more generally invoked to support deliberative democracy do not represent countervailing forces” (PETTIT, 2001, p. 268-299).

⁶¹ Sobre a excessiva idealização, Ian Shapiro (2011, p. 10) tece uma crítica foucaultiana à “situação ideal de fala” exigida por Habermas para a construção de “políticas genuinamente democráticas”. Para Shapiro, a ausência de dominação nas relações discursivas e comunicativas (situação ideal de fala) não sobrevive a verificações fáticas, sendo, portanto, um excesso de racionalismo.

sobremaneira a concepção burguesa de esfera pública, sem perceber as exclusões que ela promove, como também ignora outras formas de esfera pública que não são burguesas, nem liberais, tais como a esfera pública negra, e ainda outras formas múltiplas de acessar a esfera pública. Por conta disso, Fraser⁶² sublinha a existência de vários conceitos de “público” em constante conflito, de maneira a ratificar o pensamento de Geoff Eley, segundo o qual “a esfera pública sempre foi constituída do conflito” (ELEY *apud* FRASER, 1997, p. 75).

No mesmo sentido, Marcelo Neves constata que a sociedade contemporânea é muito mais plural e complexa que as ideias de intersubjetividade, agir comunicativo e mundo da vida defendidas por Habermas (NEVES, 2006, p. 125). Para Neves (2006, p. 127), o mundo da vida não possui apenas ações orientadas ao entendimento e criação de um consenso – como sustentava Habermas –, mas também ações orientadas ao êxito (ações estratégicas, típicas do “sistema”, que se opõe ao mundo da vida), comportando também desentendimento e dissenso. Em suas palavras,

Nessa perspectiva, deve-se observar não apenas que no mundo da vida estão presentes ações estratégicas. Além disso, deve ter-se em consideração que a intersubjetividade que constrói no seu âmbito tanto pode implicar a busca do entendimento quanto a manifestação do desentendimento. Ou seja, a interação plenamente intersubjetiva, na qual se considera o outro como pessoa e não estrategicamente como meio, pode importar tanto o consenso quanto o dissenso (...). A ocorrência do consenso na interação é eventual. A multiculturalidade, por um lado, e a pluralidade de esferas autônomas de comunicação, por outro, implicam uma fragmentação do mundo da vida no que diz respeito às certezas e convicções partilhadas intersubjetivamente no cotidiano (NEVES, 2006, p. 127).

Com base nisso, Marcelo Neves sustenta a concepção de esfera pública como arena do dissenso, como forma de garantir uma esfera pública plural, isto é, onde “todos os valores, interesses e expectativas possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos” (NEVES, 2006, p. 132).

Entretanto, a esfera pública pautada meramente em dissenso se apresenta completamente desestruturada, na medida em que a pluralidade de valores, interesses e discursos não é canalizada num diálogo comum. A estruturação desta esfera pública do

⁶² Interessante notar que, segundo Fraser, ao definir uma esfera pública “oficial” que é masculina, burguesa, liberal e idealizada, limita-se a quantidade de pessoas e interesses na formação de algo que se possa denominar “consenso”, de maneira que este “consenso” se transforma numa forma de dominação, isto é, um grupo dominante participa de uma esfera pública que lhe é exclusiva e nela cria um “consenso” que supostamente seria legítimo para se impor perante outros grupos que não participaram da criação desse “consenso”, já que não tiveram acesso à esfera pública “oficial”. Em suma, “The official public sphere, then, was – indeed, is – the prime institutional site for the construction of the consent that defines the new, hegemonic mode of domination” (FRASER, 1997, p. 76).

dissenso se dá nos procedimentos constitucionais (NEVES, 2006, p. 135)⁶³. Por conta disso, apesar de a esfera pública ser marcada por um dissenso em relação ao seu conteúdo – isto é, a divergência e conflito entre interesses, valores e discursos –, deve haver um consenso quanto à imprescindibilidade de procedimentos constitucionais que assegurem a canalização dos dissensos de conteúdo⁶⁴. Desta forma, havendo consenso quanto ao procedimento, a vida pública se torna possível no Estado Democrático de Direito, apesar dos dissensos em relação ao conteúdo⁶⁵. Não se trata, contudo, de aceitar qualquer resultado advindo dos procedimentos: “o consenso sobre os resultados procedimentais é eventual e localizado” (NEVES, 2006, p. 145), sendo necessária a permanência da possibilidade de contestação (crítica e superação) do resultado em procedimentos posteriores, mantendo vivo o dissenso. Nas palavras de Marcelo Neves (2006, p. 145-147),

O consenso que se impõe é sobre os procedimentos que absorvem o dissenso. Isso pode ser interpretado como a presença de uma moral “pós-convencional” e um “universalismo” na esfera pública, entendida esta como campo de tensão entre os sistemas jurídico e político, de um lado, e os demais sistemas sociais e o mundo da vida, de outro. No entanto, tal “pós-convencionalismo moral” implica que os resultados vitoriosos nos procedimentos político-jurídicos sejam sempre suscetíveis de crítica e de superação em procedimentos posteriores. O universalismo revela-se como inclusão de todos os indivíduos e grupos como potencialmente “portadores” de diferentes valores, interesses e expectativas que circulam em diversas formas de discurso, impedindo a absolutização da eticidade particular de determinado grupo. (...) Nesse sentido, impõe-se a moral do dissenso, a qual, por sua vez, pressupõe o consenso sobre os procedimentos que, por um lado, asseguram o reconhecimento da diversidade de valores, interesses e expectativas que se manifestam e concorrem na esfera pública, por outro, são acessíveis às exigências das esferas autônomas e conflitantes de comunicação de uma sociedade supercomplexa. Caso se pretenda continuar a falar de uma fundamentação moral do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna, parece-me mais adequado, em vez de recorrer-se a um modelo consensualista que tem como padrão a discussão acadêmica, afirmar-se que ele se justifica enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao

⁶³ “A esfera pública como arena do dissenso apresenta-se, em princípio, inteiramente desestruturada. Ela só se torna, em certa medida, estruturada quando há perspectivas de que as expectativas, os valores, os interesses e os discursos que lhe são constitutivos sejam generalizados pelos procedimentos constitucionais. Estes estruturam a esfera pública mediante a canalização de suas exigências dissensuais. (...) Este é o desafio fundamental do Estado Democrático de Direito em face da esfera pública, isto é, a estruturação dela através da canalização e intermediação procedimental (universalista e pluralista) dos enormes conflitos que a caracterizam, conflitos de expectativas, valores, interesses e discursos” (NEVES, 2006, p. 135, grifos do autor).

⁶⁴ “O consenso sobre procedimentos apresenta-se como modo de viabilização e mesmo de fomento do dissenso contencioso na esfera pública, assim como de sua absorção sistêmica” (NEVES, 2006, p. 136).

⁶⁵ “O consenso em relação aos procedimentos possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-o suportável na sociedade complexa de hoje. Isso porque é no âmbito deste que se pode construir e desenvolver uma esfera pública pluralista constitucionalmente estruturada, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação futura dos conteúdos da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as regras procedimentais. Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado Democrático de Direito viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea e pode, ao mesmo tempo, atuar como fator construtivo e dinâmico para a reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação” (NEVES, 2006, p. 144, grifos do autor).

antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, absorvendo e intermediando equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo. De acordo com isso, a Constituição do Estado Democrático de Direito não se apresenta como “fundamento do consenso”, mas sim como “um fundamento consentido do dissenso”.

Adotando esta concepção de esfera pública plural e supercomplexa marcada pelo dissenso conteudístico e a premissa de que cumpre ao Estado Democrático canalizar a pluralidade de valores e interesses em procedimentos constitucionais (consenso quanto aos procedimentos), verifica-se que o critério da contestabilidade se apresenta muito mais frutífero e proveitoso, afinal, não se pretende a criação de consensos quanto a conteúdos, mas a possibilidade de constante contestação contra aquilo que se repute dominação.

De um lado, a contestabilidade diz respeito à manifestação dos seus interesses, pontos de vista, argumentos e discurso, como uma forma de oposição a qualquer ato que seja reputado como dominação e, portanto, cuida-se de uma forma de dissenso em relação ao conteúdo. Assim, um ato qualquer praticado por indivíduos, grupos ou mesmo o Estado com base em determinados valores ou interesses pode ser contestado por outros valores ou interesses de outros indivíduos ou grupos, mantendo vivos a pluralidade e o dissenso existentes na sociedade supercomplexa⁶⁶.

Por outro lado, a contestabilidade requer instituições abertas aos cidadãos e grupos, para um diálogo racional e deliberativo acerca de interesses comuns, e, portanto, pressupõe um Estado Democrático que disponha de procedimentos constitucionais para canalizar a voz de contestação dos indivíduos e grupos que se reputam dominados, permitindo, com isso, o diálogo racional e a deliberação, naquilo que Marcelo Neves denomina de consenso sobre procedimentos.

⁶⁶ Nas hodiernas sociedades plurais e supercomplexas, o consenso se apresenta como uma utopia; a estrutura interna da sociedade, ao revés, se apresenta muito mais na forma de dissensos. Desta forma, muito do que se entende como “consenso”, em verdade pode configurar uma dominação, na medida em que é formado sem a possibilidade de participação de todos os que serão afetados pelo “consenso”. A título de exemplo, enquanto muitos entendem os direitos fundamentais como exemplo de consenso, há outros autores contemporâneos que tecem fortes críticas aos direitos fundamentais. Neste sentido, Slavoj Žižek (2010) denuncia o conteúdo ideológico da universalidade dos direitos humanos, enquanto criação burguesa, capitalista e ocidental, que servem, ainda, como pretexto e justificativa para severas intervenções culturais, políticas e militares do ocidente sobre comunidades menos ocidentalizadas. No mesmo diapasão, Costas Douzinas (2010) afirma que os direitos humanos perderam seu objetivo de resistência à dominação, se transformando em ideologia política ou em “idolatria do capitalismo neoliberal”, apresentando, dentre outras críticas, que “a virada biopolítica transforma os direitos humanos em ferramentas de controle sob a promessa de liberdade” (DOUZINAS, 2010, p. 03). Dito isto, se constata que nem mesmo os direitos humanos podem ser vistos como “consenso” e, ainda que prestigiados por este rótulo, podem ser vistos, por algumas minorias, como forma de dominação, razão pela qual o critério da contestabilidade se apresenta novamente como mais desejável para contestar até mesmo aquilo que goza de alto prestígio como “consenso”.

Desta forma, a atuação direta do cidadão, com vistas a impedir a dominação, não se pauta na criação de consenso, mas na contestação, ou seja, em Pettit, “a concepção da democracia dá a precedência à fiscalização e contestação sobre o consenso” (BERTEN, 2007, p. 9-32).

Com isto, para Pettit, o que faz com que o povo seja seu próprio senhor (*self master*) diz respeito à possibilidade de contestar (*contestability*) as ações governamentais que configurem dominação, muito mais⁶⁷ do que a ideia de consenso derivada da doutrina habermasiana. Neste sentido, leciona Pettit:

A emergente concepção de democracia insiste que o objetivo é criar um ambiente de teste de seleção para as leis, em vez de ter leis que sejam consensualmente desenhadas. Conecta-se com a ênfase no republicanismo pré-moderno na virtude de ter leis que tenham resistido ao teste do tempo e que sejam parte de uma constituição antiga. Conecta-se também com a visão tradicional de que o povo tem direito de desafiar e resistir a leis de caráter arbitrário: isto de fato é o que constitui o povo como soberano (PETTIT, 2002, p. 278, tradução nossa)⁶⁸.

Em apertada síntese quanto à definição da contestação como elemento caracterizador da democracia e da esfera pública republicana, em detrimento do consenso, transcreve-se a lição de Paulo Neto (2015, p. 102-103):

A contestação na democracia contemporânea se constitui em uma teoria antagônica à forma democrática de consenso ou de consentimento individual para as ações estatais. O consentimento individual explícito de todos os cidadãos é um ideal inacessível e o consentimento implícito, como a ausência de protestos e de contestação, se compõe pela asfixia dos interesses individuais em prol de políticas que satisfaçam os anseios da maioria. A não-arbitrariedade das ações do Estado requer mais do que o consentimento dos atingidos pelas normas e decisões políticas. Por isso, a necessidade de postulação da possibilidade de contestação. A tomada pública de decisões políticas deve atender aos interesses e às interpretações dos

⁶⁷ Verifica-se que Pettit não nega a necessidade de uma dimensão de consenso; todavia, somente o admite num sentido ontologicamente fraco. O autor reforça que o principal legitimador das ações estatais é a contestabilidade (*contestability*) à qual estão submetidas. Neste sentido: “The idea of contestability gives us a cue for the right response to our question. What might enable one of us to own a public decision? What might make it possible for such a decision not to have the aspect of an arbitrary act of interference? The answer which suggest itself is: the fact that we can more or less effectively contest the decision, if we find that it does not answer to our relevant interest or relevant ideas. The decision may materialize, like most public decisions, on a basis that is consensual only in a vanishingly weak sense. That does not matter, provided that it materializes under a dispensation of effective contestability. The non-arbitrariness of public decisions come of their meeting, not the condition of having originated or emerged according to some consensual process, but the condition of being such that if they conflict with the perceived interests and ideas of the citizens, then the citizens can effectively contest them. What matters is not the historical origin of the decisions in some form of consent but their modal or counterfactual responsiveness to the possibility of contestation” (PETTIT, 2002, p. 278).

⁶⁸ “The emerging conception of democracy insists that the point is to create a testing environment of selection for the laws, rather than to have laws that are consensually designed. It connects with the emphasis in premodern republicanism on virtue of having laws that have stood the test of time and that are part of an ancient constitution. And it connects also with the traditional view that the people have right to challenge and resist laws that are arbitrary in character: that this indeed is what constitutes the people as sovereign (PETTIT, 2002, p. 278)”.

cidadãos afetados. O caráter não-arbitrário das decisões públicas não é a condição necessária e suficiente que resulta do processo de consentimento, mas deve ser efetivamente contestada pelos cidadãos, desde que as decisões políticas entrem em conflito com os interesses e as interpretações dos cidadãos.

Dito isto, a presente dissertação se ancora no conceito de esfera pública derivado do pensamento republicano de Philip Pettit, em detrimento de uma concepção vaga e abstrata de “estar-no-mundo” arendtiana. Aceita-se o ponto de contato entre as teorias de Habermas e Pettit, quanto à necessidade de a esfera pública exercer controle sobre a atividade estatal, bem como que este controle seja feito democraticamente, sempre em discurso e racionalmente. Contudo, o critério de legitimidade aqui adotado é o da contestabilidade das decisões estatais, em detrimento do consenso habermasiano, posto que este é de difícil demonstração empírica e histórica, bem como incapaz de impedir a dominação⁶⁹.

Este trabalho, portanto, ao se apoiar em Pettit, concorda que os conceitos de liberdade negativa como não-interferência e liberdade positiva não são desejáveis, igualmente as concepções de vida pública liberal e comunitária. Encontra-se um meio-termo na doutrina de Pettit, a qual não conduz a um individualismo deslocado do contexto histórico e social, tampouco a uma supressão da individualidade por qualquer forma totalizante de coletividade.

Com base nisto, não se espera⁷⁰ do indivíduo uma necessária participação (exercício da ação) na construção da liberdade e das decisões públicas; reconhece-se, contudo, que o indivíduo está inserido numa vida pública comum – portanto, compartilha de crenças e convicções comuns, e está inserido num contexto comunicacional acerca dos interesses comuns assumidos pela coletividade – , e, por isso, o indivíduo deve estar em constante vigilância e fiscalização das atividades do Estado.

O Estado, por sua vez, deve pautar o seu agir nos interesses comuns assumidos, e somente neles. Exige-se do Estado uma forma de organização do aparelhamento institucional

⁶⁹ “A democracia deliberativa e contestatória coloca como prioritárias a fiscalização e a contestação em detrimento da busca pelo consenso. Isso porque a garantia da não-dominação deve acontecer pela possibilidade de os sujeitos exercerem a vigilância e a crítica aos órgãos estatais, o que, necessariamente, não pode resultar em um consenso pelos participantes da vida política (Cf. PETTIT, 1997, p. 185). A busca pelo consenso não seria a condição *sine qua non* para a legitimidade democrática e nem a justiça da lei seria a única virtude das instituições políticas. A concepção republicana de democracia considera que o valor significativo para a legitimidade institucional esteja fundado no direito que os cidadãos possuem de exercerem a vigilância e de questionarem as ações dos representantes políticos (Cf. PETTIT, 1997, p. 63)” (PAULO NETO, 2015, p. 106, grifos do autor).

⁷⁰ Não existe uma obrigação ou dever de o indivíduo participar, entretanto, devem existir canais de participação, para o caso de o indivíduo querer participar. Há maior ênfase na participação como contestação, que sempre deve ser franqueada ao indivíduo que se repute vítima de uma dominação e queira exercer voz contra esta.

que permita sua interferência na sociedade, sem, contudo, ser arbitrário (*dominium*).

Além disto, exige-se do Estado a abertura institucional para que o cidadão – eterno vigilante e fiscal – exerça sua contestação contra a dominação. Para tanto, o Estado deve dispor de instituições que canalizem a voz do cidadão, promova o diálogo mediante razões, em que as considerações do cidadão sejam, de fato, ouvidas e deliberadas e, ao final, seja possível a reversão do ato estatal que implica dominação.

Neste sentido, tais instituições que permitem a contestação e promovem a deliberação, mediante argumentos racionais, se apresentam como condições necessárias à manifestação de voz da esfera pública: uma esfera pública contestatória – se assim se pode dizer, em correlação com a democracia contestatória – somente é capaz de perseguir a não-dominação em instituições republicanas. Ao se adotar a noção de esfera pública contestatória, sustenta-se que o critério da contestabilidade dá conta, a um só tempo, de manter vivo o dissenso contudístico característico das sociedades plurais e complexas, bem como de exigir do Estado Democrático Constitucional a criação e promoção de procedimentos em que se mantenham vivos o diálogo e a deliberação.

Feitas tais considerações, o tópico seguinte tem por finalidade analisar a composição da esfera pública, no sentido de que esta não é formada unicamente por indivíduos, senão também por grupos, os quais são formados tanto de maneira voluntária, quanto de maneira involuntária, seguindo a proposta de Michael Walzer, que é plenamente compatível com a metodologia holista-individualista desenvolvida por Pettit.

2.4 A COMPOSIÇÃO DA ESFERA PÚBLICA: INDIVÍDUOS E GRUPOS

Nos tópicos anteriores, este trabalho fixou sua premissa de que a esfera pública republicana tem por finalidade o controle da atividade estatal, sendo que este controle se efetiva democraticamente, de maneira dialógica, racional e deliberativa, ancorado, sobretudo, no critério da não-dominação. Para chegar a essa conclusão, foi posta uma tônica na efetiva possibilidade de os indivíduos contestarem as decisões estatais que se afastam daquilo que é partilhado como interesse ou crença comum, que é criada e permeia a esfera pública. Resta, contudo, analisar os sujeitos que estão presentes na esfera pública.

O pensamento político é fortemente influenciado por teorias liberais, as quais se assentam sobremaneira na autonomia do indivíduo para criação de associações e grupos⁷¹; utilizando de uma “linguagem da liberdade”, consiste em dizer que a preocupação primeira é que os indivíduos sejam livres para escolher se associar ou não, formar grupos ou não. Valendo da terminologia de Michael Walzer (2008, p. 03), os grupos existentes são, na visão liberal, associações voluntárias, isto é, são formados da vontade de indivíduos livres e interessados, que também possuem a liberdade de sair dessas associações quando pretenderem.

Nesta perspectiva, percebe-se que desde os séculos XVI e XVII se sustenta que até mesmo formação do Estado se dá pela associação voluntária de indivíduos livres e racionais, mediante a celebração de um fictício contrato social, conforme se verifica, por exemplo, em Thomas Hobbes e John Locke. Há uma construção teórica para justificar que a criação do Estado não viola a liberdade individual, pois se trata de uma associação voluntária, pautada na liberdade de contratar, vista como um direito natural – preexistente ao Estado, já presente no estágio pré-contratual do estado de natureza.

Até mesmo a sociedade civil é um “sonho liberal”, no sentido de ser “um prolongamento da teoria da associação voluntária”, uma vez que este sonho “evoca um mundo que inclui todos os grupos sociais nos quais a associação é livremente escolhida e não-coercitiva” (WALZER, 2008, p. 95).

Caso aqui fosse adotado este raciocínio tipicamente liberal, a esfera pública consistiria num contexto comunicacional em que os indivíduos – que utopicamente nasceram livres e iguais – exercem, dialógica e democraticamente, a fiscalização e vigilância dos atos estatais. Por uma questão de interesses e influência, tais indivíduos se associam livremente, para, assim, obterem mais força tanto na criação dos interesses comuns, quanto na contestação daquilo que se afaste dos interesses comuns. Portanto, nesta ótica, na esfera pública estão presentes indivíduos e grupos (associações voluntárias), em constante diálogo.

Em que pese a inegável importância da liberdade de associação, afirmar que todas as associações são sempre voluntárias se apresenta como um “utopismo ruim”, afinal, “nenhuma sociedade humana poderia sobreviver sem relações de tipo muito diferente” (WALZER, 2008, p. 03-04), isto é, sem associações involuntárias.

⁷¹ Uma compreensão preliminar do conceito de “grupo” é fornecida por Axel Honneth como “mecanismo social fundado na necessidade ou no interesse psíquico do indivíduo, porque auxilia na estabilidade e ampliação pessoais” (HONNETH, 2013, p. 58).

As associações involuntárias são aquelas, como o nome sugere, em que o indivíduo é inserido independentemente de sua vontade ou aquiescência. Além de involuntárias, elas são inevitáveis, afinal, o indivíduo já nasce inserido numa família, numa comunidade com língua e cultura bem definidas; além disso, muitos dos indivíduos, quando ainda criança, são iniciados em práticas ou instituições religiosas ou políticas, das quais raramente se distanciam em idade adulta (WALZER, 2008, p. 07-09).

Corroborando a inevitabilidade das associações involuntárias a constatação de Axel Honneth de que a formação – ainda que involuntária – de grupos decorre da necessidade de reconhecimento: o sujeito precisa de relações intersubjetivas, interações diretas com outros sujeitos, de maneira duradoura, ao longo de toda a vida, para, destas relações, obter autoconfiança, autorrespeito e autoestima, o que assegura sua “durabilidade psicológica” (HONNETH, 2013, p. 65).

Na esteira do pensamento honnethiano, pode-se afirmar que o processo de individualização é paralelo ao processo de socialização⁷²: a formação do indivíduo decorre de ele assumir para si diversas normas e habilidades que são socialmente esperadas e, para colocar tais habilidades e normas em prática, o indivíduo precisa participar de grupos. Portanto, “o processo de socialização humana contém a ideia de um entrelaçamento entre individualização e socialização que já permite tirar algumas conclusões sobre a importância dos grupos sociais para o amadurecimento individual” (HONNETH, 2013, p. 64).

A existência das associações involuntárias acarreta quatro tipos de restrições⁷³, sendo que a primeira delas é a restrição familiar e social. De acordo com Walzer (2008, p. 06),

⁷² Erick Calheiros de Lima (2013, p. 83-116) sustenta a existência de uma relação dialética entre individualização e socialização já na obra de Hegel, e que esta dialética persiste em Jürgen Habermas e Axel Honneth, a partir da interpretação que estes autores conferem à obra hegeliana. Segundo Lima (2013, p. 91), em Hegel há uma “ênfase na imbricação dos processos que originam a consciência singular e a universal”, e a isto Habermas acrescenta os estudos de Durkheim, para concluir que há “uma conexão unívoca entre os processos de socialização e individualização” (LIMA, 2013, p. 98). A interpretação de Habermas é no sentido de que Hegel foi capaz de “compreender a intersubjetividade como cerne da subjetividade” (LIMA, 2013, p.98). Nas palavras da Habermas (*apud* LIMA, 2013, p. 99), “todos os fenômenos históricos têm maior ou menor participação na estrutura dialética das relações de reconhecimento recíproco, nas quais as pessoas são individualizadas pela socialização”. Não muito diferente, a leitura de Honneth acerca do período ienense de Hegel é no sentido de estabelecer “uma relação íntima entre a socialização ativa dos indivíduos, sua individualização e a produção de normas e instituições que dão corpo à autoconsciência universal e ao espírito do povo” (LIMA, 2013, p. 94), de onde deriva, inclusive, a teoria da liberdade defendida por Honneth (2015), segundo a qual a liberdade individual é liberdade social, interrelacional, intersubjetiva, em que o indivíduo carece de uma contrapartida, na forma de reconhecimento, de outros indivíduos.

⁷³ A expressão “restrição” foi utilizada por fidedignidade à obra de Michael Walzer. Porém, é preciso atentar para o fato de a restrição em comento não ser uma restrição à liberdade, tampouco uma forma de dominação, mas uma restrição à voluntariedade de se associar, do “estilo” da associação, do conteúdo associativo, moral, política etc., conforme explicado na continuidade.

“nascemos membros de uma família, de uma nação ou país e de uma classe social; e nascemos homem ou mulher”, e, embora em idade adulta o indivíduo tenha a possibilidade de saída dessas associações, dificilmente o faz, até mesmo em razão do “alto preço” a ser pago para tanto.

Outra restrição que as associações involuntárias apresentam é de cunho cultural, e diz respeito às formas associativas disponíveis, isto é, existem formas de associação que, embora haja a liberdade de os associados se escolherem mutuamente, sua forma, estrutura ou “estilo” não é livre, posto que já há uma construção social que as padroniza (WALZER, 2008, p. 10)⁷⁴.

Além dessas, há a restrição política, no sentido de que “o nascimento e o domicílio nos fazem membros de uma comunidade política”. Em outras palavras, “nascemos cidadãos (...) e raramente somos convidados a concordar com nossa cidadania” e, se o indivíduo não sai desta comunidade política – o que é comum –, permanece “preso a uma série de acordos em cujo projeto não teve nenhuma participação” (WALZER, 2008, p. 13-14).

Por fim, as associações involuntárias causam uma restrição moral, na medida em que a construção da ética (individual) é guiada por valores morais (coletivos). Com isso, o indivíduo tem a intenção de “fazer a coisa certa” e, para tanto, busca se associar, entrar em grupos e se engajar em lutas sociais (WALZER, 2008, p. 16)⁷⁵.

Portanto, as associações involuntárias não apenas existem, como também são inevitáveis, sendo impensável uma vida em sociedade sem essas associações. O argumento

⁷⁴ “Os associados podem escolher um ao outro, mas quase nunca poderão opinar sobre a estrutura e o estilo de sua associação. O casamento é o exemplo óbvio: a parceria pode ser um verdadeiro encontro de almas afins, mas seu significado não é determinado pelas almas que se encontram. O casamento é uma prática cultural; seu significado e as responsabilidades que acarreta são aceitos pelos parceiros assim que se reconhecem mutuamente como marido e mulher. Os acordos e contratos pré-nupciais afetam apenas os detalhes de seu arranjo. De maneira semelhante, homens e mulheres podem criar um clube, liga, sindicato ou partido; podem reunir-se livremente e escrever seus próprios estatutos. É provável, porém, que sua associação seja extraordinariamente semelhante às associações de seus concidadãos da mesma rua ou do outro lado da cidade, e os estatutos costumam ser escritos de forma padronizada” (WALZER, 2008, p. 10). No mesmo sentido, “Existe, portanto, uma previsibilidade radical em nossa vida associativa. Reunimo-nos com uma finalidade, descobrimos um interesse comum, concordamos mais ou menos quanto a uma linha de discussão e formamos uma organização. Nossa organização é muito parecida com todas as outras, e é assim que sabemos o que estamos fazendo” (WALZER, 2008, p. 11, grifos do autor).

⁷⁵ Nas palavras do autor, a restrição moral “é uma restrição com a qual os indivíduos se confrontam não apenas como produtos da sociedade, da cultura e da política, mas também como indivíduos que tentam fazer a coisa certa. Eles ouvem uma voz interna que os reprime, dizendo-lhes que devem fazer uma determinada coisa que (até então) não decidiram fazer e que prefeririam não fazer. E, o que é mais importante para esta discussão, a voz lhe diz (eles dizem a si próprios) que devem tornar-se membros de uma determinada associação, ou participar desta ou daquela luta social ou política – ou que devem desligar-se ou afastar-se das mesmas”. (WALZER, 2008, p. 16).

central de Walzer é no sentido de que negar a existência de associações involuntárias é prejudicial ao desenvolvimento de teorias e práticas democráticas, inclusive de cunho liberal, em razão de impedir uma avaliação moral e sociológica de tais associações e das desigualdades em seu interior. Para o autor, é necessário entender o funcionamento das associações involuntárias, posto que a vida democrática é uma dinâmica e constante negociação entre voluntário e involuntário, de acordo com as necessidades de cada momento (WALZER, 2008, p. 28-30)⁷⁶.

À primeira vista e sob a perspectiva liberal, as restrições advindas de tais associações se apresentam como restrições à liberdade, afinal, desconsideram o indivíduo como aquele sujeito *a priori*, axiologicamente superior e anterior à comunidade, que pode escolher se associar ou não, com quem se associar, o conteúdo da associação etc. Contudo, a contribuição comunitarista consiste exatamente em rechaçar tal ponto de vista e afirmar que a simples existência de associações involuntárias não representa uma violação à liberdade. A liberdade restaria tolhida caso não houvesse a possibilidade de oposição, fuga, dissidência e resistência no interior dessas associações. Nas palavras de Walzer,

Certas associações específicas podem de fato ser uma ameaça, não por serem involuntárias, mas por serem xenófobas, hierárquicas ou totalitárias. O que a liberdade exige não é o voluntarismo puro, mas a possibilidade de oposição e fuga (...). Caminhamos rumo à liberdade quando tornamos possíveis a oposição e a fuga, quando permitimos a dissidência e a resistência internas, o divórcio, a conversão, o desligamento e a renúncia. Caminhamos rumo à liberdade quando abrimos caminhos para a mudança social dentro das associações involuntárias, para os realinhamentos de *status* entre elas e para a redistribuição de seus membros (WALZER, 2008, p. 04 e 28).

Portanto, a existência de associações involuntárias não se apresenta como um déficit de liberdade individual, senão apenas quando estas associações exercem alguma forma de dominação (interferência arbitrária) sobre o membro individualmente considerado. Por conseguinte, para que as associações involuntárias não sejam fonte de dominação e restrição de liberdade, deve ser possível a contestação (oposição, resistência, dissidência), além, claro, da saída ou renúncia.

Se o pertencimento a um grupo, ainda que involuntário, é inevitável e não representa, por si só, uma diminuição em termos de liberdade, importa observar que o indivíduo desfruta

⁷⁶ Ademais, o autor não trata a própria crítica comunitarista como um modelo substancial autônomo, com pretensão de substituir o liberalismo pelo comunitarismo; em vez disto, pretende apenas aperfeiçoar a democracia liberal, corrigindo alguns de seus erros pelo reconhecimento de elementos provenientes do comunitarismo, como a aceitação da existência e legitimidade de associações involuntárias (WALZER, 2008, p. X, 205-208).

do exercício de poder na medida em que está inserido em grupos. Em outras palavras, o poder do indivíduo depende do poder do grupo ao qual está associado (voluntária ou involuntariamente)⁷⁷, sobretudo porque os grupos exercem papel importante na distribuição do poder político, pois há momentos em que o poder político é executado de maneira coletiva (WALZER, 2008, p. 31).

Ao adentrar nesta questão, é preciso considerar que nem todo grupo é capaz de ser sujeito de exercício de poder político, por faltar o atributo da agência. Para que um grupo efetivamente participe do exercício do poder político, sobretudo no que diz respeito a manifestar a voz de contestação contra atos de dominação, é necessário que este grupo seja uma agência, e não meramente um “conjunto” ou uma “coletividade”⁷⁸. Somente no sentido de agência é possível vislumbrar grupos participando efetivamente na esfera pública, exercendo a voz de contestação, manifestando um interesse unificado do grupo, condizente com os interesses dos seus respectivos membros, sendo viável a representatividade do indivíduo pelo grupo.

No viés do exercício de poder político por grupos (agências), retoma-se a concepção de dominação como exercício de uma espécie de poder: o poder de interferência arbitrária sobre a vida de outro. Abandonando uma visão atomista e partindo a uma análise holista⁷⁹,

⁷⁷ “É por causa dos grupos a que pertencemos que alguns de nós são poderosos e outros, impotentes” (WALZER, 2008, p. 31).

⁷⁸ Segundo Pettit, um grupo pode ser entendido meramente como uma coleção de indivíduos. Entretanto, existe uma categoria de grupo que se difere de uma simples coletividade ou mero “conjunto” de indivíduos, qual seja: a agência. Diferentemente das demais formas de grupo, as agências têm a capacidade de “atuar como seres humanos individuais”, isto é, “elas fazem julgamentos, compromissos formais, planejam iniciativas e, contando com membros que atuam em seus nomes, realizam ações em qualquer domínio” (PETTIT, 2014a, p. 03, tradução nossa). Somente se pode dizer que um grupo é agente quando “seus membros se combinam para agir dentro de papéis de grupo de forma que o grupo como um todo simula ou imita um agente individual” (PETTIT, 2014b, p. 1641, tradução nossa). Assim, Pettit cita como exemplos de “groups agents” as associações organizadas, as corporações, as igrejas, os partidos políticos e os Estados, ao passo que outras formas de grupos, como “o mercado” ou “a geração X”, não passam de conjuntos ou coletividades, sem agência, na medida em que não superam a ideia de um aglomerado de pessoas individuais, sem um desígnio comum de grupo.

⁷⁹ A epistemologia utilizada por Pettit é muito bem explicada por André Berten, segundo o qual Pettit adota uma metodologia individualista e holista, rechaçando o coletivismo e o atomismo. Em termos de individualismo, Pettit adota a concepção de que há uma racionalidade mínima em cada sujeito, que permite um comportamento intencional, em oposição ao coletivismo, segundo o qual forças coletivas compelem o indivíduo a agir de maneira determinada, quiçá inconsciente. Já em termos de holismo, as propriedades individuais, que distinguem cada indivíduo, surgem em relações sociais, de maneira que a individualidade requer uma sociedade que a preceda, de maneira que a formação individual ocorre em relações intersubjetivas. Desta forma, segundo Berten, há, na obra de Pettit, um “individualismo holista” ou um “holismo individualista”: os indivíduos possuem racionalidade mínima, capacidade reflexiva e, portanto, responsabilidade sobre seus atos, posto que estes não são determinados por uma estrutura coletiva, entretanto, estas propriedades e capacidades individuais não podem existir, nem serem exercidas, fora de um contexto social, isto é, em relação com outros indivíduos (BERTEN, 2007, p. 14-19). Para exemplificar a afirmativa de que as propriedades individuais não têm como serem exercidas fora de um contexto social: “Pois bem, essa reflexividade é possível somente porque os seres humanos são dotados de linguagem. As atitudes reflexivas, secundárias, não podem ser adotadas pelos membros de uma

Pettit aponta que a dominação sofrida por um indivíduo sempre decorre do seu pertencimento a um determinado grupo, isto é, por ser negro, mulher, pobre ou trabalhador, por exemplo⁸⁰. Em decorrência disso, o gozo da não-domação enquanto antipoder⁸¹ também deverá ser buscado e exercido em termos coletivos e de grupo: se o indivíduo dominado quiser contestar a dominação e aumentar sua liberdade, haverá maior possibilidade de êxito se for feito por um grupo, em prol da liberdade de todos os membros do grupo (PETTIT, 2002, p. 144-145). Neste sentido, como em regra a dominação decorre do pertencimento de um indivíduo a determinado grupo, a contestação também deve, como regra, ser elevada a um grau coletivo.

Assim, por exemplo, um determinado número de indivíduos consumidores que se sentem dominados em razão de práticas abusivas de mercado pode voluntariamente criar uma associação, para exercer a voz de contestação na esfera pública, em prol da não-domação dos seus membros. Também as vítimas de um evento danoso podem criar associações voluntárias para a finalidade de contestar coletivamente a dominação decorrente daquele evento. A representatividade do indivíduo pela associação voluntária ao qual aderiu é evidente.

A representatividade não é anulada ou maculada pela ausência de voluntariedade do indivíduo quanto à sua inserção no grupo. O indivíduo sofre dominação decorrente do seu pertencimento involuntário a um grupo, e esta dominação é equivalente para todos os demais

comunidade lingüística. Ou, formulado de maneira diferente, o ‘pensamento’, a reflexividade, pressupõe o uso da linguagem; isso pressupõe a capacidade de seguir regras, e seguir regras é possível apenas para uma criatura social. A relação com a comunidade é, portanto, constitutiva do pensamento mesmo” (BERTEN, 2007, p. 19).

⁸⁰ “If someone is dominated, if someone is exposed to arbitrary interference by others, then that is always in virtue being of a certain kind or class; the person is vulnerable insofar as they are black, or female, or old, or poor, or whatever. That means that to the extent to which we advance a person's freedom as non-domination, we must advance the freedom as non-domination of some relevant vulnerability class or classes to which they belong. And it means that if a person is to take up the cause of their own liberation, their own protection against domination, then they have to identify with the cause of others in their vulnerability classes. There may be no way, for example, whereby a woman or a worker can achieve an improvement in their freedom as non-domination short of achieving something for women or workers in general, or at least for women or workers in their particular situation” (PETTIT, 2002, p. 144-145). Interessante notar que boa parte dos grupos citados por Pettit, tais como negros ou mulheres, consiste em associações involuntárias, na terminologia de Walzer. Trata-se daquilo que Walzer denomina “grupos categoriais e estigmatizados”, marcados por uma “desigualdade duradoura”, na qual “os indivíduos não se tornam membros desses grupos porque são desfavorecidos: são desfavorecidos porque são seus membros” (WALZER, 2008, p.45).

⁸¹ No artigo “Freedom as antipower”, Pettit retoma os três requisitos para configuração do poder de interferência arbitrária: “(1) they have the capacity to interfere (2) with impunity and at will (3) in certain choices that the other is in position to make” (PETTIT, 1996, p. 578) . Em seguida, aponta exemplos de recursos que conferem poder de interferência arbitrária sobre a vida de outro: “The resources in virtue of which one person may have power over another are extraordinarily various: they range over resources of physical strength, technical advantage, financial clout, political authority, social connections, communal standing, informational access, ideological position, cultural legitimation, and the like. They also include the resource of being someone – say, the only doctor or police officer around – whose help and goodwill the other may need in various possible emergencies. They even include the resource of perceived intractability – at the limit, perceived irrationality – that enables someone to drive a hard bargain” (PETTIT, 1996, p. 583)

integrantes daquele grupo, como, por exemplo, nos casos das dominações suportadas por minorias étnicas ou religiosas, mulheres, negros etc. Ainda que não haja uma expressa manifestação de vontade no sentido de ingressar numa associação, o indivíduo será representado pela associação da qual involuntariamente faz parte. Portanto, há legitimidade, por exemplo, para uma associação de defesa dos negros exercer a voz de contestação em favor não apenas dos seus associados “formais” (aqueles que manifestaram voluntariamente a vontade de ingressar na associação e constam formalmente do rol de membros), mas de todos os negros.

Na mesma esteira das associações involuntárias, o pertencimento a uma determinada comunidade política acarreta a representatividade da sociedade pelo Ministério Público, isto é, o Ministério Público pode exercer a voz de contestação em prol da não-dominação de uma determinada comunidade; uma entidade religiosa organizada, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), tem legitimidade para exercer voz de contestação contra a dominação sofrida pelos que professam sua religião etc.

Todavia, como mencionado anteriormente, as associações involuntárias não podem restringir a liberdade de seus integrantes, isto é, não podem ser hierarquizadas ou totalizantes a ponto de impedir a dissidência, a oposição e a saída. Noutros termos, a associação involuntária não pode ser uma fonte de dominação dos seus associados. Por conta disso, a esfera pública não pode ser formada apenas por grupos exercendo o direito de voz; ao indivíduo também deve ser possível exercer a voz de contestação, estar inserido na esfera pública, inclusive para dissentir daquilo que é defendido pela associação involuntária da qual faz parte. Portanto, não deve haver prejuízo ao indivíduo para também poder manifestar seus argumentos, pontos de vista e interesses, sobretudo para que não seja fonte de dominação da associação involuntária da qual faz parte.

Em conclusão, a dominação pode ocorrer não apenas em termos individuais (indivíduo dominando indivíduo), mas também com envolvimento de algum agente coletivo (indivíduo dominando grupo, grupo dominando indivíduo ou grupo dominando grupo). Igualmente, a busca da não-dominação (isto é, a contestação) também pode ser exercida de maneira individual, entretanto, em razão da distribuição do poder político, a defesa da não-dominação de um indivíduo será mais bem exercida quando coletivizada, isto é, quando a não-dominação individual é defendida por um grupo, valendo da técnica da representação (indivíduo representado pelo grupo do qual faz parte). Esta coletivização (representação do indivíduo

pelo grupo), contudo, não pode representar uma dominação, isto é, não pode suprimir os argumentos, interesses e pontos de vista do indivíduo, razão pela qual este também deve ter direito a voz de contestação na esfera pública. Portanto, a esfera pública republicana não é uma esfera de participação exclusivamente individual, tampouco exclusivamente coletiva, posto que há o exercício integrado de voz de contestação tanto por grupos, quanto por indivíduos.

Registre-se, todavia, a dificuldade existente em relação a uma terceira categoria apresentada por Walzer: as associações vorazes ou totalizadoras. Estas associações recebem os adjetivos de “vorazes” ou “totalizadoras” porque, diferentemente das demais, não aceitam pluralismo, dissenso e oposição, nem mesmo o trânsito dos seus integrantes entre vários grupos⁸². A existência desse tipo de associação cria um grande impasse às teorias democráticas, por gerar alguns paradoxos. A título de exemplo: a sociedade democrática defende o pluralismo, e, por conta disso, deveria aceitar o discurso inclusive de associações vorazes contrárias ao pluralismo. Outro exemplo: enquanto a sociedade democrática sustenta a igualdade entre homens e mulheres, há associações vorazes que a refutam, levantando o questionamento paradoxal se esta refutação deve ecoar nos debates democráticos.

Walzer aponta a existência de dois posicionamentos a respeito da participação das associações vorazes no debate democrático: de um lado, há autores como Moshe Halbertal e Avishai Margalit que sustentam que o Estado Democrático deve apoiar até mesmo as culturas que pregam contra os direitos individuais; de outro lado, há quem sustente, como Amy Gutman, que o Estado Democrático deve sempre respeitar e promover os direitos individuais, refutando a ideia de indivíduos que não tenham intencionalidade e liberdade para condução autônoma da própria vida. O filósofo, por sua vez, afirma que pretende encontrar um meio termo entre as duas concepções, admitindo, contudo, que “talvez não exista um espaço viável entre essas posições” (WALZER, 2008, p. 88, nota de rodapé nº 8).

2.5 O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO INSTITUIÇÃO REPUBLICANA

Nos tópicos anteriores, especialmente após a confrontação do republicanismo de Philip Pettit com os pensamentos de Hannah Arendt e Jürgen Habermas, chegou-se a um

⁸² Para as associações involuntárias, não há problema (“infidelidade”) se o indivíduo integrar duas associações distintas e defender posicionamentos distintos, cada um em um âmbito. Por exemplo, o indivíduo que está nas associações involuntárias de ser cidadão americano e de ser católico pode, sem qualquer “infidelidade”, defender o pluralismo (no âmbito da cidadania) e a rígida hierarquia (no âmbito da Igreja Católica). Por outro lado, as associações vorazes não admitem esse tipo de dualismo.

conceito de democracia na qual a esfera pública carece de instituições republicanas, as quais tenham a função de atuar como fórum de diálogo e deliberação em favor da não-dominância. Em outros termos, a esfera pública canaliza sua voz de contestação contra atos de interferência arbitrária perante as instituições republicanas. Portanto, existe uma estreita ligação entre o ideal de não-dominância e as instituições concretas do Estado.

Acerca de tal relação entre não-dominância e instituições, o filósofo irlandês é bem claro ao adotar um consequencialismo, segundo o qual as instituições constituem a não-dominância; não são aceitas pelo autor, portanto, quaisquer ideias que dissociem as instituições cívicas e a liberdade, nem mesmo que afirmem que a liberdade é causada pelas instituições⁸³ (PETTIT, 2002, p. 106-109). Daí, portanto, o interesse do autor em reformular normativamente as instituições, a fim de maximizar a não-dominância por elas constituída (PETTIT, 2002, p. 81), como já foi demonstrado.

Na teoria republicana de Pettit, as instituições são necessárias à promoção da democracia contestatória, além de serem vistas como constituintes da não-dominância. De um ponto de vista sociológico, o conceito de instituição requer uma “extensão espaço-temporal” nas totalidades sociais (GIDDENS, 2003, p. 20), de maneira que a análise do Poder Judiciário enquanto instituição social deve ser no sentido de verificar o preenchimento deste requisito, sem abandonar as exigências derivadas do republicanismo de Pettit, aqui assumido, no sentido de averiguar se o Judiciário se mostra compatível com o ideal de não-dominância e de uma democracia contestatória que assegure tal ideal.

Dentre os requisitos para configuração de uma instituição, inicia-se a análise do Judiciário pela extensão espaço-temporal do Poder Judiciário. Desde as ordenações (Afonsoinas, Manuelinas e Filipinas) – que tiveram a vigência estendida pelo Regulamento 737/1850 –, verifica-se a existência de instrumentos de controle do poder público, tais como a apelação judicial, as seguranças reais e os recursos de revista, vistos como precursores do hodierno mandado de segurança. Com a superação do Império pelo advento da República, foi promulgada a Constituição Federal de 1891, a qual adotou o sistema de freios e contrapesos, extinguiu o Poder Moderador e incumbiu ao Poder Judiciário – até então um “poder menor” –

⁸³ Pettit (2002, p. 81, 106-109) faz uma interessante análise sobre a relação entre instituições e não-dominância ser de causa ou de constituição. Para tanto, realiza uma analogia com a relação entre anticorpos e imunidade. Assim, a presença dos anticorpos no sangue não é a causa da imunidade a certa doença; em vez disso, os anticorpos constituem (sem ser causa) a imunidade. Da mesma forma, as instituições republicanas não são a causa da não-dominância: as instituições republicanas constituem a não-dominância.

o exercício de mediar os demais poderes, zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes, mediante o exercício da *judicial review*. A partir de então, a *judicial review* sempre esteve presente no ordenamento jurídico; embora sua amplitude tenha sido limitada em períodos específicos (Constituições Federais de 1937, 1967 e 1969), de um modo geral se constata a permanência do Poder Judiciário e sua crescente valorização e importância no âmbito da separação dos poderes (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 25-47), de maneira que a extensão espaço-temporal fica plenamente preenchida.

Além disto, se, tanto com Pettit, quanto com Habermas, a esfera pública se manifesta na forma de discussão mediante razões, inserida num contexto de democracia deliberativa, não é diferente no Poder Judiciário, onde “o arranjo institucional (...) faz com que juízes tenham compromisso e prestem contas somente à razão pública” (MENDES, 2008, p. 72).

Conforme expõe Mendes (2008, p. 56-79)⁸⁴, vários autores defendem que o Judiciário, em funcionamento adequado e sadio, promove uma democracia mediante razões, em detrimento de vontades ou barganhas – daí se afirmar que a corte promove um debate público (MENDES, 2008, p. 69-70). Trata-se de uma forma de “representação deliberativa e argumentativa”, que “não se limita à agregação de interesses individuais, mas deve abranger decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos”, sendo que esta representatividade decorre de o Judiciário ser “mais sensível a razões”. Ademais,

Se, por um lado, [o Judiciário] não representa indivíduos particulares, por outro, participa de um processo altamente argumentativo onde as razões de todas as partes potencialmente interessadas são ouvidas. Indivíduos podem participar do processo decisório, às vezes de modo ainda mais intenso e influente, por fornecerem razões, não somente um voto. A corte decide por conta própria, mas dá resposta a cada um dos argumentos que lhe foram apresentados. Juízes que estão abertos a serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos merecem nosso respeito por suas decisões. Ajudam a construir uma “república de razões”, não somente uma “república de cidadãos” (ou de indivíduos auto-interessados) (MENDES, 2008, p. 68-69).

Interessante notar que a atuação judiciária mediante decisões pautadas em “boas justificativas compartilhadas por todos” é plenamente compatível com a concepção republicana (de Pettit) de esfera pública pautada na crença compartilhada e na consciência

⁸⁴ Trata-se de uma tese de doutorado em que o autor expõe os argumentos que são favoráveis à primazia das cortes constitucionais sobre o parlamento e, em seguida, argumentos favoráveis à primazia do parlamento sobre as cortes constitucionais, para, ao final, defender uma ideia de legitimidade que não seja pautada na “última palavra” de nenhuma das instituições, senão na deliberação inter-institucional. Portanto, os argumentos mencionados com base no trabalho de Mendes não retratam, necessariamente, a sua opinião ou defesa destes argumentos, mas apenas uma exposição sistemática de teorias de outros autores.

comum de oposição à dominação, ou seja, o Judiciário pode pautar sua atuação na concepção de vida pública republicana que repele qualquer forma de interferência arbitrária. A não-dominação, portanto, pode ser critério de justificação racional das decisões judiciais, promovendo, com isso, uma representatividade racional da esfera pública.

Tal concepção de Poder Judiciário enquanto instituição aberta à esfera pública, que promove uma democracia deliberativa e discussão mediante razões para fins de controle de legitimidade da atuação estatal, é reforçada pelo princípio do contraditório que rege sua atuação. Como será demonstrado no capítulo seguinte, o processo tem por fundamento o contraditório, ao qual não apenas as partes, mas também o magistrado está submetido.

Neste sentido, a atividade jurisdicional não diz respeito a um diálogo entre as partes, em que o juiz esteja localizado acima deste diálogo, de forma autônoma e independente. O conteúdo do contraditório no Estado Democrático Constitucional, de matriz republicana, vai muito além do binômio informação-reação típico do processo liberal⁸⁵; a este binômio, agrega o dever de debate (entre as partes e o magistrado), o direito de influência (da argumentação das partes sobre o magistrado), e ainda impõe ao magistrado o dever de fundamentação analítica, que, além de se tratar do último estágio de verificação do debate, da influência, enfim, do diálogo inerente ao processo, permite o controle da racionalidade da decisão – tudo isto será trabalhado de maneira detalhada no próximo capítulo.

Outrossim, na medida em que a concepção republicana de esfera pública é inclusiva, exigindo que a todo cidadão seja franqueado o acesso a fóruns e instituições onde seja possível a contestação, a Constituição Federal reforça o Poder Judiciário como instituição republicana, ao assegurar a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Portanto, qualquer dominação (interferência arbitrária) decorrente de lesão ou ameaça a direito pode ser levada ao Poder Judiciário, para sua apreciação e decisão mediante deliberações racionais.

A par de tudo isto, o critério da efetiva contestabilidade das decisões estatais é reforçado pela amplitude da *judicial review*, na medida em que o Judiciário tem legitimidade para anular ou reformar decisões adotadas pelos demais Poderes, sem que isto seja entendido

⁸⁵ Faz-se esta breve nota para se evitar ambigüidade ou vagueza na expressão “processo liberal”. No direito processual (dogmática jurídica), há três institutos que assumem certa centralidade: ação, jurisdição e processo. Nesta passagem, “processo liberal” diz respeito à concepção que se tinha do instituto “processo” na dogmática jurídica do Estado Liberal, especialmente no século XIX.

como um déficit democrático. Ao contrário, numa leitura contemporânea da democracia, com vistas a uma “demodiversidade”, Zaneti Junior (2014, p. 132) sustenta que

A defesa de tese deste livro é justamente no sentido de que os espaços democráticos são e devem ser plurais (que haja demodiversidade) e de que o Estado, na esfera de seus poderes independentes e harmônicos, na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão de sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso do cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática.

Portanto, longe de ser visto como um déficit democrático, a institucionalização do Poder Judiciário como instância de deliberação e participação vem ao encontro e socorro da democratização da sociedade, do pluralismo e da demodiversidade.

Ademais, não se pode ignorar que o século XX é marcado, simultaneamente, pela expansão da democracia e do Judiciário. Consequentemente, superado o Estado Liberal e seu paradigma legalista⁸⁶, a separação entre direito e política (se é que existe) se tornou muito tênue, permitindo uma judicialização da política ou politização do judiciário (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 139-144). Mais do que isto, há quem sustente e defenda verdadeira judicialização da vida, de modo geral, apontando que o ativismo judicial tem se mostrado favorável à democratização da sociedade – especialmente dada a crise de representatividade perante Legislativo e Executivo –, e não um óbice (BARROSO, 2012, p. 23-32).

Abandonando a perspectiva normativa, situada no dever-ser, e procedendo a uma análise da *verità effettuale*, Maria Tereza Sadek afirma que a magistratura está fortemente inserida na esfera pública⁸⁷, debatendo assuntos dos mais variados, isto é, não apenas litígios individuais, senão também políticas públicas, assuntos de coletividades e da sociedade em geral. Nas palavras da cientista política (SADEK, 2011, p. 01-03),

Para ilustrar bastaria lembrar que o Supremo Tribunal Federal impôs a fidelidade partidária; decidiu sobre o direito de greve de servidores públicos, proibiu o

⁸⁶ De acordo com o doutrinador referenciado, o Estado Liberal obteve a conquista dos direitos fundamentais de primeira dimensão e é caracterizado por um forte apego à lei, cumprindo ao juiz apenas aplicar a letra da lei, sem qualquer margem (paradigma legalista). Contudo, o Estado Liberal foi sucedido pelo Estado Social, o qual agregou os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão, notadamente voltados a prestações positivas do Estado; o Estado Social, por sua vez, foi superado pelo Estado Democrático Constitucional, o qual agregou, ao lado das demais dimensões de direitos fundamentais, a quarta dimensão, correspondente ao direito fundamental de participação nas decisões estatais. Supera-se, ainda, o paradigma legalista por uma concepção de tutela de direitos fundamentais e da dignidade humana.

⁸⁷ “De figura acanhada e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes” (SADEK, 2011, p. 01). A autora demonstra, portanto, que há tanto a presença de magistrados na esfera pública, como, também, a presença da esfera pública nas cortes.

nepotismo no setor público; restringiu o uso de algemas; arbitrou sobre o uso de células-tronco; proferiu sentença sobre demarcação de reserva indígena. Tal participação não se restringe à Corte Suprema, nem mesmo aos Tribunais Superiores. Juízes têm se manifestado sobre as mais diferentes matérias, sobre políticas públicas, sobre direitos relacionados à saúde, à educação, à habitação, ao saneamento etc.

Nesta linha de pensamento, Sadek afirma que, a despeito das divergências acerca da definição de democracia, as sociedades democráticas atuais são marcadas por “formas de organização institucional que visam a combater o arbítrio e permitir a participação de cidadãos” (SADEK, 2011, p. 04), e que, no Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário – ou o magistrado – se tornou agente político, concluindo que é inegável a “presença do Judiciário na arena pública” (SADEK, 2011, p. 15-27).

Neste diapasão, Burgos *et al.*, Carvalho, Melo e Vianna (1999, p. 22-23) identificam o Judiciário como arena pública emergente, sobretudo na superação do *welfare state*, especialmente após a década de 1970:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico “*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*”, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas –, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o *tempo passado*, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo (grifos dos autores).

Diante de todo o exposto, a presente dissertação constata que o Poder Judiciário se apresenta, atualmente, como instituição republicana, na medida em que se apresenta como um fórum de diálogo, deliberação e debate inclusivo da esfera pública, para fins de controle racional do arbítrio estatal. Nesta medida, o Judiciário permite a manifestação da voz de contestação proveniente da esfera pública contra atos que impliquem dominação estatal.

Além disto, em vez de consistir em déficit da democracia, o Judiciário se conforma plenamente ao modelo bidimensional de democracia defendido no republicanismo de Pettit: não se trata de conferir ao Judiciário a tarefa precípua de representação da sociedade e criação de decisões públicas, mas de complementar a dimensão autoral da democracia (realizada, sobretudo, mediante a lógica representativa e eleitoral, no seio de Executivo e Legislativo) com a dimensão editorial-contestatória perante o Judiciário. Portanto, o Judiciário preenche o modelo de democracia exigido numa república, se apresentando como instituição por

excelência da contestação em uma democracia contestatória.

Ademais, na medida em que o Poder Judiciário se apresenta como o balizador da relação entre os poderes públicos, especialmente por incumbir-lhe, em último grau, a guarda da Constituição Federal, a ele recai perfeitamente a característica de “recurso apelativo”, que garante a viabilidade do regime contestatório (PETTIT, 2007, p. 235-237), ao impedir contestações infinitas.

A partir da premissa aqui fixada – Poder Judiciário enquanto instituição republicana, que promove uma democracia contestatória, racional e deliberativa, aberto à participação da esfera pública–, o capítulo seguinte tem por finalidade analisar elementos de direito positivo e dogmática jurídica que potencializam o ingresso da esfera pública naquela instituição, permitindo a canalização das vozes individuais e coletivas, e sua reunião na forma de diálogo.

3 O DIREITO PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: PROCESSO, CONTRADITÓRIO E PARTICIPAÇÃO

O neoconstitucionalismo acarretou substanciais conseqüências na dogmática jurídica, ao reconhecer a força normativa da Constituição e sua supremacia, obrigando o direito infraconstitucional a se conformar à Lei Maior, de onde decorreu o fenômeno da constitucionalização do direito. Não diferente, o direito processual civil também foi constitucionalizado, ou seja, compatibilizado com o paradigma de um Estado Democrático Constitucional.

A constitucionalização do processo não diz respeito apenas à conformação do direito processual, suas normas fundamentais e princípios, à Constituição Federal, mas, sobretudo, à incorporação da metodologia constitucional ao direito processual civil, como, por exemplo, a adoção de uma nova teoria das normas jurídicas – regras, princípios, postulados normativos de igualdade, ponderação, razoabilidade e proporcionalidade – e de renovadas teorias da interpretação (MITIDIERO, 2015, p. 21-52). Além disso, em um Estado Democrático Constitucional, o processo não é mero instrumento de resolução de conflitos – sem, contudo, que deixe de sê-lo –, senão verdadeiro direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 488-490), especialmente por viabilizar a participação direta do povo no exercício do poder (MITIDIERO, 2015, p. 21-52; ZANETI JUNIOR, 2014, p. 107-109).

É bem verdade que este contexto requereu a substituição da jurisdição pelo processo, na qualidade de instituto-centro do direito processual civil (MITIDIERO, 2015, p. 21-52), mas, para além disso, exigiu nova conceituação de processo, que superasse a ideia de “relação jurídica processual”, posto que tal conceito é por demasiado formal e burocrático, e, portanto, pode impedir a observação de que o processo visa a criar um espaço de diálogo entre os atores processuais, para suporte à futura decisão judicial e solução da crise de direito posta em análise (BURGO, 2014, p. 94; ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, p. 07-31). Daí surge a proposta conceitual de Elio Fazzalari, que identifica o contraditório como elemento distintivo do processo em relação ao procedimento. Em Fazzalari, portanto, o procedimento é gênero, do qual o processo é espécie, caracterizada pelo contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 109-125).

O presente capítulo se divide em quatro tópicos. O primeiro deles apresenta as fases metodológicas do processo, do praxismo ao formalismo-valorativo, para demonstrar a

compatibilidade entre a ideologia desta última fase metodológica e a democracia contestatória e o ideal de não-dominação, sobretudo em razão do enfoque do processo como instrumento de participação e inserção no debate democrático.

O segundo tópico tem por objetivo remontar a evolução conceitual do contraditório, até o seu espectro atual, que agrega os direitos de informação, reação e de influência ao dever de cooperação, de onde erige uma concepção de processo multifacetário e que proporciona o debate. Como será demonstrado, o conceito enriquecido de contraditório também reforça a democracia contestatória (dialógica e deliberativa), posto que constringe os atores processuais ao diálogo.

O terceiro tópico analisa duas características do ordenamento jurídico brasileiro que socorrem a democracia contestatória perante o Poder Judiciário: o amplo acesso à justiça e o direito fundamental ao processo. Tais características asseguram a cidadãos e grupos que demandas das mais diversificadas sejam apreciadas pelo Poder Judiciário – este com competência para intervir em atos dos demais Poderes e de particulares –, tendo em vista que o processo está sempre à sua disposição, para dar início a diálogos e provocar deliberações sobre aquilo que é de interesse comum.

O quarto tópico cuida de analisar alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, os quais demonstram sua aderência à ideologia e cultura do formalismo-valorativo, na medida em que maximizam o contraditório e, portanto, a possibilidade de participação e inserção da esfera pública nos debates processuais.

Portanto, o presente capítulo promove uma defesa do processo como instrumento de não-dominação, de manifestação de voz de contestação, para dar concretude à democracia contestatória e realizar o Poder Judiciário como arena e instituição pública de deliberação.

A ideologia participativa e democrática do formalismo-valorativo, com a adoção do conceito fazzalariano de processo, potencializa o estudo do direito processual com vistas à participação democrática na formação da vontade estatal, ao passo que a extensão do contraditório constringe os atores ao diálogo e à deliberação racional. Tudo isto aliado ao amplo acesso à justiça e ao direito fundamental ao processo aparelha o cidadão ou grupo a contestar qualquer dominação estatal. Além do mais, o Código de Processo Civil de 2015 possui dispositivos que maximizam esta possibilidade de participação processual. Assim, o

republicanismo defendido na filosofia política de Pettit ganha concretude e robustez na realidade jurídico-constitucional brasileira, como será demonstrado a seguir.

Por outro lado, a observância do efetivo contraditório, em todos os seus caracteres, é necessária para que o processo seja instrumento de democracia contestatória. É o contraditório que permite que os sujeitos que sofreram dominação possam exercer voz de contestação, expor seus argumentos, interesses e pontos de vista, num diálogo racional.

Por consequência, se o contraditório não for efetivado em sua plenitude, impedindo que a voz de contestação das partes seja levada em consideração na deliberação e formação da decisão, o processo deixará de ser instrumento de democracia contestatória e passará a constituir o mal que pretende combater: a dominação.

3.1 A EVOLUÇÃO METODOLÓGICA DO PROCESSO: DO PRAXISMO AO FORMALISMO-VALORATIVO

Como aponta Cláudio Madureira, a história do processo é dividida em três fases, tanto por Dinamarco, quanto por Mitidiero. Para Dinamarco, as três fases correspondem às fases sincrética, autonomista e instrumentalista, ao passo que, para Mitidiero, seriam os momentos do praxismo, processualismo e formalismo-valorativo. Contudo, dadas as diferenças significativas, em termos de ideologia, entre o instrumentalismo designado por Dinamarco e o formalismo-valorativo apontado por Mitidiero, este último passou a dividir a história do processo em quatro períodos, sendo o formalismo-valorativo a quarta etapa, posterior à instrumentalidade (MADUREIRA, 2015, p. 253-256).

Adotando-se a tetrapartição da história processual defendida por Mitidiero (2015, p. 29), “o praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil”, ou seja, ainda não se podia falar da existência de um direito processual civil, pois este era entendido como mera prática, a *práxis* forense, o que, segundo Dinamarco – versando sobre o mesmo período, porém sob a alcunha de fase sincrética –, não possuía sistematicidade, conceitos ou princípios próprios (DINAMARCO, 2003, p. 255). Nesta pré-história processual denominada de praxismo, a ação não passava de um desdobramento do direito subjetivo (teoria imanentista da ação), desconheciam-se diferenças entre processo e procedimento, e a jurisdição era compreendida como um sistema para a tutela de direitos subjetivos privados (MITIDIERO, 2015, p. 29-31).

A fase do praxismo só foi superada no século XIX, isto é, já no ápice da cientificidade e racionalidade almeçadas pelos tempos modernos, quando Oskar Von Bülow (1964, p. 01-09; DINAMARCO, 2013, p. 18-19; BURGO, 2014, p.93) diferenciou a relação jurídica de direito material da relação jurídica de direito processual, dando início, assim, à fase do processualismo, em que o direito processual se tornou ciência autônoma, com objeto próprio: a relação jurídica processual, distinta da relação jurídica de direito material (MITIDIERO, 2015, p. 32). Portanto, quanto à natureza jurídica do processo, consagrou-se no processualismo a tese de Bülow, segundo a qual o processo é uma relação jurídica pública (BÜLOW, 1964, p. 02).

Em termos de ação, a polêmica entre Windscheid e Muther concluiu pela existência de direito, ação e pretensão de direito processual, independente de direito, ação e pretensão de direito material, ou seja, “a ação deixa de ser compreendida como um apêndice do direito material, passando a representar um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e obter sentença” (MITIDIERO, 2015, p. 34), de onde derivaram diversas teses, tais como a tese da ação concreta (Chiovenda), tese da ação abstrata (Bulow, Plosz e Degenkolb) e teoria eclética da ação (Liebman). Já em relação à jurisdição, fixou-se o entendimento de que se trata da “função de realizar o direito objetivo estatal e pacificar a sociedade” (MITIDIERO, 2015, p. 34).

O período do processualismo, portanto, representou consideráveis avanços na ciência do direito processual, afinal, como leciona Mitidiero, foi neste período que grandes linhas do processo civil foram traçadas, especialmente no que diz respeito aos conceitos de institutos como atos processuais, litispendência, coisa julgada etc. (MITIDIERO, 2015, p. 33).

É importante observar que o Código de Processo Civil de 1973 reflete muito bem a fase metodológica do processualismo, tendo em vista sua acentuada preocupação com a técnica processual. A título de exemplo, vê-se que o art. 126 do revogado Código processual⁸⁸, com redação dada pela Lei 5.925/73, limitava a atuação do magistrado à simples aplicação da lei, ou seja, uma atividade técnica, burocrática, de subsunção neutra e avaliativa, sem qualquer ponderação acerca de direitos fundamentais ou justiça.

⁸⁸ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Por outro lado, o processualismo se exacerbou e acarretou grandes problemas, na medida em que o excesso de técnica e formalidades separou o direito processual da realidade e anseios sociais, ou seja, ensejou uma crise de efetividade da tutela jurisdicional. Nas palavras de Mitidiero (2015, p. 34),

É claro, porém, que esse clima processualista acabou por isolar demasiadamente o direito processual civil do direito material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais. Quanto mais precisos ficavam os seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais.

Portanto, a segunda fase metodológica, denominada processualismo, apesar de sistematizar o direito processual de maneira científica e objetiva, e aperfeiçoar a dogmática processual civil (ZANETI JUNIOR e GOMES, 2011, p. 13-32), acabou por se distanciar da finalidade de produção de justiça; esta tendência a não realizar justiça acabou por minar o processualismo e exigir um direito processual mais preocupado com a efetividade da tutela jurisdicional (MADUREIRA, 2015, p. 255).

Imbuída desta missão, surgiu a terceira fase metodológica do direito processual civil, a saber: o instrumentalismo⁸⁹. Trata-se de uma ideia difundida por Cândido Rangel Dinamarco, na década de 1980 (MADUREIRA, 2015, p. 256-257), segundo a qual o processo possuía, ao lado do escopo jurídico (atuação concreta do direito material), um escopo social (pacificação social) e um escopo político (garantia de participação), demonstrando, com isso, que o processo não é instrumental puramente técnico, posto que deve se preocupar com os resultados externos e realização de valores constitucionais, inclusive a justiça (DINAMARCO, 2013, p. 25-26). Portanto, Dinamarco afirma que, em termos de técnica, ciência, conceituação de institutos, o direito processual já está em grau satisfatório de maturidade (decorrente da fase do processualismo), sendo necessário, por outro lado, preocupar-se com o resultado prático do processo. Em suas palavras,

(...) o que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*. A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema

⁸⁹ Como mencionado com apoio de Madureira, duas propostas surgiram para superar o formalismo excessivo e a crise de efetividade e justiça, males decorrentes do processualismo: o instrumentalismo, de Cândido Rangel Dinamarco; e o formalismo-valorativo, de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Entretanto, ainda que ambas pretendessem superar a crise de efetividade processual, trata-se de propostas com ideologias diferentes, razão pela qual Mitidiero as colocou em sequência, isto é, o instrumentalismo como superação do processualismo, e o formalismo-valorativo como superação do instrumentalismo. É neste sentido adotado por Mitidiero que o presente trabalho se apóia.

processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina (DINAMARCO, 2013, p. 23, grifos do autor).

Na medida em que o instrumentalismo se debruça sobre a questão da efetividade, do resultado prático, isto é, algo externo ao processo, Dinamarco destaca que a ênfase do processualista não deve ser a ação – ligada a uma visão privatística do processo e da jurisdição apenas para a tutela de direitos subjetivos (DINAMARCO, 2013, p. 52) – ou o processo – que se trata de algo extremamente formal, desligado de conteúdo (DINAMARCO, 2013, p. 93) –, mas a jurisdição, justificando que “a preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento dos objetivos seus” (DINAMARCO, 2013, p. 95).

A centralidade da jurisdição no direito processual é justificada pelos que aderem ao instrumentalismo, ao se afirmar que a justiça será realizada quando os juízes conformarem o processo ao direito material; o direito material, portanto, se torna um objetivo a ser buscado por intermédio do processo, requerendo, portanto, a “relativização do binômio direito-processo” (MADUREIRA, 2015, p. 06-07). Além disso, a centralidade da jurisdição confere ênfase à manifestação do poder do Estado Social, marcadamente intervencionista (MITIDIERO, 2015, p. 37).

Entretanto, o instrumentalismo já resta superado por uma fase metodológica que melhor se coaduna ao Estado Democrático Constitucional: o formalismo valorativo⁹⁰, que em feliz assertiva é descrito como

(...) o movimento cultural destinado a nele (no processo) imprimir valores constitucionais, tendo por norte caráter axiológico da atividade dos operadores do Direito e, em especial, a busca pelo justo, o compromisso com a justiça e a visão de

⁹⁰ Sabe-se que há outros termos que designam o mesmo fenômeno, a mesma fase metodológica e suas consequências, tais como “neoprocessualismo” e “processo civil no Estado Constitucional”. Para Mitidiero, a expressão “neoprocessualismo” acaba por associar o processo civil ao “neoconstitucionalismo”, e isso “colabora com o esfumaçamento do pano de fundo teórico (...) com que o processo civil necessariamente tem de lidar” (MITIDIERO, 2015, p. 48-49). Em relação à expressão “formalismo valorativo”, Mitidiero aponta que: i) “formalismo” é um termo geralmente utilizado num sentido negativo; ii) o formalismo valorativo pode ser confundido indevidamente com o formalismo jurídico e o formalismo interpretativo. Por conta dessas críticas, Mitidiero opta por se referir à fase metodológica como “processo civil do Estado Constitucional”, por entender que tal expressão aponta melhor para os pressupostos sociais, éticos e lógicos do processo civil (MITIDIERO, 2015, p. 48-50). Contudo, esta dissertação optou por utilizar a expressão “formalismo valorativo”, para se manter a expressão consagrada por Alvaro de Oliveira e seguida nas publicações de professores e alunos do PPGDIR. Neste sentido, vale a pena conferir a defesa da expressão “formalismo valorativo”, em detrimento de “processo civil do Estado Constitucional”, realizada por Zaneti Jr. e Madureira (2017, p. 85-125).

que o processo tem dimensão problemática e é instrumento ético, sem deixar de ter estrutura técnica. A questão agora é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, e, em consequência disso, entender a inarredável configuração do próprio processo como um direito fundamental (ZANETI JUNIOR e GOMES, 2011, p. 19).

Como apontado, o instrumentalismo se erigiu sobre as bases do instituto da jurisdição, isto é, na atividade do Estado-juiz de fazer com que o processo atinja as finalidades já determinadas no direito material. Verifica-se, portanto – como é típico do Estado Social –, acentuada importância no Estado-juiz, em detrimento das partes, o que incentiva a existência de um processo assimétrico, com primazia do juiz às partes (MADUREIRA, 2015, p. 09).

Dentre outras críticas dirigidas pelo formalismo valorativo ao instrumentalismo, pode-se elencar: *i)* o escopo do processo civil é tutelar pessoas e direitos, sem se falar em pacificação ou educação social (MITIDIERO, 2015, p. 38); *ii)* a atividade jurisdicional não diz respeito meramente a declarar o direito material já posto pelo legislador, senão a reconstruir a ordem jurídica (MADUREIRA, 2015, p. 11-16; MITIDIERO, 2015, p. 39-40)⁹¹; *iii)* o juiz deve pautar sua conduta na busca de decisões justas e efetivas, extrapolando o âmbito da fria legalidade (MITIDIERO, 2015, p. 41-42). Neste novo marco teórico do processo civil, entende-se a ação como sendo “direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”, como afirmam Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 269), com base nos incisos XXXV e LIV do art. 5º da Constituição Federal. Verifica-se, desde já, a inclinação para uma análise funcional, e não conceitual, do direito de ação (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 368).

Mudanças de perspectivas relacionadas ao papel da interpretação (da atividade cognitiva de descrição, de cariz positivista, para atividade de adscrição reconstrutiva), à técnica legislativa de adoção de princípios gerais, cláusulas abertas e conceitos indeterminados, o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais, bem como o poder-dever de controle difuso de constitucionalidade, acarretaram alteração do que se entende por jurisdição no Estado Democrático Constitucional, de sorte que a jurisdição passa a encarnar “dois importantes discursos”, na medida em que, a um só tempo, visa a “dar tutela aos direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para

⁹¹ Neste aspecto, a distinção entre texto e norma se torna necessária para observar que a atividade jurisdicional devolve aos litigantes em contraditório uma norma concreta, a qual decorre da interpretação de textos (Constituição, leis, decretos etc.). Portanto, a produção de normas, decorrentes da interpretação de textos, aponta a reconstrução da ordem jurídica, realizada pela jurisdição, no seio de um processo. Neste sentido, ÁVILA, 2015, p. 50-55; GUASTINI, 2005, p. 23-43.

promoção de unidade do direito para a sociedade em geral” (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 147).

Contudo, atento à superação do Estado Social pelo Estado Democrático Constitucional – sobretudo no que diz respeito à exigência de participação dos destinatários no processo decisório (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 104-105) – o formalismo valorativo tem a virtude de promover a substituição da jurisdição pelo processo, na qualidade de instituto-centro do direito processual civil (MITIDIERO, 2015, p. 45-48; MADUREIRA, 2015, p. 19-21), isto é, demonstrar a vocação do nosso tempo para o processo (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 147). A mudança do epicentro do fenômeno processual da jurisdição ao processo (correspondente à ultrapassagem do instrumentalismo pelo formalismo valorativo) acompanha a superação do Estado Social pelo Estado Democrático de Direito, na medida em que promove a substituição da visão unilateral do fenômeno processual (imposta pela jurisdição) por um viés participativo promovido pelo estágio atual das teorias democráticas (MITIDIERO, 2015, p. 45).

Neste diapasão, é imperioso observar que a Constituição Federal acarretou forte virada de influências políticas (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 52), especialmente no sentido de promover uma democracia pluralista e aberta à participação popular nas instâncias de decisão. Dadas algumas influências da *common law* no sistema jurídico brasileiro – tais como controle difuso de constitucionalidade, jurisdição una, com cláusula aberta do controle judicial (art. 5º, XXV, da Constituição Federal), pleito civil *lato sensu*, e, por fim, sistema de freios e contrapesos em que a última palavra cabe ao Poder Judiciário (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 23) –, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário ser entendido como uma arena de deliberação política, ainda que em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo (LE MOS e REZENDE, 2017, p. 62-80), o processo deve ser entendido, em um Estado Democrático Constitucional, como direito fundamental de participação nas decisões do Estado, instrumento de democracia direta (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 107-109).

Dado o caráter democrático e participativo que o processo exerce em um Estado Democrático Constitucional, o conceito de processo não pode se limitar ao aspecto formal de uma relação jurídica processual, defendida no processualismo (Bulow) e criticada no instrumentalismo (Dinamarco). Sem negar tal aspecto formal de uma relação jurídica processual, ou refutar que o processo seja a concatenação de atos processuais (BURGO, 2015, p. 94-95), Elio Fazzalari conceitua o processo como procedimento em contraditório

(FAZZALARI, 2006, p. 118-120), isto é, concatenação de atos processuais (procedimento) praticados sob o contraditório (BURGO, 2015, p. 94-95). Fazzalari critica o fato de os processualistas terem dificuldade de definir o que seja “processo”, restando presos ao conceito dado por Bülow e reconstruído por Chiovenda de uma “relação jurídica processual”, ignorando o elemento distintivo entre processo e procedimento, a saber: o contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 110-112).

A fim de estabelecer tal distinção, Fazzalari analisa o conceito de procedimento sob três ângulos distintos: i) sob o ângulo de norma, o procedimento consiste numa sequência de normas, que vai até a norma reguladora de um ato final, normas estas que regulam determinada conduta e a qualificam como direito ou obrigação, e que pressupõem, para a própria aplicação, que uma atividade regulada por outra norma da sequência tenha sido cumprida; ii) sob o ângulo de ato, o procedimento é uma sequência de atos previstos e valorados pelas normas; iii) sob o ângulo de posição jurídica, o procedimento é uma sequência de faculdades, poderes ou deveres interligados (FAZZALARI, 2006, p. 113-114).

O processo, por sua vez, nada mais é que a qualificação do procedimento pelo contraditório, ou, nas exatas palavras de Zaneti Junior (2014, p. 182-183), o contraditório é elevado a valor-fonte do processo. Segundo os termos de Fazzalari (2006, p. 118-119),

Como repetido, o “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades.

Elio Fazzalari destaca que o fato de existir um procedimento plurissubjetivo não o torna um processo; somente há de se falar de processo caso se trate de um procedimento com estrutura dialética⁹², a qual

(...) consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados (FAZZALARI, 2006, p. 119-120).

⁹² Para Fazzalari, a estrutura dialética intrínseca ao contraditório é a *ratio distinguendi* do processo em relação ao procedimento (FAZZALARI, 2006, p. 120).

A fase metodológica do formalismo-valorativo, ao colocar o processo como instituto central do direito processual, promove uma ideologia participativa e democrática, pautada no controle do poder, mediante diálogos racionais, em detrimento de qualquer postura autoritária, centrada na atividade estatal, o que torna tal abordagem do fenômeno processual receptiva ao ideal republicano de não-dominação, uma vez que a dominação é combatida mediante diálogos racionais, em oposição a atuação estatal unilateral e arbitrária.

Assim, tanto o republicanismo de Pettit, quanto o formalismo-valorativo, pretendem o controle do poder estatal mediante diálogos racionais, forçando o Estado a enfrentar os argumentos (contestação) do cidadão.

Da mesma forma que o republicanismo se opõe a manifestações de *imperium*, isto é, do Estado adotar posturas unilaterais e arbitrárias, sem levar em consideração os interesses comuns assumidos e sem abertura de espaço para manifestação destes interesses e argumentos, o formalismo-valorativo defende uma abordagem do processo como espaço de diálogo e abertura à participação na formação da vontade estatal, sobretudo do Estado-juiz, em detrimento, igualmente, de um Estado-juiz onipotente e de uma concepção monológica do processo, defendida principalmente no instrumentalismo.

Há, portanto, compatibilidade de ideologias entre a democracia contestatória advinda do republicanismo de Philip Pettit e o formalismo-valorativo. Ademais, a adoção da perspectiva processual do formalismo-valorativo pode vir ao socorro e concretização dos almejos de não-dominação, provenientes do republicanismo, o que restará corroborado nos tópicos seguintes.

Portanto, em franca adesão ao formalismo-valorativo, assumida a centralidade do processo e entendido este como o procedimento animado pelo contraditório, torna-se necessário analisar o que se entende por princípio do contraditório em um Estado Democrático Constitucional e sua relação com a democracia contestatória, o que se faz no tópico seguinte.

3.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

O presente tópico tem por objetivo discorrer sobre a superação da visão liberal do princípio do contraditório por um viés coetâneo ao Estado Democrático Constitucional, na medida em que sobre o contraditório repousa a concepção de processo em que esta dissertação se apoia, fornecida por Elio Fazzalari.

Da Idade Média até a Idade Moderna, o procedimento consistia na *ordo iudiciarius*, no qual a investigação da verdade (provável) se dava de maneira dialética, mediante *ars opponendi et respondendi*, o qual garantia às partes reciprocidade e igualdade (ordem isonômica), em termos de diálogo judicial (PICARDI, 2008, p. 128-129). Verifica-se, portanto, uma concepção forte acerca do que atualmente é designado como princípio do contraditório, o qual era entendido como intrínseco a um processo pautado na tópica aristotélica e na retórica (ALVARO DE OLIVEIRA, p. 1998, p. 07-08).

Importante reforçar que, no referido período, o princípio do contraditório não era positivado, senão mera elaboração doutrinária (ALVARO DE OLIVEIRA, p. 1998, p. 07-08), que o afirmava como um “princípio de razão natural”, “sendo imanente ao processo” (NUNES, 2008, p. 154). No referido contexto, o contraditório era representado na parêmia *audiatur et altera pars* (PICARDI, 2008, p. 128-129). Contudo, a ordem isonômica, promovida pela estrutura dialética decorrente do princípio do contraditório, começou a sofrer investida já no século XIII, com o gradual aumento de poderes do magistrado, para perseguir os inimigos da Igreja, do Estado e da Sociedade (NUNES, 2008, p. 153-155) – esse referido aumento de poderes já representa um passo em direção à ordem assimétrica.

Em sequência, no século XVI, a retórica e a tópica aristotélica foram questionadas, dentre outros pensadores contemporâneos, por Pierre de La Ramée, com o objetivo de conferir ao processo métodos de investigação da verdade (certeza) advindos das ciências naturais (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 08). Além disso, o processo, que até então era extra-estatal, passou a sofrer influxos do direito legislado por um soberano (como o *Code Louis*, de Luis XIV) e do direito canônico, especialmente nos séculos XVII e XVIII (PICARDI, 2008, p. 133-134); houve a “estatização do processo” e a “apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual”, como afirma Alvaro de Oliveira (1998, p. 08).

Tais fatores – substituição da busca pela verdade provável por uma verdade absoluta; alteração da tópica aristotélica, retórica e argumentativa, pela lógica ramista, com “racionalidade objetiva, formal e calculante” (PICARDI, 2008, p. 135); incremento dos poderes do magistrado, reduzindo a simetria das partes; apropriação do processo pelo Estado etc; – impulsionaram a saída da ordem isonômica à ordem assimétrica, do *iudicius* ao *processus* (PICARDI, 2008, p. 133-135), o que, evidentemente, acarretou significativas modificações na compreensão do contraditório.

Por conta disto, Nicola Picardi (2008, p. 137, grifos do autor) assevera que, no século XIX, o contraditório foi desvalorizado, pois, embora “continuou-se, em verdade, a falar em ‘*princípio do contraditório*’, (...) tal fórmula havia perdido a referência originária ao direito natural e, assim, a sua carga ético-ideológica”. No mesmo sentido afirma Alvaro de Oliveira (1998, p. 08), acrescentando que o princípio do contraditório “deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo da investigação da ‘verdade’, rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal”. Uma vez que deixa de ser intrínseco ou necessário ao processo, o princípio do contraditório é relegado a uma “categoria secundária, até perder qualquer ligação com a essência do fenômeno processual” (PICARDI, 2008, p. 138; NUNES, 2008, 156).

Portanto, em referência aos séculos XVIII e XIX, afirma-se que é o período histórico “no qual começa a ocorrer a decadência do princípio do contraditório, eis que se tende a um abandono do diálogo genuíno e a uma supervalorização da razão, **que torna o contraditório uma mecânica contraposição de teses (dizer e contradizer)**, ou mesmo uma prova de força” (NUNES, 2008, p. 155, grifos do autor).

Verifica-se, com isso, que o contraditório, longe de ser instituto central e caracterizador do processo, ao longo do século XIX é entendido como um requisito puramente formal e mecânico, de sorte que se encontra satisfeito com a mera audiência bilateral; em outros termos, entendia-se como atendido o contraditório desde que fosse dada a oportunidade de a outra parte ser ouvida. Para Alvaro de Oliveira (1998, p. 08), esse modelo de contraditório, que é satisfeito com a mera oportunidade de a outra parte ser ouvida, remete ao processo liberal, com um órgão judicial passivo, compatível com a ideologia do *laissez faire*, o qual apenas deveria “assegurar o atendimento às determinações formais do processo” – destaque-se o contraditório como mera formalidade. Portanto, assegurada a “formalidade” de a outra parte se manifestar, já se poderia dizer que o contraditório estava satisfeito.

Porém, ainda no século XIX, – quando se verifica que o princípio do contraditório deixa de ser algo intrínseco e imanente ao processo, para ser mero elemento formal – e especialmente no século XX, constata-se a transição de um modelo liberal de processo – que era tido como coisa das partes – para um modelo social de processo, centrado, sobretudo, na figura do juiz, afinal, a manifestação das partes mediante o contraditório era apenas uma formalidade; em vez de centralizar o fenômeno processual nas atividades das partes em contraditório, o processo passa a se fundar na figura precípua do Estado-juiz, com ampliação dos seus poderes, dando espaço ao ativismo judicial, com vistas à efetividade (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 08-10; NUNES e THEODORO JUNIOR, 2009, p. 107).

Ainda no século XX, o sombrio período da Segunda Guerra Mundial despertou notória onda de autoritarismo, que também teve reflexos na seara processual, como se verifica propriamente na Alemanha Nazista, onde se cogitou a supressão do princípio do contraditório em determinados procedimentos. Superado este interregno tenebroso, houve, nas palavras de Cabral, a “remodelagem do Estado de Direito em torno da dignidade humana, do acesso à justiça e dos direitos fundamentais”, sendo que isto “permitiu o resgate histórico do contraditório” (CABRAL, 2011, p. 193-194).

É de suma importância observar que o Estado Democrático Constitucional constitui a superação do Estado Liberal e do Estado Social, o que, no direito processual, aponta para a constatação de que o processo justo não será resultado de um Estado ausente (liberal), nem autoritário ou “presente demais” (social), senão de um procedimento pluralista e participativo das tomadas de decisões e da democracia (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 04).

O Estado Democrático Constitucional, como bem leciona Zaneti Junior (2014, p. 107-108), agrega conquistas liberais (direitos fundamentais de primeira dimensão), igualitárias relacionadas à questão social (direitos fundamentais de segunda dimensão) e conquistas comunitárias (direitos fundamentais de terceira dimensão), mas, sobretudo, traz consigo uma quarta dimensão de direito fundamental, consistente no direito de participação, que diz respeito ao direito de o cidadão destinatário do ato final de decisão participar dos atos intermediários de formação da referida decisão.

Nesta perspectiva democrática e participativa exigida pelo Estado Democrático Constitucional, é imprescindível a adoção do formalismo valorativo, especialmente no que diz respeito à adoção não mais da jurisdição, senão do processo como instituto-centro do direito

processual, posto que há a “caracterização do processo como um espaço privilegiado do exercício direto do poder pelo povo” (MITIDIERO, 2015, p. 47). De maneira ainda mais intensa, deve-se assumir que o processo é um direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 488-490), dada sua vinculação ao vetor participação na formação de decisão estatal (ZANETTI JUNIOR, 2014, p. 107-109).

Com exigência de participação do cidadão na formação de decisões, bem como a consagração do processo como direito fundamental de quarta dimensão, e considerando que no plano da dogmática jurídica o processo é tido como procedimento animado pelo contraditório (concepção fazzalariana), é evidente que o princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito não pode se limitar ao binômio informação-reação (CABRAL, 2011, p. 194-195). Conforme Dierle Nunes (2008, p. 152, grifos do autor),

Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório. Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Por esta razão que se afirma que, hodiernamente, o princípio do contraditório é composto não apenas pelo binômio informação-reação (bilateralidade de instância ou de audiência), senão também pelo direito de influência e dever de cooperação (CABRAL, 2011, p. 194-195). Frise-se: o princípio do contraditório no Estado Democrático Constitucional é composto por informação-reação, direito de influência e dever de cooperação, cumulativamente.

O contraditório enquanto informação-reação é uma concepção clássica, que vem desde o Direito Romano, na forma de *audiatur et altera pars*, que impõe o funcionamento dialético ao processo, facultando ao destinatário da decisão a oportunidade de reagir, de sorte que, no Estado Democrático Constitucional, a legitimidade da decisão judicial recai na legalidade do procedimento aliada à participação dos destinatários do provimento, evitando-se, portanto, o arbítrio estatal (CABRAL, 2011, p. 194-195). Noutros termos, a legitimidade dos provimentos judiciais decorre também⁹³ da observância do contraditório, no sentido de

⁹³ A legitimidade das decisões requer a participação daqueles que serão suportarão os efeitos materiais da

informar o cidadão da potencial decisão desfavorável e conferir-lhe a possibilidade de se manifestar, reagir no processo.

Entretanto, a faceta informação-reação do princípio do contraditório, embora importante, é insuficiente para fins de um Estado Democrático Constitucional pautado na participação, pois resta limitado à “mecânica contraposição de direitos e obrigações”, a qual, inclusive, pode não gerar qualquer contribuição para a formação e fundamentação da decisão judicial, isto é, a bilateralidade de instância, por si só, pode, na prática, resultar numa participação formal, aparente e fictícia, sem qualquer influência na atividade julgadora, que permanecerá monológica e unilateral por parte do magistrado (NUNES e THEODORO JUNIOR, 2009, p. 109-112).

Não basta, então, informação-reação ou direito de voz e direito de audiência sobre contraposição de direitos e obrigações; é necessário, como componente do princípio do contraditório, que a parte também tenha direito de influência no desenvolvimento e resultado (decisão) do processo (NUNES e THEODORO JUNIOR, 2009, p. 113). Observe-se, novamente, que o contraditório enquanto bilateralidade de audiência ou informação-reação atende a interesses individuais e patrimoniais, de cariz liberal, ao passo que agregar o direito de influência ao núcleo do contraditório aproxima ao ideal de democracia deliberativa e dos objetivos políticos do processo (CABRAL, 2011, p. 197).

Isto posto, deve-se entender o princípio do contraditório também como a garantia de que o jurisdicionado exerça influência tanto no desenvolvimento, quanto no resultado do processo (NUNES, 2008, p. 162). Observe-se que não se trata de influência apenas nos atos decisórios (ou “atos determinantes”), pois a influência exercida pelas partes “é reflexiva: difusa e multidirecional, partindo de todos e absorvida por todos” (CABRAL, 2011, p. 199).

O entendimento do contraditório como garantia de influência acarreta importante consequência quanto aos sujeitos processuais submetidos ao mencionado princípio, afinal, se ao jurisdicionado há a garantia de influência, consequentemente há deveres dirigidos ao magistrado, o que implica a assunção de que também o magistrado está submetido ao

decisão, mas não apenas isso, na medida em que existe o direito objetivo a ser aplicado. Portanto, não se adere a uma concepção de legitimação pelo procedimento, no sentido de que o resultado do processo será legítimo quando o processo se desenvolver em observância ao contraditório. Por outro lado, também não se pode admitir que o processo se desenvolva a largo da participação, isto é, sem a possibilidade de expor seus argumentos e tê-los levados em consideração, com possibilidade de influência. Por isso, a legitimidade da decisão decorre da participação aliada à conformação ao direito objetivo, especialmente aos direitos fundamentais.

princípio do contraditório. As lições de Alvaro de Oliveira (1993, p. 31-32) demonstram com exatidão o amplo espectro do contraditório como direito de influência, que abrange igualmente as partes e o magistrado:

Na realidade, impõe-se atentar à natureza essencialmente dialética do processo. De um lado, a vontade do Juiz nunca é totalmente soberana, pois de um ou outro modo condiciona-se à vontade e ao comportamento das partes, no que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância. Quanto às partes, sua vontade e atividade tendem a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do Juiz e do adversário.

Portanto, a democratização do Estado e a constitucionalização do processo requerem esta concepção ampla de contraditório, de sorte que o processo não seja algo exclusivamente dos litigantes (concepção liberal), tampouco exclusivamente do magistrado e a despeito das partes (concepção social), mas, sim, uma grande rede de influência e interação entre todos os sujeitos processuais, especialmente partes e magistrado. Nesta quadra, o princípio do contraditório na feição de direito de influência confere à sociedade a abertura do Poder Judiciário como arena de debate pluralista e participativo, permitindo que dialogicamente a sociedade influa nas decisões estatais; a abertura à sociedade é ampla a ponto de superar a visão individualista de contraditório e permitir que se insiram no diálogo judicial outros sujeitos que sequer eram partes no processo, tais como *amicus curiae*, para fins de enriquecer, qualificar e ampliar os debates (CABRAL, 2011, p. 200).

Por outro lado, partindo-se da premissa do contraditório como direito de influência multidirecional, não é difícil constatar correlato dever de colaboração e participação entre os sujeitos processuais, especialmente no sentido de colaborar com o exercício da jurisdição (CABRAL, 2011, p. 201) ou para que se alcance a “boa qualidade da prestação jurisdicional” (DINAMARCO *apud* CABRAL, 2011, p. 201). Assim, além de informação-reação e influência, o contraditório também se manifesta na forma de dever de colaboração⁹⁴.

Em relação às partes, o contraditório como dever de colaboração impõe que as partes participem na formação das decisões e colaborem com a boa prestação jurisdicional, o que acarreta, por exemplo, o dever geral de boa-fé processual (art. 5º, CPC⁹⁵). Em relação ao magistrado, o dever de colaboração imposto pelo contraditório requer a condução do processo

⁹⁴ É interessante a defesa de Antonio Cabral sobre a possibilidade de um dever (de cooperação) decorrer de uma garantia (do contraditório), a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como se verifica em CABRAL, 2005, p. 59-80.

⁹⁵ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

de maneira a maximizar os debates e discussões sobre as questões processuais, isto é, o dever de colaboração se traduz em dever de debate (CABRAL, 2011, p. 202).

As conseqüências da adoção do contraditório como informação, reação e influência serão brevemente retomadas em tópico referente ao Código de Processo Civil de 2015, mas pode-se citar, apenas exemplificativamente, a vedação de decisão surpresa (art. 9º e 10, CPC), o dever de fundamentação analítica das decisões (art. 489, CPC), os deveres de boa-fé processual, com previsão de punição em caso de inobservância (art. 77 a 81, CPC), dentre outros.

Com base em tudo o que foi exposto sobre o conteúdo do contraditório no Estado Democrático Constitucional, duas observações são necessárias, quanto à problemática da não-dominação.

Em primeiro lugar, a extensão do contraditório acima delineada – aliada ao acesso à justiça e ao direito fundamental ao processo, que ainda serão trabalhados – promove a democracia contestatória defendida por Pettit, no que diz respeito à contestação de atos estatais porventura tachados como dominação.

Neste sentido, o cidadão republicano ou grupos sociais que entendem que há alguma dominação podem, pela via do processo, manifestar sua voz de contestação contra o Estado ou particular que praticou a dominação. Pela faceta da informação-reação, o sujeito dominador será citado para integrar a relação jurídica-processual e a ele será dado o direito de manifestação quanto ao ato contestado. Já a dimensão do direito de influência e do dever de colaboração transforma o ambiente processual em arena de debate, de diálogo racional em torno de motivos, inclusive com a inserção do magistrado neste debate, promovendo, portanto, uma democracia contestatória e deliberativa no âmbito judicial.

Em segundo lugar, a observância do contraditório como informação, reação, influência e cooperação, incluído o dever de debate, acaba por se tornar requisito para que o próprio processo não seja instrumento de dominação.

Como mencionado alhures, o processo possui natureza pública, e dele decorre uma decisão do Estado-juiz, com pretensão de definitividade. Em consonância com o direito fundamental de participação, no Estado Democrático Constitucional, o cidadão deve

participar das decisões estatais, sobretudo quando ele será o destinatário da decisão. No âmbito do republicanismo, há destaque para a participação que se dá mediante o exercício de voz de contestação e de forma dialógica e racional, conforme modelo contestatório de democracia.

Desta forma, se ao cidadão republicano que sofre a dominação não for concedido o binômio informação-reação, ou ainda se não puder expor seus argumentos e exercer influência no debate e na deliberação pelo Estado-juiz, a decisão levada a cabo será expressão de dominação.

Portanto, para que o processo não deixe de ser instrumento de contestação para se tornar instrumento de dominação, pela impossibilidade de manifestação de voz de contestação daqueles que sofreram a dominação, é necessária a observância, maximização e potencialização do contraditório em todos os seus aspectos.

3.3 ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

O ordenamento jurídico brasileiro confere força à concepção de processo como mecanismo de contestação, isto é, de manifestação da voz em oposição à interferência arbitrária, dada a extensão do acesso à justiça, bem como em razão da existência de um direito fundamental ao processo.

O acesso à justiça e o direito fundamental ao processo, intimamente ligados, fornecem ao cidadão republicano e à esfera pública a possibilidade de exercer voz de contestação no Judiciário, dando maior concretude ao ideal de não-dominação, razão pela qual serão a seguir analisados.

3.3.1 Acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro

Na década de 1970, Cappelletti e Garth publicaram o livro “Acesso à justiça”, com a finalidade de introduzir uma sequência de estudos do intitulado “Projeto de Florença”, com a descrição de um movimento internacional de acesso à justiça, com o objetivo de promover a efetividade de direitos. Interessante notar que, já na introdução do livro, os autores constatam que áreas até então de exclusividade dos juristas têm sido “invadidas” por pensadores de outras searas, como cientistas políticos e sociólogos, sem que, contudo, esta constatação sirva de incentivo ao bloqueio de tais enfoques não-jurídicos, senão que haja uma “reação criativa”

por parte dos juristas, de maneira que a crítica proveniente das ciências sociais possa ser aliada na promoção de acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 07-08). Nesta dissertação, busca-se uma análise simultânea, integrada e coordenada entre as perspectivas advindas da filosofia – em especial a filosofia política do republicanismo de Philip Pettit – e da dogmática jurídica, sobretudo com a demonstração de que uma pode socorrer a outra.

Conforme os autores mencionados, a definição de “acesso à justiça” é de grande dificuldade⁹⁶; entretanto, para se falar de acesso à justiça, há dois requisitos básicos: i) deve haver um acesso igualitário a todos os cidadãos; ii) o acesso à justiça deve produzir resultados justos, tanto para os indivíduos, quanto para a sociedade. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 08). Apesar da dificuldade de conceituação fechada, é possível observar a evolução teórica acerca do acesso à justiça, a par da feição do Estado em cada período histórico.

Entre os séculos XVIII e XIX, em um Estado tipicamente liberal, o acesso à justiça era entendido como a possibilidade de o cidadão invocar o Estado em proteção dos seus direitos “naturais”. Entretanto, este acesso à justiça era formal, afinal, desconsiderava que poucos dispunham de condições financeiras ou culturais para se valerem das instituições estatais e do Judiciário; o próprio estudo do direito processual civil era afastado das necessidades reais da sociedade, se limitando à validade das normas de procedimento, sem dedicar atenção à efetividade do acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 08-10).

Na primeira metade do século XX, com a superação do Estado Liberal pelo Estado de bem-estar social, os direitos humanos deixaram de ser vistos como aqueles direitos naturais individuais, anteriores ao Estado, e passaram a incorporar direitos e deveres sociais, os quais somente se efetivam mediante atuações positivas do Estado. Assim, o estudo do acesso à justiça também acompanhou tal evolução, exigindo um acesso efetivo, bem como centralizando o acesso à justiça como “o mais básico dos direitos humanos”, tendo em vista que o objetivo não é apenas proclamar, mas garantir os direitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 10-12).

Os mencionados autores sustentam que a “efetividade perfeita” seria na forma de uma completa “igualdade de armas”, de maneira que o desenvolvimento e conclusão do processo

⁹⁶ Neste sentido, merece destaque a crítica de Eliane Junqueira (1996, p. 400, nota de rodapé nº 03), no sentido de que “acesso à justiça” pode significar “acesso ao Poder Judiciário”, “acesso às instâncias oficiais de resolução de conflitos” ou “acesso à solução de conflitos jurídicos com base no valor Justiça”, no entanto, os estudos sempre se pautam no segundo sentido.

não decorram de fatores externos ao Direito. Diante disto, os autores apresentam obstáculos encontrados nos sistemas judiciais em vários países, que impedem a igualdade de armas e a efetividade perfeita, tais como: i) custas judiciais (em sentido estrito, mas também os honorários advocatícios e os ônus da sucumbência), sobretudo nas “pequenas causas” – onde tais custos são proporcionalmente mais elevados –, bem como os ônus do tempo para solução dos conflitos; ii) possibilidades das partes, tais como os recursos financeiros disponíveis, a aptidão pessoal – advinda de condições financeiras, culturais, educacionais – para reconhecer que possui um direito e que pode reivindicá-lo; iii) a existência de “litigantes habituais”, que conseguem obter vantagens do fato de constantemente estarem em júízo, como, por exemplo, teste de estratégias processuais, planejamento de litígio, economia financeira etc. Também há a dificuldade referente aos interesses difusos, dada a dificuldade na legitimidade para ação ou ainda o pequeno retorno em favor do indivíduo que ajuizar a ação, e ainda as barreiras de acesso, as quais não podem ser eliminadas uma a uma, em razão de estarem todas intimamente interligadas (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 14-29).

A partir de 1965, houve sucessivos posicionamentos e providências com a finalidade de superar os aludidos obstáculos. Em razão de terem surgido numa sequência cronológica, foram classificados como “ondas” de acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31).

A primeira onda de acesso à justiça concerne à prestação de assistência judiciária para os pobres. Antes mesmo de 1965, houve tentativas neste sentido, no entanto, os métodos utilizados – como, por exemplo, a prestação de assistência judiciária por advogados privados, sem qualquer contraprestação, ou o Estado remunerar advogados privados para a prestação de serviços aos pobres – foram sempre muito limitados e incapazes de promover o ideal teórico de acesso efetivo, isto é, havia uma “contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária”. Este déficit entre teoria e prática impulsionou diversas reformas em variados países, sobretudo a partir da experiência norte-americana em 1965 (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31-34).

A segunda onda de acesso à justiça diz respeito à representação dos interesses coletivos em sentido amplo não relacionados à questão da pobreza. A tutela de interesses difusos exigiu profunda reforma no direito processual civil, tais como na concepção de processo (superação da ideia de solucionar controvérsia entre duas partes, para permitir a inclusão de interesses de grupos ou da coletividade de um modo geral), legitimidade

processual⁹⁷, atuação dos juízes, conceitos de citação, coisa julgada etc. Trata-se, portanto, da inserção de uma concepção coletiva de devido processo legal (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 49-51).

A terceira onda de acesso à justiça constata que, apesar da importância das reformas provenientes das ondas anteriores, ainda há limites; esta constatação feita pelos autores não tem por objetivo deixar de lado as técnicas recebidas das ondas anteriores, senão reconhecer que, a par destas, existem várias outras possibilidades de melhora no acesso à justiça. Assim, observa-se que, a despeito das mudanças de regras, não houve “vantagens tangíveis ao nível prático” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 67-69). De uma maneira muito mais profunda do que meramente permitir a representação de um interesse público em juízo, esta onda requer

(...) *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 71, grifos dos autores).

Após explanar as ondas de acesso à justiça já vivenciadas e levadas a cabo por reformas legais, os autores apresentam tendências do enfoque do acesso à justiça, tais como a reforma dos procedimentos judiciais em geral (criação de tribunais; modificação de procedimentos, com mais simplicidade, oralidade e concentração de atos processuais, com vistas à redução de custos; maior ativismo judicial), a utilização de métodos alternativos de resolução de controvérsias (arbitragem, conciliação, concessão de benefícios financeiros e econômicos para solucionar conflitos fora de tribunais).

Enquanto o Projeto de Florença demonstrava a existência de um movimento mundial de acesso à justiça na década de 1970, nota-se que tal temática não gerava grandes discussões no cenário político ou acadêmico brasileiro até o início da década de 1980, ganhando relevo apenas com o processo de abertura política. Corrobora esta afirmação o fato de que outros

⁹⁷ Acerca da legitimidade processual, há a discussão sobre a representatividade adequada nos processos coletivos, que perpassa a ação governamental na defesa dos interesses difusos, ou seja, instituições governamentais possuem legitimidade para defenderem interesses difusos em juízo. É o caso, por exemplo, do Ministério Público e instituições análogas em outros países (o *Staatsanwalt*, na Alemanha, e o *Prokuratura*, na antiga União Soviética), bem como de agências públicas regulamentadoras, do Ombudsman sueco. Além disto, discutem-se as técnicas de um “procurador-geral privado”, e ainda do “advogado particular do interesse público”, admitindo que um indivíduo ou grupo suplemente a atuação governamental na defesa dos interesses difusos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 51-66).

países da América Latina, tais como Chile, México, Colômbia e Uruguai relatam suas experiências de acesso à justiça no Projeto de Florença – diferentemente do Brasil, que não é retratado no projeto (JUNQUEIRA, 1998, p. 390).

Também é importante observar que, enquanto nos países centrais o movimento de acesso à justiça decorreu da crise do Estado de bem-estar social, no Brasil decorreu da exclusão jurídica, política, social e econômica, a qual não permitia que grande parte da população tivesse acesso aos direitos sociais básicos, como moradia e saúde. Por esta razão, é questionável analisar o movimento de acesso à justiça brasileiro a partir das “ondas” expostas por Cappelletti e Garth (JUNQUEIRA, 1998, p. 390).

Ao passo que os países centrais discutiam a simplificação de procedimentos e a solução de conflitos em locais alternativos aos tribunais, no Brasil a questão girava em torno dos novos movimentos sociais – com reivindicações por direitos coletivos e difusos – e sua relação com o Poder Judiciário, formatado para lidar com a tutela de direitos individuais e patrimoniais (JUNQUEIRA, 1998, p. 391).

Assim, no período entre a década de 1970 e 1980 houve muitos movimentos sociais – organizações de direitos humanos, comunidades eclesiais de base, movimentos feministas, associações de moradores de bairros e favelas, acompanhados da OAB, sindicatos, CBB, dentre outras instituições tradicionais – exigindo abertura política e concretização de direitos sociais básicos, como moradia, emprego, terra, habitação, educação e saúde. Em meio à ditadura militar, tais movimentos abriram espaço para diálogo acerca “da necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos, sobretudo direitos para a população marginalizada e para as minorias” (MOTTA, 2007, p. 04).

Com a abertura da sociedade para discussão sobre estes temas, especialmente em relação à necessidade de ampliação de canais institucionais e do Poder Judiciário para as camadas mais pobres e marginalizadas terem seus direitos tutelados, as três ondas de acesso à justiça, de Cappelletti e Garth – que de 1970 a 1980 não eram objeto de discussão política e acadêmica no Brasil – entraram em pauta (MOTTA, 2007, p. 06). Neste período, encontraram-se algumas leis que guardam pertinência e proximidade com as ondas da justiça propugnadas por Cappelletti e Garth.

Em relação ao acesso do pobre à Justiça, antes mesmo de se falar de “ondas de acesso à justiça” (especialmente a primeira), no ordenamento jurídico brasileiro já havia a Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, acerca da assistência jurídica “aos necessitados”, conforme art. 1º da referida lei, em sua publicação original⁹⁸. Apesar de publicada em 1950 e, portanto, antes de existirem o “movimento de acesso à justiça” e as “ondas de acesso à justiça”, a lei da assistência jurídica foi revisitada no final da década de 1970 e na década de 1980, sendo reformada, respectivamente e especialmente, pelas Leis 6.707/1979 e 7.288/1984, que facilitaram o gozo da assistência jurídica.

No mesmo sentido, anterior às ondas de acesso à justiça propaladas por Cappelletti e Garth, a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos, já tinha estabelecido no art. 1º, §§ 2º e 3º⁹⁹, que a simples afirmativa de não estar em condições de pagar custas processuais garante o gozo de gratuidade de justiça naquelas ações, presumindo-se (*iuris tantum*) verdadeira a afirmação de pobreza.

Em consonância com a segunda onda de acesso à justiça, que visa à tutela de direitos coletivos e difusos, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 14, §1º¹⁰⁰, atribuiu ao Ministério Público da União e dos Estados a legitimidade ativa para ajuizamento de ações de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente, bem como fixou um representante do Ministério Público Federal no Conselho Superior do Meio Ambiente – CSMA¹⁰¹⁻¹⁰².

⁹⁸ Disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, no seguinte link: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1060-5-fevereiro-1950-363465-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 31 ago. 2017.

⁹⁹ § 2º A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade, por simples afirmativa dessas condições perante o juiz, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. § 3º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta lei.

¹⁰⁰ Art. 14, § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹⁰¹ O Conselho Superior do Meio Ambiente, criado pelo art. 1º da Lei nº 6.938/81 e que por força do art. 7º, §2º, XV da mesma lei, tinha um representante do Ministério Público Federal, foi extinto pelo art. 27, §1º, alínea “a”, da Lei nº 8.028/1990, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.

¹⁰² Apoiado na doutrina de Gregório Assagra Almeida, Hermes Zaneti Junior aponta a existência de quatro momentos principais de evolução dogmática da tutela dos direitos difusos e coletivos. Para o autor gaúcho, A Lei 6.938/81 está inserida na terceira fase, qual seja, a “fase da proteção fragmentária dos direitos transindividuais” ou “fase da proteção taxativa dos direitos massificados”, marcada pela possibilidade de se tutelar alguns direitos coletivos selecionados, apesar de o direito material e processual ainda possuírem uma visão predominantemente individualista e, portanto, não muito adequada à referida tutela (ZANETI JUNIOR, 2012, p. 270-271).

No mesmo sentido da proteção de direitos coletivos e difusos, outro importante diploma legal consiste na Lei nº 7.347, de 24 de julho 1985, a qual disciplina a ação civil pública. Em sua redação originária¹⁰³, a lei permitia o ajuizamento da ação civil pública sobre danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A legitimidade ativa, à época da publicação da lei, era atribuída ao Ministério Público, União, Estados, Municípios, como ainda autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, contanto que estejam constituídas há pelo menos um ano.

Já no que diz respeito à terceira onda de acesso à justiça, ou seja, a necessidade de simplificação de procedimentos e criação de instâncias de solução de conflitos que sejam externas aos Tribunais, constata-se, no mesmo período (década de 1980, mas antes da Constituição Federal), a Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984¹⁰⁴, que dispôs sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. Em sua publicação original, a mencionada lei fixava a competência dos Juizados Especiais de Pequenas Causas para julgamento de demandas de “reduzido valor econômico” (art. 1º), cujo valor não exceda a 20 (vinte) salários mínimos (art. 3º, *caput*), devendo o processo ser orientado por critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de se buscar sempre a conciliação (art. 2º).

A mesma lei dispunha, ainda que de forma tímida e incipiente, sobre o juízo arbitral, a ser exercido por advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º), e a conciliação, a ser realizada preferencialmente por bacharéis em Direito (art. 6º).

A intensificação dos debates públicos e movimentos sociais ocasionou gradual abertura política e democrática. Com o fim da ditadura militar, que durou 21 (vinte e um) anos, em 27 de novembro de 1985 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 26, determinando que em 1º de fevereiro de 1987 haveria a reunião unicameral dos Deputados Federais e Senadores da República, em Assembleia Constituinte. Por força desta emenda

¹⁰³ Disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, no seguinte link: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7347-24-julho-1985-356939-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 31 ago. 2017. Especialmente após a Constituição Federal de 1988, o rol de matérias que podem ser tuteladas pela ação civil pública foi objeto de paulatinas ampliações.

¹⁰⁴ Afirma-se que o Rio Grande do Sul deu o primeiro passo para a criação do que posteriormente seria chamado de Juizado Especial de Pequenas Causas, quando instalou, na década de 1980, o Conselho de Conciliação e Arbitragem, cuja competência era para decisão extrajudicial de causas de até 40 ORTN, equivalente a 4,76 salários mínimos. Posteriormente, o Ministério da Desburocratização teve iniciativa, a nível federal, para a criação dos juizados, o que ensejou a publicação da Lei 7.244/84 (CUNHA, 2001, p. 43).

constitucional, em 15 de novembro de 1986 houve a eleição dos deputados e senadores para composição da reunião unicameral da Assembleia Constituinte, que iniciou seus trabalhos na data determinada pela Emenda Constitucional nº 26/1985 e encerrou com a promulgação da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988¹⁰⁵.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu bojo, diversos dispositivos que catalisam o movimento de acesso à justiça, muitos elencados no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, de maneira que, após sua promulgação, o movimento de acesso à justiça ganhou força e refletiu de maneira mais intensa no Brasil¹⁰⁶.

Em conformidade à primeira onda de acesso à justiça, que requer a prestação de assistência judiciária aos pobres, o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal assegura que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A fim de concretizar tal dispositivo, pela primeira vez (BULOS, 2011, p. 1413)¹⁰⁷, em 1988, uma Constituição Federal disciplinou as Defensorias Públicas.

Na redação originária da Constituição Federal de 1988, o art. 134¹⁰⁸ já dispunha a essencialidade da instituição Defensoria Pública à função jurisdicional, conferindo-lhe a atribuição para orientação jurídica e defesa dos necessitados.

Posteriormente, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 atribuiu autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária. Já em 2014, a Emenda Constitucional nº 80 alterou a redação do art. 134, *caput*, da Constituição Federal¹⁰⁹, consignando, expressamente, que a missão institucional da Defensoria Pública abarca, de maneira geral, a promoção dos direitos humanos, acrescentando

¹⁰⁵ Informações retiradas do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, o qual possui o Portal da Constituição Cidadã, contendo a linha do tempo da constituinte até a promulgação da Constituição da República, dados sobre os constituintes, bem como documentos diversos sobre o processo de elaboração da Constituição, conforme se verifica em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/apresentação>. Acesso em 31 ago. 2017.

¹⁰⁶ Sobre as ondas de acesso à justiça no Brasil, vale a pena conferir DALEPRANE, 2012, p. 191-211.

¹⁰⁷ Nas palavras do autor, “De qualquer sorte, foi importante a constitucionalização da defensoria pública pelo Texto de 1988. É um sopro de esperança, um paliativo, talvez, para o combate à dramática questão do acesso igualitário à Justiça”.

¹⁰⁸ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

¹⁰⁹ Art. 134. A Defensoria Pública é 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.

que a defesa realizada pela instituição pode ser judicial ou extrajudicial dos direitos individuais e coletivos.

É interessante observar as lições de Barbosa Moreira, no sentido de que, ao assegurar a assistência jurídica integral aos necessitados e conferir esta atribuição à Defensoria Pública, a Constituição Federal não atribuiu exclusividade ou monopólio estatal da prestação da assistência, de maneira que “continuam em vigor os textos legais que contemplam a prestação gratuita de serviços aos necessitados, notadamente por parte de profissionais liberais” (BARBOSA MOREIRA, 1992, p. 204).

No mesmo sentido, a assistência garantida pela Constituição Federal não é meramente judicial, mas jurídica, a qual ainda deve ser integral, ou seja, o texto constitucional ampliou o alcance da assistência, de maneira que

Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos (BARBOSA MOREIRA, 1992, p. 205).

Além do direito fundamental à assistência jurídica integral, inclusive mediante a instituição da Defensoria Pública, a legislação infraconstitucional também apresenta dispositivos para facilitar o acesso à justiça do pobre, como a mencionada Lei 1.060/1950, além do regramento contido nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil de 2015, a respeito da justiça gratuita.

No âmbito da Justiça Federal, a Resolução nº 305, de 07 de outubro de 2014, do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre cadastro, nomeação e pagamento de profissionais em casos de assistência judiciária gratuita, determina uma ordem de prioridades, no sentido de que apenas se não for possível a atuação de defensor público e se o assistido não tiver advogado constituído, será nomeado, preferencialmente, um advogado voluntário ou, caso impossível ou inconveniente, um advogado dativo (art. 7º, §§2º e 3º, da Resolução).

Ainda no ano de 1992, Barbosa Moreira (1992, p. 207) tece um grande paralelo crítico entre o que se propõe no campo normativo e legal e aquilo que se encontra na realidade, na prática:

Da exposição feita nos itens anteriores ressalta que o Brasil, no tema que ora se versa, não está mal servido de textos normativos. O panorama dos fatos projeta, sem

dúvida, imagem muito menos satisfatória: aqui, como alhures, prevalece a velha e conhecida contraposição entre o “país legal” e o “país real”. Seria de estranhar, aliás, que funcionassem bem os serviços da Justiça, e outros correlatos, em proveito de pessoas carentes de meios, se o funcionamento deixa tanto a desejar mesmo quando prestados tais serviços a quem dispõe de recursos para ocorrer às despesas necessárias.

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal e vinte e um anos da crítica entre normatividade e realidade realizada por Barbosa Moreira, o Instituto de Pesquisa Econômica Avançada (IPEA), em conjunto com a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), publicou a primeira edição do Mapa da Defensoria Pública no Brasil¹¹⁰.

De acordo com este documento (2013, p. 23-24), apenas sete estados brasileiros possuíam defensorias públicas antes de 1990, sendo nesta década que dez estados criaram suas defensorias, além das primeiras unidades da Defensoria Pública da União, ao passo que nos anos 2000 foram criadas defensorias públicas em oito estados. Observe-se, ainda, que Paraná e Santa Catarina somente criaram suas defensorias públicas, por lei, em 2011 e 2012, respectivamente, embora em 2013, quando os dados foram coletados, estes dois estados, juntamente com Goiás e Amapá, ainda não tinham instalado as Defensorias Públicas, já criadas por lei¹¹¹.

Outra constatação feita pela análise em comento (2013, p. 31) é no sentido de que o país continha 8.849 cargos de defensor público criados, porém apenas 59,5% providos, isto é, 5.054 cargos providos de defensor público, resultando mais de três mil cargos vagos de defensor público.

Em termos territoriais, a pesquisa (2013, p. 32-33) demonstra que a Defensoria Pública está presente em tão-somente 28% (média nacional) das comarcas brasileiras. Interessante notar, ainda, 343 comarcas são atendidas por um único defensor público, conforme indica o Mapa (2013, p. 38).

110

Disponível

em

<http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf>. Acesso em 04 set. 2017.

¹¹¹ Constata-se, ainda, que a Defensoria Pública do Estado de Goiás foi legalmente criada em 2005, com a Lei Complementar Estadual nº 51, de 19 de abril de 2005, entretanto, somente foi instalada em junho de 2011, conforme consta no sítio eletrônico da instituição (Disponível em <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/index.php?option=com_content&view=article&id=3&Itemid=104>. Acesso em 04 set. 2017).

A segunda onda de acesso à justiça tinha por objetivo aumentar a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos em juízo¹¹². Ao longo do texto constitucional são encontrados diversos dispositivos que consagram direitos coletivos em sentido amplo, tais como a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V da Constituição Federal; art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT), os direitos sociais elencados nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, a defesa do meio ambiente (art. 170, VI, 174,§3º e 225, da Constituição Federal), dentre outros.

Neste sentido, a Constituição Federal não apenas previu e assegurou direitos coletivos, como também atribuiu a determinadas instituições a missão de zelar por tais direitos. Exemplo claro desta afirmativa é a reestruturação do Ministério Público, cuja missão constitucional passou a ser a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e, no que interessa à segunda onda de acesso à justiça, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal).

Para atingir este mister, a Carta Política atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover inquérito civil e ajuizar ação civil pública, destinados à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal). Ademais, necessário observar que a legitimidade na defesa destes interesses não ficou exclusiva ao Ministério Público, conforme se verifica no art. 129, §1º, da Constituição Federal¹¹³.

Por expressa determinação do artigo 48 do ADCT¹¹⁴, em 11 de setembro de 1990 publicou-se a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que não se limitou a regras de direito material tuitivas do consumidor, senão também de disposições a respeito da sua proteção em juízo, dentre os quais se destaca, para esta pesquisa, o artigo 82¹¹⁵, que,

¹¹² Segundo a classificação da evolução dogmática da tutela dos direitos difusos e coletivos, já mencionada em nota de rodapé anterior, Zaneti Junior (2012, p. 272-274) sustenta que a Constituição Federal de 1988 iniciou a quarta fase, que consiste na “fase da tutela jurídica integral, irrestrita, ampla” ou ainda “fase da tutela jurídica coletiva holística”. Esta constatação decorre da consagração, no texto constitucional, de direitos e deveres coletivos como direitos fundamentais, bem como por assegurar o acesso à justiça, inafastabilidade da tutela jurisdicional e o devido processo legal também aos direitos coletivos. Além disto, há o abandono da taxatividade material dos direitos coletivos a serem tutelados, eis que o Ministério Público passa a ter ampla legitimação para a tutela de “outros direitos e interesses difusos e coletivos”.

¹¹³ § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

¹¹⁴ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹¹⁵ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I - o Ministério Público,

conjugado com o parágrafo único do artigo 81, permite a defesa de direitos e interesses dos consumidores, a título coletivo, promovida concorrentemente por Ministério Público, todos os entes federativos, as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta que tenham destinação específica à defesa dos direitos e interesses do consumidor, bem como associações que cumpram determinados requisitos.

Além dos dispositivos acima citados, o Código de Defesa do Consumidor promoveu mudanças substanciais na representação em juízo dos direitos e interesses coletivos, instituindo verdadeiro microssistema de tutela coletiva. Esta afirmação se embasa no fato de o Código de Defesa do Consumidor ter acrescentado à Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), mencionada anteriormente, o inciso IV do artigo 1º, de maneira que, além dos objetos originariamente tutelados pela Ação Civil Pública e descritos alhures, esta ação passou a poder tutelar todo e “qualquer outro interesse difuso e coletivo”.

Impulsionado pela Constituição Federal de 1988, na década de 1990 o legislador criou vários diplomas legais para a tutela de direitos e interesses coletivos em sentido amplo, com grande destaque ao Código de Defesa do Consumidor, já mencionado, que acarretou alterações na Lei de Ação Civil Pública, mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), a Lei de Prevenção e Repressão às infrações contra a Ordem Econômica (Lei 8.884/94, que foi revogada pela Lei 12.529/2011), tudo isto sem prejuízo da ação popular – que, embora anterior a todo este movimento (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965), retomou seu assento constitucional em 1988 (art. 5º, LXXIII¹¹⁶⁻¹¹⁷)– e do mandado de segurança coletivo.

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

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

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

¹¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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;

¹¹⁷ Além do mais, conforme destaca André Vasconcelos Roque (2016, p. 158-160), a tutela coletiva foi consolidada no Brasil a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) – tratados pelo autor como “os três grandes momentos” do desenvolvimento da tutela coletiva –, pois, apesar de a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) ser anterior, “até aquele momento, a doutrina ainda não havia voltado as suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua tutela em juízo”.

Segundo André Vasconcelos Roque (2016, p. 158-159), o desenvolvimento de uma tutela coletiva não advém, em um primeiro momento, de movimentos sociais em prol das ações coletivas, mas de um esforço dos doutrinadores do direito processual; entretanto, o mesmo autor afirma que estes doutrinadores aproveitaram “a fase de redemocratização e de fortalecimento dos novos direitos por que passava o Brasil”, e, neste contexto, “criaram as condições ideais para o desenvolvimento da tutela coletiva”.

Em que pesem os diversos avanços ocorridos na tutela coletiva¹¹⁸, não se pode desconsiderar as “sérias deficiências do nosso sistema”, tais como: i) elevado tempo de duração e tramitação das ações civis públicas; ii) certas resistências de juristas e magistrados; iii) a construção de uma legislação processual coletiva sobre as bases do processo civil individual, acarretando problemas relacionados à conexão, continência, prevenção e litispendência de ações coletivas; iv) a priorização das ações individuais, em detrimento das ações coletivas, pela não adoção dos sistemas de *opt-in*, nem de *opt-out*, tornando letra morta o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁹, bem como ensejando a tramitação concomitante de inúmeras ações coletivas e individuais com o mesmo objeto em juízos distintos; v) o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor¹²⁰, que presume que a publicação do ajuizamento da ação coletiva no Diário Oficial é capaz de dar ciência a todos os indivíduos para futura liquidação individual, no caso de condenação genérica; vi) a resistência do Poder Público, sobretudo no que diz respeito às limitações de matérias que podem ser tuteladas coletivamente¹²¹; vii) a atecnidade do legislador, que confunde institutos como competência, jurisdição e eficácia da decisão judicial¹²² (ROQUE, 2016, p. 164-170)¹²³.

¹¹⁸ André Vasconcelos Roque (2016, p. 160-163) aponta, exemplificativamente, que no Brasil a lei conceitua os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, o que, por si só evita controvérsias que ocorrem em outros países; além disso, há a inovação decorrente da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, que teoricamente proporcionam benefícios em termos de acesso à justiça, economia processual, isonomia e paridade de armas. Segundo o autor, ainda há méritos da legislação em relação a uma parcial ruptura com o modelo processual individualista, sobretudo no tratamento da coisa julgada.

¹¹⁹ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹²⁰ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

¹²¹ É o caso da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que incluiu o parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, com a seguinte redação: “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”.

¹²² Exemplo claro é o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, cuja redação, alterada pela Lei 9.494/97, passou a ser a seguinte: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do

Já a terceira onda de acesso à justiça, que diz respeito à reforma de procedimentos e de estrutura judicial com vistas à simplicidade e oralidade, bem como a busca por soluções extrajudiciais de conflitos, é consagrada na Constituição Federal¹²⁴ pela determinação para União, Estados e Distrito Federal criarem juizados especiais, com competência para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade, bem como de infrações penais de menor potencial ofensivo. A própria Constituição Federal estipula a adoção de procedimento sumaríssimo, oral, e a utilização da transação, quando autorizado por lei.

Neste diapasão, foi publicada a Lei 9.099/95, que dispõe sobre juizados especiais cíveis e criminais – a qual revogou a Lei 7.244/84, que versava sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas –, que devem se orientar por oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, bem como buscar a conciliação e a transação, conforme dispõe o artigo 2º da referida lei. No âmbito da Justiça Federal, a regulamentação se deu por intermédio da Lei 10.251/2001¹²⁵. Entre a publicação destas leis, também merece destaque a publicação da Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, como meio extrajudicial de solução de conflitos acerca de direitos patrimoniais disponíveis.

A vinculação dos Juizados Especiais ao movimento de acesso à justiça fica clara na lição de Cunha (2001, p. 43):

A sistemática dos Juizados Especiais nasceu da constatação de que o cidadão comum, envolvido em causas de reduzido valor econômico ou de menor complexidade, não encontrava no Poder Judiciário a possibilidade de ter respostas rápidas e eficientes. Assim, não tinha o seu conflito resolvido, ou devido às altas custas processuais ou em decorrência da morosidade e do excesso de formalismo jurídico. Desta forma, motivados pela necessidade de ampliar o acesso à Justiça da

órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

¹²³ “No entanto, embora não sejam poucos os méritos, eles são em certa medida limitados. De forma geral, os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual. Apesar do ajuizamento de várias ações coletivas, nenhuma foi capaz de conter a verdadeira enxurrada de demandas individuais envolvendo as mais diversas questões. Apenas para ficar nos exemplos mais atuais, não custa lembrar a imensa quantidade de ações envolvendo os expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança, os pedidos de revisão de aposentadorias e as demandas questionando a cobrança de assinatura nas contas de telefone, entre muitas outras hipóteses” (ROQUE, 2016, p. 170).

¹²⁴ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

¹²⁵ Também houve, mais recentemente, a publicação da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública nos âmbitos dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

população, os Juizados Especiais, sem pretender resolver os problemas que atingiam, e ainda atingem, o Poder Judiciário, tinham como público-alvo o cidadão comum que deixava de recorrer à Justiça para a solução dos conflitos do dia-a-dia.

Segundo o Relatório Justiça em Números de 2017, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ com base no ano de 2016, há 1.751 juizados especiais instalados no país, o que representa 10,9% das unidades judiciárias.

O mesmo relatório informa (2017, p. 123) que o CNJ promove o Movimento pela Conciliação e, desde 2006, realiza as Semanas Nacionais de Conciliação. Além disto, a Resolução 125/2010 do CNJ criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), os quais, ao término do ano de 2016, alcançavam a quantia de 905 instalados, sendo apenas 7 no estado do Espírito Santo.

Também interessa notar no referido relatório (2017, p. 123-124) que, na média, 11,9% das decisões proferidas pelo Poder Judiciário são relativas à homologação de conciliações. No caso dos Juizados Especiais, o percentual aumenta para 16%, o que ainda é superado pela Justiça do Trabalho, que alcança 26%.

Feitas estas considerações acerca do movimento internacional de acesso à justiça e seu paralelo, ainda que tardio (pós-Constituição Federal de 1988), no Brasil, resta analisar a cláusula geral de acesso à justiça, que, na Constituição Federal de 1988 está positivada no artigo 5º, XXXV, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, recebendo dos manuais diversas nomenclaturas, tais como princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do livre acesso ao Judiciário, princípio da ubiquidade da Justiça, princípio da inafastabilidade do controle judicial, podendo representar acesso à Justiça, à ordem jurídica justa ou ao Judiciário (LENZA, 2013, p. 1074-1075; BULOS, 2011, p. 611).

Com base na premissa de que o sistema jurídico brasileiro é híbrido¹²⁶, isto é, nele convivem elementos de *common law* e da tradição jurídica romano-germânica, Zaneti Junior

¹²⁶ Deste sistema jurídico híbrido decorre o chamado “paradoxo metodológico brasileiro”, posto que a ordem político-constitucional brasileira, desde a Constituição Republicana de 1891 é influenciada pela tradição constitucional norte-americana, notadamente de *common law*, ao passo que o direito privado, o direito penal e a legislação infraconstitucional sobre direito público, como direito processual e direito administrativo, sofrem influência europeia, e, portanto, da tradição romano-germânica. Exemplos fornecidos pelo autor como elementos recepcionados da *common law* são o controle difuso de constitucionalidade, os *writs* constitucionais, o pleito civil *lato sensu*, a atipicidade das ações (*remedies precede rights*) e um sistema de *checks and balances*, para controle de poder, com papel central de última palavra do Judiciário; por outro lado, decorrem da recepção da tradição romano-germânica, segundo o autor, a vinculação da ação ao direito subjetivo, a vinculação do juiz à lei

(2014, p. 44) entende que há, “como consequência, a plenitude do acesso à jurisdição, como garantia primeira da Constituição”, sendo que “essa plenitude resta potencializada pelo monopólio que o Poder Judiciário exerce sobre a jurisdição”.

O monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário¹²⁷ é comprovado pelo modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual admite o controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça, bem como o controle difuso, por qualquer órgão jurisdicional – não admitindo, portanto, jurisdição administrativa ou jurisdição por órgãos políticos (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 43).

Além do mais, diferentemente de constituições anteriores, pouco importa a autoridade da qual proveio a decisão ou o ato impugnado, pois, independentemente disto, o Poder Judiciário possui competência para apreciar eventual lesão ou ameaça a direito (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 44).

Tal afirmação se apoia no relato de Zaneti Junior (2014, p. 25-48) sobre a evolução da doutrina da *judicial review*, desde antes da Constituição Republicana de 1891 até a atual constituição. Assim, o Decreto 848/1890 já atribuiu ao Judiciário a função que outrora era do Poder Moderador, enquanto a Constituição de 1891 possibilitou o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, e não apenas pelo Congresso Nacional. Entretanto, na prática, o Judiciário preferia não confrontar os atos dos demais poderes.

A possibilidade de *judicial review* se manteve na Constituição de 1934, inclusive com a criação de institutos como o mandado de segurança, ação popular, ação direta interventiva, regra do *full bench*, além de o Senado poder estender *erga omnes* a decretação de inconstitucionalidade.

Já a Constituição de 1937 apresentou um retrocesso, ao limitar a competência do Supremo Tribunal Federal, bem como possibilitar que a sua decisão de declaração de

escrita, de maneira que os princípios só tenham função de integração jurídica e colmatção de lacunas, e ainda a cisão entre direito administrativo e direito privado (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 16-20 e 23).

¹²⁷ O termo monopólio da jurisdição é usado no sentido de que a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário pode se sobrepor às decisões estatais tomadas nos Poderes Executivo e Legislativo, ou seja, o Poder Judiciário pode se imiscuir em matérias de políticas públicas, legislativas, e até mesmo políticas. Cabe a ressalva de que, atualmente, também se entende a arbitragem como exercício de jurisdição, ou seja, um exemplo de jurisdição fora do Poder Judiciário. Afirma-se que a arbitragem não viola o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional porque tal princípio impede que o Estado vede o acesso ao Judiciário, mas não retira do indivíduo a opção de solucionar seu conflito perante um tribunal arbitral, em detrimento do Judiciário.

inconstitucionalidade seja reanalisada pelo Parlamento, a pedido do Presidente da República, “no interesse do povo”.

A Constituição de 1946, por sua vez, retomou o norte republicano e estabeleceu, pela primeira vez, a cláusula aberta de controle judicial, entretanto, limitado à lesão de direito individual.

Contudo, com o golpe militar e a promulgação das constituições de 1967 e 1969, os poderes do Judiciário foram reduzidos, não podendo apreciar os atos provenientes do Comando Supremo da Revolução, nem mesmo do Governo Federal, quando apoiados em Atos Institucionais.

A Constituição Federal em vigor retomou a cláusula geral de controle judicial, prevista anteriormente na Constituição de 1946, porém de maneira potencializada e ampliada, na medida em que a apreciação do Poder Judiciário deixa de ser apenas para lesão e não apenas de direito individual, abrangendo, ainda, a apreciação da mera ameaça a direito.

Observe-se que a ausência do predicativo “individual” implica a ampliação da competência do Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a qualquer direito, seja individual, seja coletivo em sentido amplo. Em arremate,

Tudo isso se potencializou na Constituição Federal de 1988. A “cláusula aberta do controle judicial” foi ampliada para abranger direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) e as ameaças a direito. Formou-se, ao mesmo tempo, *um sistema de tutelas coletivas e um poder geral de urgência* (cautelar ou antecipada). Isso se deu porque se depreende, da nova redação do art. 5º, XXXV, inserto no capítulo dos *direitos e deveres individuais e coletivos*, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito” (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 45, grifos do autor).

Também é importante observar que a amplitude atual da cláusula de acesso à justiça abarca não apenas a apreciação da lesão ao direito, senão ainda a mera ameaça ao direito, conferindo, portanto, assento constitucional à tutela de urgência¹²⁸⁻¹²⁹. Dada sua extensão, não

¹²⁸ “Pode-se chamar atenção para o fato de que *foi deslocado, para o início da Carta, o título que cuida dos direitos e garantias fundamentais*. Nesse contexto, encontra-se o *princípio da inafastabilidade do poder judiciário ou universalidade da jurisdição*, renovado e ampliado. Cabe salientar que esse alargamento revela-se abrangente não só da tutela coletiva, como já referido, como também, da tutela de urgência, seja de provimento acautelatório ou antecipatório da tutela a ser proferida pelo julgador (art. 5º, XXXV, da CF/88) (ZANETI JUNIOR, 2012, p. 287-288, grifos do autor)

¹²⁹ O Supremo Tribunal Federal, quando julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 04, consignou que, mesmo sem expressa previsão constitucional de medidas cautelares em ADC, estas podem ser deferidas, posto que “o poder de acautelar é imanente ao de julgar” (ADC 4 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-

é à toa que a doutrina também a denomina como “direito à jurisdição com cobertura universal” ou “universalidade da jurisdição” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 197).

Com base nestas observações, constata-se mais uma potencialidade do ordenamento jurídico brasileiro na promoção do ideal de não-dominação no seio do Poder Judiciário, em razão da “cobertura universal” que é garantida pelo acesso à justiça, positivado como direito fundamental no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, pouco importa se a dominação contestada é proveniente do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, qualquer órgão ou entidade pública, posto que a *judicial review* permite a intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes, isso sem se falar na tutela perante atos de dominação privada (*dominatio*).

Em segundo lugar, a garantia do acesso à justiça não é limitada a demandas individuais, permitindo, ainda, que direitos ou interesses de grupos sejam tutelados. Para tanto, o ordenamento jurídico dispõe de um microsistema de processo coletivo e de um rol de legitimados extraordinários para ajuizamento de ação coletiva que venha a contestar atos estatais. Neste aspecto, há tanto instituições privadas (associações e sindicatos, por exemplo), quanto instituições públicas (Ministério Público e Defensoria Pública, por exemplo) com legitimação para provocar a atuação judicial.

Em terceiro lugar, como o republicanismo de Pettit apresenta a mera possibilidade de interferência arbitrária como dominação, o amplo acesso à justiça para tutelar a ameaça a direito, seja individual ou coletivo, também se apresenta como fator positivo para a defesa de uma democracia contestatória no âmbito judicial, mediante a utilização do processo.

Portanto, as características referentes ao acesso à justiça elencadas neste tópico reforçam o Poder Judiciário como arena pública de diálogo e deliberação racional, ambiente de democracia deliberativa contestatória de atos de dominação, uma vez que há aparelhamento institucional para o Poder Judiciário, uma vez provocado, analisar e, se for o caso, fazer cessar a dominação alegada, independente de sua fonte.

Analisada a evolução histórica e a atual amplitude do acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua correlação com a democracia contestatória, passa-se à demonstração da existência de um direito fundamental ao processo, que complementa e fortalece a ideia de contestação à dominação na arena pública judicial.

3.3.2 O processo como direito fundamental

Outro fator que contribui para a contestabilidade das ações estatais – quando estas forem consideradas pelo cidadão ou grupo como um fator de dominação (interferência arbitrária) – no Judiciário – enquanto instituição republicana e aberto à esfera pública –, ao lado do amplo acesso à justiça, é a concepção de processo como um direito fundamental, por si só, e não como mero instrumento ou apêndice para a concretização de outros direitos fundamentais.

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (1990, p. 157-158) relata que o enrobustecimento da tese do direito fundamental ao procedimento ocorreu na década de 1970, com a defesa do *status activus processualis* de Peter Häberle, seguida de conferências ministradas por Konrad Hesse, em 1978, ao passo que na década de 1980 a referida teoria é fortalecida pela publicação da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, em 1986.

Entretanto, Alvaro de Oliveira (2003, p. 260-261) aponta que, em território nacional, no final do século XIX, juristas, como João Mendes Júnior¹³⁰, já antecipavam “com grande descortino, futuras elaborações da doutrina europeia do século XX”, ao vincular as leis processuais às garantias constitucionais e tratar as primeiras como complemento das segundas. Nas palavras de Mendes Júnior (*apud* ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 261),

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas.

Grande passo para a construção de um direito fundamental ao processo foi o trabalho de Peter Häberle, no desenvolvimento do *status activus processualis*, a partir da teoria dos

¹³⁰ João Mendes de Almeida Junior (1856-1923) foi jurista, advogado, professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal (1916-1922), bacharel (1877) e doutor (1880) em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conforme informações retiradas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=144>>. Acesso em 15 set. 2017.

status, desenvolvida por Jellinek. Conforme explica Robert Alexy¹³¹ (2015, p. 254-269), a teoria de Jellinek sustenta a existência de quatro *status*, isto é, quatro formas distintas de relação entre o cidadão e o Estado: i) *status* passivo, que diz respeito ao Estado proibir ou impor dever ao cidadão; ii) *status* negativo, que confere faculdade ao cidadão agir em sua esfera de liberdade individual, que é juridicamente irrelevante ou indiferente para o Estado; iii) *status* positivo, que confere ao cidadão o direito de exigir algo do Estado e meios legais para sua obtenção; iv) *status* ativo, que confere “competência” ao cidadão para, além de sua “liberdade natural”, participar no Estado e na formação da vontade estatal.

A conexão entre direitos fundamentais, organização e procedimento decorrem, em grande medida, da proposta de Häberle, que, partindo da teoria dos *status* de Jellinek, acrescenta o *status activus processualis*, o qual diz respeito “à face procedimental da liberdade constitucional, o *due process* dos direitos fundamentais” (HABERLE *apud* ALEXY, 2015, p. 470). Desta forma, ter o direito de participar dos procedimentos de decisões sobre direitos fundamentais passa a ser, por si só, um direito fundamental. Conforme explica Canotilho (1990, p. 155),

A sugestão do *status activus processualis*, formulada por P. Häberle, assentava na ideia de que a participação no procedimento de decisão constituía, de forma imediata, uma posição subjectiva inerente aos direitos fundamentais. Por outras palavras: a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental. Ainda noutros termos, porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.

No mesmo sentido, e com certa proximidade temporal, há a defesa de Konrad Hesse (*apud* ALEXY, 2015, 470), no sentido de que "organização ou procedimento [*revelam-se*]

¹³¹ Após expor e explicar a teoria dos quatro *status* sustentados por Jellinek, Alexy (2015, p. 269-274) expõe algumas críticas a ela, que partem tanto de aspectos formais – como “as nem sempre claras relações entre as posições elementares e o status e as também nem sempre claras relações das diferentes posições elementares entre si” –, quanto de aspectos materiais. No aspecto formal, Alexy sustenta que o *status* negativo de Jellinek é demasiadamente desprovido de conteúdo, de maneira que o legislador pode a seu bel-prazer decidir o que é “juridicamente irrelevante”, o que a atual teoria dos direitos fundamentais não admite, posto que “também o legislador está vinculado aos direitos fundamentais”. Além desta observação feita por Alexy, ele também apresenta a crítica de Konrad Hesse, no sentido de que a teoria de Jellinek é “puramente formal” e deve ser substituída por um conceito material de *status* jurídico, em razão do conteúdo material dos direitos fundamentais, e ainda a crítica de Peter Häberle, para o qual não é contemplada, na teoria de Jellinek, um “momento cívico-ativo” dos direitos fundamentais, ou seja, a teoria de Jellinek não permite que se vislumbrem os indivíduos como cidadãos ativos. A posição de Alexy em relação à teoria de Jellinek e suas críticas é moderada, no sentido de que, para ele, se trata de mera “oposição entre teorias formais e teorias materiais”, de maneira que as críticas substanciais não elidem ou refutam o aspecto formal; assim, “a posição jurídica global de um cidadão pode ser examinada tanto a partir de uma perspectiva formal quanto a partir de uma perspectiva material”, razão pela qual não se refuta a teoria de Jellinek, como também se aceitam os adendos materiais feitos pela crítica.

com freqüência o – provavelmente único – meio de se produzir um resultado conforme aos direitos fundamentais e, com isso, assegurá-los de forma eficaz também em face dos problemas modernos". Do mesmo autor, consagrou-se a tese de “realização e asseguaração dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento” (HESSE *apud* ALEXY, 2015, p. 472).

Na década seguinte, Alexy também sustenta a íntima correlação entre direitos fundamentais, organização e procedimento (ALEXY, 2015, p. 470), com a defesa de um conceito abrangente de procedimento¹³². Para o autor, “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 473). Assim, destaca a existência de um “direito a procedimentos” que corresponde a um “direito a proteção jurídica efetiva”, cujos destinatários são os tribunais, bem como um “direito a procedimentos” que corresponde à criação de normas procedimentais, cujo destinatário é o legislador (ALEXY, 2015, p. 474).

Para Alexy, a discussão acerca dos direitos a procedimentos (direito a organização e procedimento) deve ser desenvolvida, no quadro teórico desenvolvido por Jellinek, no âmbito do *status activus*¹³³, na medida em que os “direitos a posições procedimentais são direitos a que exista algo para cuja criação sejam necessárias ações positivas”, de maneira que a atual existência ou não de tais posições seja apenas uma “questão de mero acaso” (ALEXY, 2015, p. 478). Em outras palavras, a ótica para análise dos direitos a procedimentos é a que exige a criação de posições procedimentais pelo Estado, e não se, de fato, estas posições já existem e não podem ser retiradas pelo Estado (ou seja, refuta-se uma abordagem a partir do *status negativo*).

Especificamente relacionado aos procedimentos judiciais e administrativos (ou procedimentos em sentido estrito), Alexy sustenta que se trata de direito à “proteção jurídica efetiva”, no sentido de o direito material fundamental dos envolvidos ter de ser protegido pelo

¹³² O autor tece comentários sobre a ambigüidade expressão “direito a organização e procedimento”, que pode significar direito a organização e direito a procedimento, como dois complexos distintos e independentes, ou ainda organização e procedimento como um complexo só, demonstrando que a doutrina e jurisprudência não são técnicas ao utilizar tal expressão. O autor deixa em aberto se organização e procedimento constituem o mesmo complexo ou se são independentes entre si, observando que, para serem tratados como algo unitário, é necessária uma concepção abrangente de procedimentos, que inclua a própria organização (ALEXY, 2015, p. 472-474).

¹³³ De maneira ainda mais específica do que mero *status activus* de Jellinek, Alexy considera os direitos a procedimentos como *status activus processualis*, defendido por Haberle, posto que se apresentam como direito a competências (ALEXY, 2015, p. 479-485).

resultado do procedimento (ALEXY, 2015, p. 488). Neste aspecto, o autor alemão sustenta a existência de dois modelos de compreensão sobre a relação entre os aspectos procedimental e material dos direitos fundamentais: o primeiro modelo sustenta que não existem critérios externos ao procedimento para balizar a correção do seu resultado, isto é, “se o procedimento foi realizado da forma correta, então, o resultado é correto”; o segundo sustenta que a correção do resultado do procedimento deve ser avaliada com base em parâmetros externos e independentes do procedimento, e este deve ser visto como “tanto um meio de satisfazê-los na maior medida possível como uma forma de preencher a margem de discricionariedade por eles deixada”. Para o autor, “apenas o segundo modelo é compatível com a ideia dos direitos fundamentais”, no que diz respeito à “relação entre procedimentos legais e direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 488).

O constitucionalista português Canotilho, por sua vez, sustenta que nenhum dos dois modelos deve ser seguido de maneira isolada. Em vez disso, propõe uma metodologia de “*relação recíproca de efeitos* ou uma *interdependência relacional* entre direitos fundamentais (direito material) e procedimento (direito procedimental e processual) (CANOTILHO, 1990, p. 156-157, grifos do autor)¹³⁴. Nesta perspectiva,

A radical dicotomia entre procedimento e direitos fundamentais não se afigura, *prima facie*, compreensível. O constitucionalismo acentuou sempre, numa perspectiva de *Rechtsstaat*, a importância dos direitos fundamentais caracterizadamente garantístico-judiciais ou garantístico-processuais. Não só a “constituição judicial” e o “processo judicial” foram formalmente constitucionalizados nos seus princípios essenciais como os problemas da “organização” e “procedimento” ganharam progressivamente o caráter de direito público material, encontrando-se normativamente plasmados no direito constitucional. (CANOTILHO, 1990, p. 153-154)

É importante destacar que a escola alemã – aqui trabalhada com base em Alexy, que retoma a doutrina de Haberle e Hesse – sustenta a indissociabilidade entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais procedimentais (direito a procedimento e organização); ao passo que Alexy defende um modelo de correção externa do procedimento, Canotilho (1990, p. 157-158, grifos do autor) entende que

(...) a ideia do procedimento continua a ser indissociável dos direitos fundamentais, mas a participação *no* e *através* do procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementar, integradora e garantidora do direito material. Torne-se esta conclusão mais incisiva:

¹³⁴ Embora Alexy manifeste, de maneira expressa, que somente o segundo modelo é compatível com os direitos fundamentais, ele mesmo defende a fundamentalidade dos procedimentos e sua necessidade para a proteção de direitos fundamentais, especialmente em razão de os procedimentos aumentarem a probabilidade de resultado conforme os direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 489).

o direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjectivo-material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes se reconduz a uma relação de integração. Como salientou H. Goerlich, a dimensão jurídico-procedimental/processual não constitui um mero instrumento ancilar da realização do direito material; ela é parte integrante do mesmo (rejeição do modelo material). Todavia, e por outro lado, considera-se falsa a afirmação segundo a qual direito é apenas o que se obtém mediante um esquema processual/procedimental (rejeição do modelo procedimental).

A doutrina europeia acima exposta foi muito bem recepcionada entre os processualistas brasileiros, especialmente os filiados à ideologia apregoada pela escola do formalismo-valorativo, a qual, como mencionado, parte de uma perspectiva constitucional e democrática acerca do processo.

As lições de Alvaro de Oliveira são incisivas ao afirmar que a efetividade dos direitos fundamentais no seio da sociedade depende, ao lado de normas que densifiquem seu conteúdo, de organização e regulamentação procedimentais adequadas à sua concretização, o que, por sua vez, requer a constitucionalização de normas que assegurem não apenas o exercício dos direitos fundamentais, mas também órgãos imparciais que tenham competência e efetividade para restaurar tais direitos, em caso de sua violação (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 268).

O processualista brasileiro acentua que a dimensão procedimental não coincide plenamente com o processo judicial, mas também o abrange, de maneira a “evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo”, de onde conclui que a própria participação processual na formação de decisão é exercício de direito fundamental, qualificado substancialmente (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 268). Conclui o autor:

À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas”. (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 269)

Na esteira do formalismo-valorativo e em conformidade com as lições de Alvaro de Oliveira, Zaneti Junior (2014, p. 107-108) sustenta que, em paralelo à evolução do Estado Liberal para o Estado Social e sucessivamente para o Estado Democrático Constitucional, ocorreu o desenvolvimento das dimensões de direitos fundamentais, de sorte que o atual

estágio (Estado Democrático Constitucional) é marcado pela quarta dimensão dos direitos fundamentais, qual seja: o direito de participação nas decisões estatais¹³⁵.

Na visão de Zaneti Junior, o processo, sobretudo quando entendido como procedimento animado pelo contraditório, se apresenta como um espaço de diálogo e solução de conflitos (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 108), que promove a abertura participativa e democrática do Poder Judiciário, razão pela qual o processo corresponde ao *status activus processualis*, isto é, ao direito ativo de organização e procedimento, sendo, portanto, um direito fundamental (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 138). Nas palavras do autor,

Nesse contexto, o direito processual civil exerce papel determinante, por ser direito fundamental, compartilhando, em essência, a natureza democrática. O que se pretende afirmar é que a nova ótica constitucional e o novo direito processual seguem a lógica da participação em contraditório, da racionalidade prática procedimental. Defende-se aqui o direito fundamental à organização e ao procedimento como direito positivo ativo frente ao Estado e aos demais órgãos do poder na sociedade democrática. Significa aceitar seu papel de status activus processualis – provocatório e liberal – como direito fundamental frente ao Estado (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 138, grifos do autor).

No mesmo sentido, Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 147), ao lecionarem acerca da jurisdição, afirmam a “virada conceitual” decorrente da constitucionalização e democratização do direito e do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais, consistente na superação da “vocação para a legislação” em direção à “vocação do nosso tempo para o processo”. Além disso, defendem a existência de um “direito fundamental ao processo justo”, formado por vários elementos, como uma “jurisdição com cobertura universal a ser prestada por um juiz natural” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 197).

Os aludidos autores sustentam que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal “institui o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro”, com influência do direito norte-americano e de vários documentos internacionais de direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos etc.), constituindo, ainda, “princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”, na medida em que “impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 540-541).

¹³⁵ Como se sustentou ao longo da dissertação, a participação é importante para a identificação do interesse comum. Entretanto, mais do que “importante”, ela é necessária e imprescindível quando se trata de participação como contestação, em oposição a atos de dominação.

A constatação da existência de um *status activus processualis* – que confere ao cidadão o direito à organização e ao procedimento e, por consequência, assegura o direito fundamental ao processo – constitui fator de grande relevância para a viabilidade de uma democracia contestatória, que tenha por pressuposto o direito à voz de contestação do cidadão ou grupo que alega determinada dominação.

Como dito anteriormente, as bases do republicanismo de Pettit consistem no repúdio à dominação, isto é, na oposição a qualquer forma de interferência arbitrária, que desconsidere os interesses, pontos de vista, argumentos e opiniões daqueles que serão afetados por uma atuação estatal. Esta, por sua vez, para ser legítima, deve se pautar nos interesses comuns assumidos, que fazem parte da vida comum da comunidade. Caso se afaste dos interesses comuns assumidos e, portanto, configure dominação, o cidadão republicano ou mesmo grupos, devem possuir um canal que viabilize a manifestação de voz de contestação e crie um fórum de deliberação racional acerca daquilo que é interesse comum partilhado.

Neste sentido, partilhando da ideologia do formalismo-valorativo e admitindo o processo como direito fundamental, o cidadão ou grupo pode se valer do processo para exercer seu direito de voz de contestação e promover, via processo, no seio do Judiciário, um diálogo racional e discursivo acerca dos interesses comuns assumidos, em oposição à dominação.

Ainda vale lembrar que o republicanismo defendido por Pettit adota um modelo de democracia contestatória, com uma dimensão eleitoral e representativa, e outra dimensão participativa e direta, e esta participação direta do cidadão consiste na contestação de atos alegadamente de dominação. Esta afirmativa, que se encontra de maneira abstrata na filosofia política de Pettit, encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque, entre nós, a doutrina admite o processo como mecanismo de participação, decorrente dos direitos fundamentais de quarta dimensão, afetos à democracia e participação popular do exercício do poder.

Portanto, constata-se a plena compatibilidade entre a ideologia decorrente do formalismo-valorativo – que vê o processo como direito fundamental de participação e assegura ao cidadão o acesso à organização estatal para fins de tutela de pessoas e de direitos – e o republicanismo de Philip Pettit – com seu ideal de participação como exercício de voz contra a dominação, perante um fórum de diálogo e deliberação racional.

3.4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) foi publicado em 17 de março de 2015 e entrou em vigor em 18 de março de 2016¹³⁶. Há várias razões para se afirmar que se trata de uma lei aderente ao formalismo-valorativo¹³⁷, a começar pela determinação de um modelo de processo orientado por valores¹³⁸ retirados da Constituição Federal (art. 1º¹³⁹).

Neste tópico, o objetivo é abordar dispositivos do código que exponham seu caráter participativo e democrático, isto é, que transparecem o processo como ambiente de diálogo, debate e deliberação, o que se conforma aos anseios da democracia contestatória.

Observe-se, de início, que o republicanismo busca equilíbrio de poder, de maneira a impedir que um indivíduo ou o Estado seja fonte de dominação sobre outrem. Com esta percepção, verifica-se que o artigo 7º do Código de Processo Civil¹⁴⁰ assegura às partes igualdade de tratamento e efetivo contraditório, isto é, coloca as partes em condição de participar e cooperar igualmente no processo¹⁴¹.

Além disso, como mencionado anteriormente, o processo é instrumento de participação e promove um modelo de democracia direta, razão pela qual aquele que participa do processo deve ter a possibilidade de influenciar o andamento processual e a decisão final;

¹³⁶ O artigo 1.045 do Código de Processo Civil dispõe que seu vigor inicia um ano após a data da publicação oficial. No entanto, houve divergências doutrinárias a respeito do início da vigência do aludido código. “A *vacatio legis* do CPC de 2015 é de um ano contado da sua publicação oficial, que se deu no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. A despeito da simplicidade do texto, acabaram se formando três correntes acerca de qual o dia exato em que o CPC de 2015 entra em vigor, 16, 17 ou 18 de março de 2016” (BUENO, 2016, p. 899). Em razão desta divergência doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça, em sessão administrativa, decidiu da seguinte maneira: “Enunciado administrativo n. 1: O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em 20 out. 2017.

¹³⁷ No mesmo sentido, Madureira e Zaneti Jr. (2017, p. 92-94) sustentam que várias características previstas no Código de Processo Civil de 2015 apontam para a adoção das ideias do formalismo-valorativo.

¹³⁸ É importante observar a abertura para componentes éticos no processo, tais como a boa-fé (art. 5º, art. 79 a 81, art. 322, §2º e art. 489, §3º, dentre outros) e a cooperação (art. 6º). No mesmo sentido, o artigo 8º determina que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve atender a valores referentes aos fins sociais, ao bem comum, à dignidade da pessoa humana, além de proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

¹³⁹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁴⁰ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹⁴¹ “Contraditório, insista-se, no sentido de *participação e cooperação* efetivas e aptas a *contribuir* com o proferimento das decisões e satisfação do direito tal qual reconhecido” (BUENO, 2016, p. 54, grifos do autor).

caso contrário, à luz do republicanismo, esta decisão consistirá em dominação. Em conformidade a este preceito, o Código de Processo Civil dispôs que, salvo em situações específicas – tutela provisória de urgência, hipóteses de tutela de evidência e na expedição de mandado de pagamento, entrega de coisa ou de execução de obrigação de fazer ou não fazer, em ação monitória –, não se pode proferir decisão contra uma parte sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º¹⁴²).

No mesmo sentido de evitar as chamadas “decisões surpresa”, o artigo 10¹⁴³ impõe que a decisão não pode se pautar em fundamento sobre o qual não houve oportunidade de prévia manifestação da parte, ainda que se trate de matéria cognoscível *ex officio*¹⁴⁴.

A conjugação destes dois artigos (art. 9º e art. 10) impõe, como regra¹⁴⁵, o contraditório prévio – e não se pode desprezar o conteúdo do contraditório, já delineado como direitos de informação, reação e influência, bem como dever de debate e cooperação. Desta forma, a prolação das decisões judiciais deve ser precedida, em regra, de diálogo, debate e deliberação processual, com paridade de armas, de sorte que todos os envolvidos tenham direito à voz, como mecanismo de efetiva participação.

Ademais, o artigo 93, IX da Constituição Federal¹⁴⁶ e o art. 11, *caput*, do Código de Processo Civil¹⁴⁷ determinam a fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de

¹⁴² Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ Não se pode deixar de mencionar o conhecido princípio dispositivo e o princípio da adstrição, segundo o qual o juiz está limitado a decidir de acordo com o que for pedido. Veda-se, com isso, o proferimento de decisões além, aquém ou fora do que foi pedido, isto é, julgamentos *ultrapetita*, *infrapetita* ou *extrapetita*, respectivamente. Trata-se do disposto no art. 141, CPC/15: Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

¹⁴⁵ O art. 9º, parágrafo único, CPC/15 cuida das exceções ao contraditório prévio. Imperioso destacar que o contraditório é requisito essencial para a validade dos atos processuais (art. 5º, XXXV, CF/88 e art. 7º, CPC/15), razão pela qual se excetua apenas o caráter prévio do contraditório, ou seja, garante-se o contraditório na forma postergada ou diferida. Nas palavras de Bueno (2016, p. 56, grifos do autor), “nas hipóteses do parágrafo único do art. 9º, é importante frisar, o que ocorre é mero *postergamento* do contraditório; nunca sua eliminação, o que atritaria não só com a norma anotada, mas, superiormente, com o ‘modelo constitucional’”.

¹⁴⁶ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos 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”.

nulidade. De maneira complementar, o art. 489, §1º, IV do Código de Processo Civil dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo que, em tese, sejam capazes de infirmar a conclusão do julgador.

Portanto, a fundamentação da decisão se apresenta como última etapa de verificação do efetivo contraditório como direito de influência: as partes tiveram a oportunidade de previamente manifestar seus argumentos e o magistrado não pode se distanciar deles sem que haja novo diálogo e debates argumentativos¹⁴⁸. Esta possibilidade de influência argumentativa deve restar explícita na fundamentação da decisão, ou seja, a decisão também deve ser dialógica¹⁴⁹, sob pena de nulidade. Neste diapasão, o art. 1.022, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil dispõe que a decisão incorra nas condutas do art. 489, §1º do mesmo código são omissas, motivo pelo qual são cabíveis Embargos de Declaração.

No escopo de maximização dos debates e, com isso, de qualificação do contraditório, o Código de Processo Civil cuidou, no título referente à intervenção de terceiros, de disciplinar a participação do *amicus curiae* nas demandas em que haja, segundo avaliação do juiz ou relator, “relevância da matéria”, “especificidade do tema objeto da demanda” ou “repercussão social”, nos termos do art. 138, *caput*¹⁵⁰. Esses requisitos são necessários porque

(...) a matéria a ser decidida não deve ficar limitada simplesmente às partes que litigam, mas sim que ela possa repercutir ou alcançar direitos ou situações que envolvam outras pessoas. Enfim, é necessário que o tema debatido tenha, ou possa vir a ter, dimensão coletiva; que tenha relevância pública ou social. A propósito, a lei estabelece que, para justificar o ingresso do *amicus curiae*, deve haver a

¹⁴⁷ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

¹⁴⁸ O Enunciado nº 3 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) dispõe que: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”. Tal enunciado permite ao magistrado deixar de consultar as partes antes proferir a decisão, reputando *a priori* que a manifestação da parte não será capaz de influenciá-lo. Trata-se de resquício de visão autoritária de processo e tentativa de manutenção de um processo assimétrico, com forte primazia da atividade jurisdicional, em detrimento da participação. Por força do direito de influência decorrente do contraditório, o magistrado deve possibilitar a manifestação das partes e, posteriormente, ou seja, somente quando tomar conhecimento do teor da manifestação, fundamentar o motivo pelo qual a manifestação eventualmente não influenciou a decisão.

¹⁴⁹ É elogiável o Enunciado nº 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), no sentido de exigir que a fundamentação da decisão enfrente as alegações não apenas de autor e réu, mas também do *amicus curiae*: “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do 1º do art. 489”. Trata-se de ampliação do contraditório como influência multidirecional, e, conseqüentemente, da visão de processo como arena de debate.

¹⁵⁰ 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 pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

“relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” – parte inicial do *caput* do art. 138. Em todas essas situações, o alcance da decisão repercute na esfera de outras pessoas que não fazem parte do processo. A relevância da matéria, por si só, já indica um possível impacto da decisão no âmbito da comunidade. Já a especificidade do tema pode estar ligada a situações eminentemente técnicas, científicas ou mesmo sociais, que poucas pessoas ou órgãos dominam; indica que uma decisão proferida neste campo poderá ter grande impacto para a sociedade e poderá servir de *leading case* para futuros processos. Já a repercussão social da controvérsia tem na sua própria definição a justificativa para servir de requisito à intervenção do *amicus curiae*. (CARNEIRO, 2015, p. 305)

Dado o “possível impacto da decisão no âmbito da comunidade”, justifica-se a intervenção de “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada” para participar dos debates acerca da matéria. Trata-se, novamente, de dispositivo do código que assegura a abertura democrática do processo¹⁵¹, permitindo à sociedade ingressar nos debates judiciais, por intermédio de um representante adequado¹⁵², a fim de manifestar os interesses comuns assumidos, as crenças compartilhadas e, com isso, exercer o direito de voz de contestação em prol desses interesses, como rechaço à dominação.

Importante frisar a relevância da dimensão dialógica do processo democrático, exigindo a qualificação dos debates mediante a exposição de argumentos diversos, o que justifica a intervenção não apenas de um *amicus curiae*, mas de diversos *amici curiae*, ainda que “tenham opiniões diversas ou mesmo que defendam interesses antagônicos”, uma vez que a “riqueza do debate de teses sérias e antagônicas para esclarecer matérias de grande repercussão social constitui importante elemento de esclarecimento e de colaboração para formar o convencimento do juiz” (CARNEIRO, 2015, p. 306-307).

No mesmo sentido, a doutrina sustenta que “o *amicus curiae* contribui com a qualidade da decisão dando sua versão a respeito da matéria discutida” (NEVES, 2016, p. 224)¹⁵³ e que tem por finalidade “o aperfeiçoamento da decisão judicial, subsidiando o

¹⁵¹ Aponta para o caráter democrático da intervenção do *amicus curiae* a redação do Enunciado nº 250 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbra a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática”.

¹⁵² Como mencionado anteriormente, a intervenção do *amicus curiae* no processo decorre da dimensão coletiva do litígio, isto é, a decisão causará reflexos a uma coletividade, um grupo. Em razão disto, exige-se a representatividade adequada do *amicus curiae*, isto é, “a admissão do *amicus curiae* no processo exige a aferição de sua representatividade adequada, ou seja, da efetiva verificação de que ele (pessoa natural ou jurídica) tem condições de representar certo grupo, categoria ou interesse e que efetivamente o faz ao longo do processo” (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 210).

¹⁵³ O autor confere muita ênfase na contribuição do *amicus curiae* com a qualidade da decisão. Neste sentido,

magistrado e o processo com argumentos e considerações mais profundas” (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 210), o que corrobora a importância da qualificação dos debates pela intervenção de *amici curiae*, sobretudo porque a decisão proferida possui o dever de enfrentar não apenas as alegações apresentadas pelas partes (art. 489, §1º, IV, CPC/2015), mas também aquelas trazidas pelo *amicus curiae*¹⁵⁴.

Outro ponto que merece destaque diz respeito às técnicas relacionadas à formação de precedentes judiciais, afinal, o Código de Processo Civil é explícito em afirmar que a atividade jurisdicional visa a aplicar o ordenamento jurídico^{155,156,157}, sendo este composto não apenas por normas legisladas, mas também pelos precedentes normativos formalmente vinculantes^{158,159}. Se, do lado legislativo, o princípio democrático é respeitado pela representatividade (mandato) existente entre cidadão e legislador, do lado dos precedentes vinculantes, em face da ausência de representatividade (mandato) do magistrado, o princípio democrático deve ser garantido mediante a ampla abertura para participação na formação e superação dos precedentes¹⁶⁰.

sustenta que a representatividade adequada diz respeito ao interesse institucional na causa e “por interesse institucional compreende-se a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área a qual a matéria discutida pertence” (NEVES, 2016, p. 225).

¹⁵⁴ Esta concepção ampliativa do dever de fundamentação da decisão judicial, que exige o enfrentamento das alegações apresentadas também pelo *amicus curiae*, é respaldada pelo Enunciado nº 250 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do §1º do art. 489”. Trata-se de entendimento louvável, em razão da plena compatibilidade com o modelo constitucional de processo e da compatibilidade com o modelo republicano de democracia delineado neste trabalho.

¹⁵⁵ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁵⁶ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁵⁷ O art. 140 do Código de Processo Civil consiste numa superação do paradigma legalista imperante no art. 126 do Código de Processo Civil de 1973 (“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”) e dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”).

¹⁵⁸ Enunciado nº 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

¹⁵⁹ A expressão “precedentes normativos formalmente vinculantes” provém da proposta de classificação de Hermes Zaneti Junior (2016, p. 319-327). Após apresentar as classificações propostas por Pierluigi Chiassoni e Neil MacCormick, Zaneti Junior sugere a classificação trinária, a partir do grau de vinculatividade dos precedentes judiciais, da seguinte forma: i) precedentes normativos vinculantes; ii) precedentes normativos formalmente vinculantes; iii) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.

¹⁶⁰ Não se defende a ideia de legitimação pelo procedimento, isto é, no sentido de que a correção do procedimento de criação de precedentes assegura a correção do próprio precedente. Esta concepção não é admissível porque existem parâmetros materiais para aferição da correção do precedente, tais como os direitos

De acordo com o art. 927 do Código de Processo Civil, somente pode se considerar precedente normativo formalmente vinculante¹⁶¹: i) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade¹⁶²; ii) os enunciados de súmula vinculante^{163,164};

fundamentais, entendidos como consenso mínimo e garantia contramajoritária. No entanto, é indispensável a ampla participação para criação e, sobretudo, para alteração (contestação) de um precedente, especialmente para se impedir a dominação.

¹⁶¹ É importante observar que nem toda decisão judicial proferida por um Tribunal Superior ou Corte suprema será um precedente. É este o teor do Enunciado nº 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”. De maneira explicativa, Zaneti Junior (2016, p. 308-309) leciona: “(...) as decisões judiciais, mesmo que exaradas pelos tribunais superiores ou Cortes Supremas, podem não constituir precedentes. Neste sentido, duas razões podem ser indicadas para que nem toda decisão judicial seja um precedente: a) não será precedente a decisão que aplicar lei não objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que *apenas* refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso atual”. Em sentido semelhante, “nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante. (...) O que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório. O precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou questão jurídica (...). A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. (...) poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 873-874). Retomando as lições de Zaneti Junior (2016, p. 304-306), “os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts somados* a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual”. Sobre o efeito vinculante decorrer dos fundamentos determinantes da decisão, convém transcrever dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Enunciado 173 do FPPC: Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil. Enunciado 317 do FPPC: O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha sido ou não sumulado”.

¹⁶² Não se trata de uma inovação do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista o art. 102, §2º da Constituição Federal que, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. No mesmo sentido, a Lei 9.868/1990, que dispõe sobre processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 28, parágrafo único, determina: “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” Dispositivo semelhante se encontra no art. 10, §3º da Lei 9.882/199, acerca do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental: “§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

¹⁶³ A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o art. 103-A da Constituição Federal e, com ele, as súmulas vinculantes, cuja regulamentação (edição, revisão e cancelamento) se encontra na Lei 11.417/06. O Código de Processo Civil não criou, mas apenas incorporou as súmulas vinculantes ao seu texto.

¹⁶⁴ “Nos dois casos, incisos I e II, o que diferencia a situação anterior ao CPC/2015 para a atual é a criação de uma teoria dos precedentes, é a existência de uma dogmática dos precedentes a partir da promulgação do CPC. Portanto, mesmo que já ocorresse a presença do efeito vinculante, o modelo de precedentes que está sendo adotado no Brasil modifica, significativamente, a eficácia de precedentes das decisões em controle de constitucionalidade concentrado e nos enunciados da súmula vinculante” (ZANETI JUNIOR, 2015, p. 1442)

iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência¹⁶⁵ ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; iv) os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional¹⁶⁶; v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os magistrados estiverem vinculados.

A fim de garantir o caráter democrático na formação, revisão e cancelamento dos precedentes, o Código de Processo Civil passou a dispor de várias formas de participação, a começar do art. 927, §2º¹⁶⁷, o qual afirma a possibilidade de audiências públicas e participação de pessoas, órgãos e entidades que possam contribuir com a rediscussão da tese precederem a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos. Face à grande importância deste dispositivo, entende-se¹⁶⁸ que ele é aplicável também ao incidente de assunção de competência, embora não esteja citado no texto do parágrafo.

Outrossim, dado o modelo constitucional de processo, pautado na ideia de participação, Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 739) entende que, apesar de art. 927, §2º, CPC/15 tratar as audiências públicas e intervenção de *amici curiae* como possíveis, em realidade se deve reconhecer sua necessidade, sendo as audiências públicas o “palco adequado e pertinentíssimo para a oitiva do *amicus curiae*”.

A Lei 9.868/99 também aponta para a participação e democratização da formação dos precedentes, no que diz respeito ao julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, especialmente ao assegurar ao relator a possibilidade de, dentre outras medidas para esclarecimento da matéria, fixar data para

¹⁶⁵ “Aprimorando (e muito) a regra do §1º do art. 555 do CPC de 1973, o art. 947 disciplina a chamada ‘assunção de competência’, que permite ao colegiado competente para uniformização de jurisprudência avocar, para julgamento, recurso, remessa necessária ou processo de competência originária de outro órgão jurisdicional de menor composição quando, havendo relevante questão de direito com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (*caput*), reconhecer ‘interesse público na assunção de competência’ (§2º)” (BUENO, 2016, p. 763).

¹⁶⁶ Enunciado 314 do FPPC: As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal.

¹⁶⁷ “Art. 927, §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

¹⁶⁸ Enunciado nº 461 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O disposto no §2º do art. 927 aplica-se ao incidente de assunção de competência”.

realização de audiência pública, a fim de ouvir “pessoas com experiência e autoridade na matéria¹⁶⁹”.

Ainda em sede de Supremo Tribunal Federal, o art. 3º, §2º da Lei 11.417/06, que diz respeito à edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, permite ao relator do processo admitir “a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dito isto, cumpre observar que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) autoriza ao Presidente do tribunal convocar audiência pública para a oitiva de *amicus curiae* “sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e interesse público relevantes, debatidas no âmbito do Tribunal” (art. 13, XVII, RISTF). Também se atribui ao relator esta possibilidade, limitada ao âmbito do processo sob sua relatoria (art. 21, XVII, RISTF).

Enfatizando a participação no Supremo Tribunal Federal, para edição, modificação ou cancelamento de súmulas vinculantes, e relacionando esta participação àquela assegurada pelo art. 927,§2º, CPC/15, Cassio Scarpinella Bueno leciona que

A este propósito – e mesmo para quem, passivamente, entenda que a matéria amolda-se ao precitado dispositivo constitucional a autorizar a delegação ora feita pela lei –, cabe evidenciar que o *procedimento* estabelecido pela Lei n. 11.417/2006 para a edição (e também para a modificação ou para o cancelamento) das súmulas vinculantes do STF é excelente repertório de inspiração, até porque viabiliza um inafastável diálogo entre a sociedade civil, as demais funções estatais e o próprio Judiciário para aquele mister, desde a iniciativa até a produção do enunciado. Também as diretrizes decorrentes dos §§1º a 5º do art. 927 devem ser consideradas para esta finalidade (BUENO, 2016, p. 735, grifos do autor).

No que diz respeito à participação na formação de precedentes pela via do incidente de assunção de competência (art. 927, III, CPC/2015), disciplinado pelo art. 947 do Código de Processo Civil, constata-se que não há nenhum dispositivo específico acerca da participação na formação e superação dos precedentes, entretanto, como mencionado, há entendimento consignado no Enunciado nº 461 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no sentido de que o art. 927,§2º também é aplicável ao incidente de assunção de competência.

¹⁶⁹ Os artigos 9º, §1º e 20, §1º da Lei 9.868/99 possuem redação idêntica, porém o primeiro destinado a ações diretas de inconstitucionalidade e o segundo a ações declaratórias de constitucionalidade, nos seguintes termos: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

A formação de precedentes mediante julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III, CPC/2015) também é marcada por possibilidade de ampla participação, afinal, como determina o art. 983 do Código de Processo Civil¹⁷⁰, o relator deverá ouvir as partes e demais interessados, incluindo órgãos e entidades interessados na controvérsia, seguido de manifestação do Ministério Público, bem como poderá designar audiência pública para ouvir pessoas com experiência e conhecimento da matéria em questão.

Há norma¹⁷¹ semelhante quanto ao julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, no sentido de que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades, bem como fixar data para realizar audiência pública, com oitiva de pessoas com experiência e conhecimento da matéria¹⁷².

No que é pertinente aos enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional (art. 927, IV, CPC/2015), este dispositivo consolida a superação da concepção das referidas súmulas como jurisprudência persuasiva ou “direito jurisprudencial”¹⁷³, por uma visão de tais súmulas como precedentes, desde que e somente se em conformidade com o art. 926, §2º, CPC/15. Noutras palavras, a súmula “ordinária” do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, serão precedentes se editadas com observância das “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, §2º, CPC/15). Neste sentido,

¹⁷⁰ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

¹⁷¹ Adota-se a concepção de que texto e norma são coisas distintas, no sentido de que a norma jurídica é resultado de uma interpretação do texto (ÁVILA, 2015, p. 50-55; GUASTINI, 2005, p. 23-43).

¹⁷² Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

¹⁷³ “A expressão ‘direito jurisprudencial’ é de uso habitual nos países de tradição de *civil law*. Essa expressão, normalmente, refere-se ao uso reiterado de decisões judiciais, como exemplo do que os tribunais estão decidindo, indicando uma linha de entendimento dos tribunais. Nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória” (ZANETI JUNIOR, 2016, p. 303). De acordo com o referido doutrinador (2016, p. 304), a jurisprudência não passa de “repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato”, ou seja, “a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma ‘persuasiva’” (p. 307).

A menção à súmula dentro das normas que tratam dos precedentes pode gerar alguma perplexidade. Muitos poderão afirmar que os enunciados das súmulas não são precedentes. Contudo, é preciso perceber que as súmulas são compostas de enunciados que devem ser um extrato dos fundamentos determinantes dos precedentes (*ratio decidendi*, unidade fático-jurídica da decisão), mencionando as circunstâncias fáticas e jurídicas que a compõem, ou seja, relacionando os fatos materiais (*material facts*) com a regra de direito ou princípio jurídico aplicável (*regula juris*). Somente se o extrato representado no enunciado da súmula corresponder ao conteúdo dos precedentes, haverá respeito aos precedentes e as súmulas poderão ter, neste caso, a eficácia vinculante acrescida. O art. 926, § 2.º indica o acerto desta interpretação. O mesmo vale para o inciso II, acima, que refere às súmulas vinculantes. Não se podem confundir os enunciados das súmulas com normas abstratas e genéricas, no estilo dos assentos portugueses, sob pena de sua inconstitucionalidade. Em outras palavras, pode-se falar em súmulas como extrato dos precedentes se, e somente se, a formulação e aplicação das súmulas não for abstrata e genérica, mas vinculada a *ratio decidendi* dos casos precedentes (ZANETI JUNIOR, 2015, p. 1443).

Por fim, também há a cláusula aberta do art. 927, V, CPC/2015, que vincula os juízes e tribunais “à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Conforme doutrina abalizada,

No inciso V, o CPC/2015 menciona, ao final, a vinculatividade de todos os juízes e tribunais à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Entendemos que este artigo encerra uma cláusula aberta, uma norma de encerramento, abrindo a taxatividade do sistema de precedentes para incluir toda e qualquer decisão de órgão plenário ou especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados. Assim, por exemplo, quaisquer decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, vinculam todos os juízes e tribunais brasileiros, quando tomadas pelo pleno. Isso porque é função do STF interpretar o direito constitucional. No mesmo sentido, quaisquer decisões do STJ, em matéria infraconstitucional federal, tomadas pela Corte Especial, vinculam a todos juízes e tribunais brasileiros, pois cabe ao Superior Tribunal de Justiça afirmar a interpretação sobre direito infraconstitucional. Igualmente, as decisões do TSE, do STM, do TST, nas suas respectivas matérias, em relação aos tribunais, órgãos fracionários, desembargadores e juízes a eles vinculados, bem como dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais em relação aos órgãos fracionários, desembargadores e juízes a eles vinculados. Compreenda-se, para frisar bem: a vinculação será sempre *horizontal e vertical*, os tribunais e os órgãos fracionários estão igualmente vinculados às decisões do plenário ou do órgão especial (ZANETI JUNIOR, 2015, p. 1443)..

Vistos os dispositivos do Código de Processo Civil acerca da participação na formação, revisão e cancelamento de precedentes, resta clara a constatação da existência de um microsistema de precedentes, o qual exige não apenas a observância do contraditório – sem o qual não se formam precedentes¹⁷⁴ –, senão a sua maximização, a fim de aumentar a participação e potencializar os debates, valendo-se, para tanto, de técnicas como as audiências públicas e a oitiva de *amici curiae*¹⁷⁵. Além do mais, a negativa de se realizar audiências

¹⁷⁴ Enunciado 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

¹⁷⁵ Enunciado 460 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O microsistema de aplicação e formação de

públicas e potencializar a participação de terceiros atrai o ônus argumentativo, ou seja, requer justificação¹⁷⁶, para evitar que meros caprichos ou desinteresse impeçam a qualificação do contraditório – o que certamente caracterizaria dominação.

Apoiado na concepção republicana de democracia contestatória, a participação na formação dos precedentes, fornecendo argumentos em favor dos interesses e crenças comuns compartilhadas, se mostra de grande importância para prevenir a dominação pela via judicial. Entretanto, no campo dos precedentes, ainda mais relevante a possibilidade de participação na forma de contestação do precedente, com vistas à sua revisão ou cancelamento, quando o precedente não se mostrar compatível com os interesses comuns assumidos.

Por conta disso, o Enunciado nº 393 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)¹⁷⁷ acerta ao afirmar que é cabível a intervenção de *amicus curiae* quando da edição, cancelamento e revisão de súmulas. Entretanto, para se maximizar a não-dominação no campo dos precedentes, o melhor entendimento seria no sentido de ser necessária – e não meramente cabível, a critério do relator – a intervenção de *amicus curiae* na edição, cancelamento e revisão de qualquer precedente, sumulado ou não.

Neste tópico, portanto, foram apresentados diversos dispositivos¹⁷⁸ que demonstram o viés participativo do processo e que o transformam em verdadeiro espaço de diálogo e deliberação racional, como é o caso dos dispositivos acerca do contraditório, o qual submete também o magistrado, impedindo decisões-surpresa e impondo o dever de fundamentação analítica que aprecie as alegações das partes. Demonstrou-se, ainda, a possibilidade de admissão de *amici curiae* nos processos, com a finalidade de munir o julgador com informações relevantes e precisas sobre matérias de relevância coletiva. Apontou-se que esta visão ampliativa da participação na formação das decisões ganha destaque na formação de precedentes normativos formalmente vinculantes, pois estes possuem vinculação para

precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas e participação de *amicus curiae*.

¹⁷⁶ Enunciado 175 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas.

¹⁷⁷ Enunciado 393 do FPPC: É cabível a intervenção de *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais.

¹⁷⁸ A presente dissertação não tem por objetivo esgotar o tema da participação no processo, da ampliação do contraditório, nem mesmo acerca dos precedentes judiciais. Tais temas são abordados de maneira oblíqua e relacionada com o republicanismo, a democracia contestatória e o ideal de não-dominação.

casos futuros e, portanto, exigem que a sociedade civil – sobretudo representada por *amici curiae* – tenha participação efetiva nos debates e formação da *ratio decidendi*.

Com a exposição destes dispositivos, sustenta-se que, ainda que de maneira indireta e/ou inconsciente, o legislador contribuiu para a aproximação entre o direito processual e o republicanismo, com seu ideal de não-dominação mediante a contestabilidade das atuações estatais.

Os dispositivos acerca do contraditório, bem como sua potencialização pela inserção de *amici curiae* no processo, dão suporte à defesa do processo como instrumento de participação na formação de decisões, bem como destas decisões serem resultado de um diálogo e deliberação racional com base em argumentos e interesses.

Nas demandas individuais, o contraditório impede que o magistrado se afaste daquilo que autor e réu debateram no processo, da exposição de argumentos e interesses de ambos, e, nesta medida, impede que o processo seja fonte de dominação. Mesmo nas demandas individuais, quando se percebe que a matéria possui relevância coletiva, a admissão de *amici curiae* qualifica os debates, a fim de trazer mais argumentos acerca daquilo que é de interesse comum, o que também é grande valia para que o processo não se torne dominação.

No que diz respeito à tutela coletiva mediante formação de precedentes, a participação da sociedade civil ganha destaque, afinal, como mencionado, o precedente é texto normativo, e deve ser criado à luz dos interesses e crenças comuns partilhadas. Ainda mais importante a possibilidade constante de contestar tais precedentes, com vistas ao seu cancelamento ou revisão, quando não compatíveis com os interesses comuns, pois, à luz do republicanismo, a legitimidade democrática destes precedentes decorre muito mais da sua contestabilidade, do que da participação na criação.

4 ESFERA PÚBLICA E NÃO-DOMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS PROCESSUAIS DECORRENTES DO “CASO SAMARCO”

Em 05 de novembro de 2015, ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos de mineração de Fundão, operada pela mineradora Samarco Mineração S.A., no município de Mariana-MG. Em razão do rompimento, milhões de metros cúbicos de rejeito de minério de ferro alcançaram os Rios Gualaxo do Norte e do Carmo, afluentes do Rio Doce, e, após atravessar este rio, desaguaram no mar, no município de Regência-ES.

Trata-se de evento amplamente noticiado pela mídia nacional e internacional, tendo em vista ter sido considerado a maior tragédia socioambiental do Brasil. Apesar dos pouco mais de dois anos desde o rompimento, ainda não é possível conhecer toda a extensão dos danos ambientais dele decorrentes, pois há uma infinidade de aspectos que foram prejudicados, tais como a fauna, a flora, danos paisagísticos, prejuízo aos produtores rurais e pescadores que dependiam da água dos rios para desenvolvimento das suas atividades, prejuízo ao turismo das cidades envolvidas (como é o caso de Regência-ES), além, sobretudo, das pessoas que morreram e das que perderam seus lares, dentre outras incontáveis consequências danosas, tanto a título individual, quanto a título coletivo, sendo danos de natureza material e moral.

Além disso, a quantidade exagerada de detritos de minério presente no Rio Doce levou o SANEAR – Serviço Colatinense de Meio-Ambiente e Saneamento Ambiental a interromper a captação e conseqüente abastecimento da cidade, ou seja, os cidadãos ficaram privados de fornecimento de água, apesar de algumas medidas paliativas adotadas pelo poder público em conjunto com a SAMARCO.

Em razão do desastre, uma quantidade imensa¹⁷⁹ de ações foi ajuizada, de naturezas distintas, tais como ações criminais – tanto por crimes ambientais, quanto pelas mortes

¹⁷⁹ Segundo informações contidas nos autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 040/2016, da Turma de Uniformização do Colegiado Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, do Estado do Espírito Santo, até 03/02/2016, isto é, menos de três meses após o desastre, já havia cerca de 17.000 (dezesete mil) ações ajuizadas no Judiciário capixaba, sendo 2.919 (duas mil, novecentas e dezenove) ações na Justiça Comum de Colatina, 15.510 (quinze mil, quinhentas e dez) ações nos Juizados Especiais de Colatina, 228 (duzentas e vinte e oito) ações na Justiça Comum de Linhares e 55 (cinquenta e cinco) ações na Justiça Comum de Baixo Guandu. Nos mesmos autos, um Agravo Interno protocolado em 05/04/2017 menciona a existência de mais de 30.000 (trinta mil) ações individuais em curso apenas na Comarca de Colatina. Ainda nestes autos, consta a decisão liminar proferida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do pedido de Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 08-ES (2017/0073008-1), onde consta a informação da existência de mais de 100.000 (cem mil) ações individuais de indenização por danos morais nas Comarcas de Governador Valadares, Colatina, Baixo Guandu e Linhares.

decorrentes do desastre – e ações cíveis, tanto de natureza coletiva, quanto de natureza individual.

Paralelamente ao ajuizamento das ações, medidas administrativas e extrajudiciais foram adotadas, como é o caso do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), celebrado entre alguns órgãos e entidades públicas dos estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, da União e as empresas acionistas da Samarco, com o objetivo, em suma, de reparar os danos e pôr fim aos processos.

Este derradeiro capítulo tem por finalidade analisar alguns aspectos do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta e de alguns processos relativos ao “Caso Samarco”. Assim, o primeiro tópico analisará especificamente o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, tendo por foco o devido processo legal coletivo, a representatividade adequada e a participação na elaboração do referido termo. O segundo tópico, por sua vez, cuida da participação das associações de moradores no IRDR nº 040/2015, instaurado perante a Turma de Unificação de Jurisprudência dos Juizados Especiais Cíveis do Espírito Santo, também com a lente do processo democrático, da participação como contestação e da esfera pública em juízo. Por fim, o terceiro tópico diz respeito ao princípio da competência adequada e à composição da esfera pública, em análise do Conflito de Competência nº 144.922 MG / STJ.

Todas as análises abaixo serão travadas sob ótica dos princípios republicanos delineados no primeiro capítulo – sobretudo no que diz respeito ao ideal de não-dominação mediante a possibilidade de exercício de voz de contestação –, bem como aproveitando de elementos do ordenamento jurídico brasileiro e do modelo constitucional, democrático e participativo de processo sustentado pelo formalismo-valorativo, com ênfase no contraditório, de maneira a inserir a esfera pública no diálogo processual.

Esta análise é imperiosa porque, se o processo tem a potencialidade de ser instrumento de contestação, isto é, de permitir à esfera pública o combate à dominação, não pode ser ele mesmo, o processo, um instrumento de dominação. Em outros termos, o processo justo é o processo que não caracteriza, por si só, uma dominação – sem prejuízo, claro, da necessidade de tutelar direitos objetivos. Assim, deve ser feita uma interpretação adequada dos princípios da tutela coletiva, de maneira a compatibilizá-los ao ideal republicano de não-dominação.

4.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO, REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E PARTICIPAÇÃO: SOBRE A NÃO HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE TRANSAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUCTA (TTAC) NO CASO SAMARCO

O dano decorrente do rompimento da barragem de Mariana-MG ocasionou o surgimento de inúmeras situações jurídicas coletivas, com diferenças significativas entre si. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)¹⁸⁰ trouxe ao ordenamento jurídico uma forma de classificação dos direitos coletivos em sentido amplo em três espécies, quais sejam, direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

Atribui-se a Barbosa Moreira (1985, p. 55-58) a constatação de que existe uma “acepção mais ampla a designação ‘coletivos’, de tal sorte que a fizéssemos abranger, de modo geral, as hipóteses de pluralidade de interessados”, que, contudo, reúne situações muito distintas entre si. Por conta disso, o autor sustenta a existência de “interesses essencialmente coletivos”, de um lado, e “interesses acidentalmente coletivos”, de outro. Embora a lição de Barbosa Moreira seja anterior à publicação do Código de Defesa do Consumidor, os exemplos dados pelo autor permitem concluir que os interesses essencialmente coletivos dizem respeito aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ao passo que os interesses acidentalmente coletivos correspondem aos direitos individuais homogêneos.

Adotando esta premissa¹⁸¹, Teori Zavascki (2007, p. 40-47) lecionou que, no caso dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, há verdadeira tutela de direitos coletivos,

¹⁸⁰ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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.

¹⁸¹ Conforme se constata no trecho transcrito a seguir, Teori Zavascki adotou expressamente este posicionamento, no sentido de os direitos individuais homogêneos serem acidentalmente coletivos, com a ressalva de que o “coletivo” diz respeito ao ponto de vista processual: “Também a afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, a ‘roupagem’ de direito coletivo e, como tal, podem ser classificados como ‘acidentalmente coletivos’, ou, ainda, como ‘subespécie dos interesses coletivos’, deve ser entendida com reservas. É classificação decorrente, não de um enfoque *material* do direito, mas, sim, de um ponto de vista estritamente *processual*. O ‘coletivo’, conseqüentemente, diz respeito apenas à ‘roupagem’, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados. (...) Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais” (ZAVASCKI, 2007, p. 57, grifos do autor). Em sentido contrário, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 80) afirmam que os direitos individuais homogêneos não são acidentalmente coletivos, senão “direitos coletivizados pelo ordenamento para fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral”.

enquanto nos casos de direitos individuais homogêneos se trata de tutela coletiva de direitos. Com base nisso, Eduardo Talamini (2016, p. 112, grifos do autor) afirma:

Nessa ótica, as duas primeiras categorias [direitos difusos e coletivos em sentido estrito] constituem direitos propriamente coletivos, transindividuais. A proteção jurisdicional deles constitui *tutela de direitos coletivos*. Já nos direitos individuais homogêneos emprega-se a técnica processual coletiva para proteger direitos individuais. Daí a expressão *tutela coletiva de direitos individuais*. Vale dizer, o ponto de contato entre as duas primeiras categorias e essa terceira seria puramente processual. O modo de tutela daquelas e dessa seria afim; o substrato jurídico-material, não.

Apesar de ter contribuído para o avanço da tutela coletiva no Brasil¹⁸², o Código de Defesa do Consumidor não traz uma adaptação procedimental para cada tipo de direito e interesse coletivo em sentido amplo pelo mesmo Código conceituado. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor distingue os tipos de direito coletivo *lato sensu*, sem se preocupar com repercussões procedimentais, isto é, sem conformar o procedimento ao tipo de direito coletivo em disputa. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor e sua tipologia dos direitos e interesses coletivos não socorrem à concretização de um verdadeiro devido processo legal coletivo. Nas palavras de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 88, grifo dos autores),

(...) o Direito processual coletivo brasileiro – ao menos aquele que decorre das leis que compõem o respectivo microsistema – não se preocupou em construir modelos procedimentos adaptáveis às peculiaridades dos conflitos coletivos. É como se qualquer tipo de conflito pudesse tramitar, adequadamente, pelo mesmo e único modelo de procedimento comum, regulado pela Lei n. 7.347/1985. O princípio do devido processo legal coletivo impõe que se construa um processo adequado às peculiaridades do caso *concreto*.

Por conta disso, Edilson Vitorelli propôs¹⁸³ uma nova tipologia de litígios individuais, cujo critério de classificação não reside nas peculiaridades do direito discutido, senão nas

¹⁸² De acordo com André Vasconcelos Roque (2016, p. 160), a tutela coletiva no Brasil apresenta três marcos principais, sendo elas a Lei da Ação Civil Pública, em 1985, a Constituição Federal, em 1988, e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Segundo o autor, “a legislação brasileira atual em termos de ações coletivas, que se encontra estruturada basicamente na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, revela extraordinários méritos” (ROQUE, 2016, p. 160), em razão de apresentar uma conceituação legal dos direitos e interesses difusos, bem como permitir a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. também reconhecem a importância do Código de Defesa do Consumidor, ao afirmarem que “a tipologia dos direitos coletivos promovida pelo Código de Defesa do Consumidor teve uma importância indiscutível para o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil. Sobretudo porque, a despeito de eventuais sobreposições conceituais, ela ajuda a compreender a diferenças entre os grupos titulares dos direitos coletivos” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 87).

¹⁸³ É importante observar que esta proposta de Vitorelli está no bojo da sua tese de doutoramento em Direito, defendida em 2015, na Universidade Federal do Paraná, sob o título “O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional”, sob orientação de Luiz Guilherme Marinoni. A tipologia defendida por Vitorelli, portanto, tem por finalidade a concretização do devido processo legal coletivo. Em sua tese, Vitorelli sustenta que a sociologia apresenta diversos conceitos de sociedade (sociedade como estrutura, sociedade como solidariedade e sociedade como criação) e, segundo o autor, a sociedade se comporta de maneira distinta de acordo com o tipo de conflito. Com base nisso, apresenta três tipos de conflitos transindividuais e, para cada tipo de conflito, sustenta que a sociedade se manifesta de maneira diferente. Assim, nos conflitos de difusão global, verifica-se uma sociedade como estrutura; nos conflitos de difusão local, a sociedade se comporta como solidariedade; e os litígios de difusão irradiada, constata-se a titularidade de uma

particularidades do conflito (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 88). Ao deslocar a centralidade da conceituação dos direitos aos conflitos, Vitorelli aponta a necessidade de aproximação entre o Direito e a Sociologia, criticando, assim, o fato de a doutrina jurídica pouco recorrer aos estudos sociológicos para conceituar termos como sociedade, grupos, coletividade, comunidade etc. (VITORELLI, 2016, p. 84-88).

Neste sentido, a premissa inicial de Vitorelli é que somente a partir do conflito é possível determinar a titularidade dos direitos transindividuais. Em outros termos, antes de haver a efetiva violação de um direito transindividual, com o início de um litígio, não é possível identificar o grupo titular do direito lesado¹⁸⁴⁻¹⁸⁵. E, fixada a premissa, Vitorelli sustenta que dois critérios devem ser analisados para conceituar um determinado litígio: a complexidade e a conflituosidade.

A complexidade é um elemento que diz respeito às “múltiplas possibilidades de tutela de um direito” (VITORELLI, 2016, p. 87). Se um determinado litígio coletivo tiver apenas uma tutela cabível, será um litígio de pequena complexidade, ao passo que um litígio coletivo em que “se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente” (VITORELLI, 2016, p. 87) será um litígio de alta complexidade. Assim, “o litígio será tão mais complexo quanto maior for a variedade de formas pelas quais ele pode ser resolvido juridicamente” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 88).

A conflituosidade, por sua vez, é inversamente proporcional ao grau de unanimidade dos integrantes do litígio, isto é, na medida em que os envolvidos no litígio têm posições diversas, maior será a conflituosidade. Trata-se de um elemento interno, endógeno ao grupo titular do direito: se dentro do grupo há unanimidade quanto a um tema, então o conflito é de baixa conflituosidade; se, dentro do grupo, há diversos outros subgrupos, cada qual com uma variação de posicionamento, então a conflituosidade será maior. Assim, “tão mais conflituoso será o litígio quanto menos uniforme for a posição dos membros do grupo diante do conflito

sociedade como criação. A partir de cada tipo de conflito e do conceito de sociedade que nele está inserido, Vitorelli faz sugestões acerca do devido processo coletivo, isto é, da adaptação procedimental necessária para a tutela jurídica naqueles conflitos.

¹⁸⁴ “Edilson Vitorelli percebeu esse ponto e propôs a construção do devido processo legal coletivo a partir do tipo do *conflito* – até porque, a partir do tipo do *direito* já se viu que não há como diferenciar o procedimento” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 88, grifos dos autores).

¹⁸⁵ “Primeiramente, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo. Não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado. (...) Os direitos transindividuais, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas” (VITORELLI, 2016, p. 86-87).

(seja porque existem subgrupos com interesses diversos, seja porque há conflito dentro do próprio grupo)” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 88). Em arremate,

A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto mais variado for o modo como foram atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade, uma vez que o impacto da tutela não será uniforme em relação a todos os indivíduos, gerando diversidade de interesses e de posições entre os lesados. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam as suas próprias situações, quando essas situações são diferentes, pessoas que compõem a mesma sociedade passarão a divergir entre si acerca de qual a solução desejável para o litígio. Conflituosidade é, portanto, uma característica endógena ao grupo titular, enquanto a complexidade lhe é exógena (VITORELLI, 2016, p. 87).

Com base nestes elementos, Vitorelli fixou normativamente três tipos de litígios transindividuais, e a cada qual atribuiu uma titularidade, em conformidade com a natureza da lesão (VITORELLI, 2016, p. 89). Assim, há, na tipologia proposta pelo autor, três tipos de litígios transindividuais: i) litígios transindividuais de difusão global; ii) litígios transindividuais de difusão local; iii) litígios transindividuais de difusão irradiada.

O primeiro tipo consiste no litígio transindividual de difusão global, que é aquele que atinge genericamente a todo ser humano – e, simultaneamente, não atinge a nenhum ser humano específico¹⁸⁶. Nessas situações, a lesão não atinge de maneira mais grave e intensa a um determinado grupo de pessoas, de maneira a exigir sua participação em eventual processo coletivo. Em razão disto, a tendência é que tais litígios sejam marcados pela baixa conflituosidade, e também pela baixa complexidade (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 89).

O segundo tipo diz respeito aos litígios de difusão local, que são lesões ou ameaças a direitos transindividuais de uma comunidade, entendida como “grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno” (VITORELLI, 2016, p. 93). Em razão da especificidade da comunidade¹⁸⁷ lesionada, deve-se atribuir a ela a titularidade do direito transindividual¹⁸⁸. A

¹⁸⁶ Nas palavras de Vitorelli (2016, p. 89), os litígios transindividuais de difusão global dizem respeito às “(...) situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado de todo o ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. (...) Aqui não se trata de proteger o direito difuso porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos”.

¹⁸⁷ Nesta segunda categoria de litígios transindividuais, que é marcada pela difusão local, o autor só utiliza a expressão “comunidade”, designando sempre “grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno” ou ainda “sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial” (VITORELLI, 2016, p. 93). Para o autor, diverso do que a doutrina jurídica costuma fazer, não se pode usar indistintamente as expressões “comunidade”, “grupo” e “coletividade” como sinônimos (VITORELLI, 2016, p. 93, nota de rodapé nº 164). Entretanto, o próprio autor entende que a classificação como litígio transindividual de difusão global não é aplicável apenas para comunidades, pois, mesmo em direitos transindividuais pertencentes a minorias com

peculiaridade do titular do direito lesado cria a tendência de que se trate de litígio de conflituosidade média¹⁸⁹: por um lado, há uma forte coesão e vínculo entre os membros da comunidade, “o que lhe atribui a mesma perspectiva em relação ao litígio, e um certo fator de homogeneidade em relação ao resultado do processo” (VITORELLI, 2016, p. 94); por outro lado, o simples pertencimento à comunidade não assegura unanimidade, pois “esses grupos também têm dissidências internas, das quais resultam maiorias e minorias”, isto é, dentro dos grupos há subgrupos¹⁹⁰.

O terceiro tipo de litígios transindividuais é o de difusão irradiada, isto é, conflitos decorrentes de uma lesão que atinge os interesses de um grande número de pessoas, espalhadas por diversos grupos, comunidades e segmentos sociais – diferentemente dos litígios transindividuais de difusão local, que atinge indivíduos integrantes da mesma comunidade. Por não comporem a mesma comunidade, os indivíduos são afetados de maneiras diferentes, possuem interesses e perspectivas diferentes sobre o litígio¹⁹¹. Essa característica acarreta a alta conflituosidade, bem como a alta complexidade dos litígios transindividuais de difusão irradiada. Em conclusão,

Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão têm interesses marcadamente variados e antagônicos quanto a seu resultado. (...) O litígio não é de difusão global, porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não existe identidade de perspectivas entre

“perspectiva social compartilhada por seus integrantes, mesmo que seu vínculo seja mais tênue” – como é o caso das mulheres, das minorias raciais e de orientação sexual –, bem como os pertencentes a trabalhadores, com “certa identidade de reivindicações, e um peculiar modo de ver a relação laboral” (VITORELLI, 2016, p. 95-96), pode-se constatar uma consciência própria do grupo, que atrai a referida classificação. De qualquer maneira, o conceito de “comunidade” adotado por Vitorelli em muito se aproxima da concepção de Michael Walzer sobre as associações involuntárias, decorrentes de identidade étnica, cultural, familiar, social etc., que não advém de uma escolha voluntária do indivíduo.

¹⁸⁸ Segundo Vitorelli (2016, p. 93), “as lesões a direitos transindividuais que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos transindividuais lesados. Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque ‘todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado’”.

¹⁸⁹ Diz-se que a conflituosidade é média porque se diferencia dos litígios transindividuais de difusão global – onde há tendência à unanimidade ou divergências pequenas (conflituosidade baixa) –, bem como dos litígios transindividuais de difusão irradiada – que, como será exposto, não têm a coerência interna e identidade entre os titulares (conflituosidade alta).

¹⁹⁰ O autor menciona o caso dos índios Sioux, nos Estados Unidos, mas também as possibilidades de dissenso entre grupos como minorias raciais e de orientação sexual, pois “entre seus membros, possa haver divergências sobre como lidar com a violação e qual o melhor resultado esperado” (VITORELLI, 2016, p. 95).

¹⁹¹ “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas” (VITORELLI, 2016, p. 97).

os envolvidos. Eles são pessoas com perspectivas sociais variadas em relação ao litígio. (VITORELLI, 2016, p. 99).

Como mencionado anteriormente, a tipologia proposta por Vitorelli pretende promover o devido processo legal coletivo, sobretudo no que diz respeito à participação e representatividade dos titulares do direito material no processo. À luz do formalismo-valorativo, pode-se afirmar que se objetiva, com ela, um processo coletivo justo, tempestivo e adequado. Portanto,

A tipologia apresentada, ao se basear nas características concretas do litígio, não na tentativa de classificação abstrata dos direitos, tem potencial para embasar a revisão dos demais institutos do processo coletivo, **de modo especial, os limites da atividade representativa do legitimado e sua relação com os interesses, as vontades e as perspectivas dos ausentes, titulares dos direitos materiais, que serão obrigados a conviver com a decisão.** É preciso buscar um conceito de devido processo legal coletivo que tenha como foco a obtenção de tutelas adequadas não da perspectiva da análise abstrata do caso, mas **das pessoas que estão concretamente envolvidas no litígio e sofrerão, por vezes, de modo drástico, os efeitos da decisão em suas vidas.** (VITORELLI, 2016, p. 107, grifos nossos).

O processo é instrumento de exercício de poder e, num Estado Democrático Constitucional, este poder deve ser exercido também de maneira democrática, permitindo aos indivíduos e grupos a efetiva participação, o que se coaduna à concepção de processo como procedimento animado pelo contraditório, e este último marcado pelo direito de influência. Na perspectiva republicana, deve-se ampliar a possibilidade de exercer voz de contestação para rechaçar qualquer forma de dominação, motivo pelo qual se sustenta o Poder Judiciário como instituição que deve ser aberta à participação da esfera pública, e o processo deve ser o instrumento para tanto. Deve haver, portanto, um vínculo forte entre as pessoas envolvidas no litígio e a possibilidade de sua participação efetiva no processo.

Interessante, ainda, notar outro embaraço na efetiva participação dos envolvidos no processo coletivo, tendo em vista que os processos coletivos são marcados pela legitimidade extraordinária¹⁹², ou seja, “autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é

¹⁹² De acordo com Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 189-193), existem três posicionamentos acerca da natureza da legitimação *ad causam* nas ações coletivas. Já se sustentou a legitimação ordinária da associação civil para defender seus próprios interesses institucionais, tese esta que é anterior à Lei de Ação Civil Pública, com amplo rol de legitimação, e que perdeu sentido após esta lei. Há divergência atual acerca de a legitimação *ad causam* ser extraordinária ou uma nova forma de legitimação *ad causam*, denominada “legitimação autônoma para a condução do processo”. Na doutrina atual, pode-se citar Fernando da Fonseca Gajardoni (2016, p. 146-151) como defensor da legitimação autônoma para condução do processo, ou meramente uma “legitimação coletiva”, sustentando que a classificação entre ordinária e extraordinária advém do processo individual e manter essa classificação impede o avanço do direito processual coletivo, tornando o processo coletivo “refém do individualismo”. No mesmo sentido, Elton Venturi (2007, p. 212-219) afirma que “não parece mesmo adequado estabelecer-se um puro e simples paralelo entre a legitimação *ad causam* tradicional e a prevista no modelo das ações coletivas”, asseverando que se trata de um paradigma oriundo do processo civil individual, tornando essa leitura “desfocada e descontextualizada” para o processo coletivo. Nas palavras do autor (VENTURI, 2007, p. 215), “Trata-se de uma legitimação que não pode ser propriamente qualificada nem como *ordinária*, nem como *extraordinária*, mas simplesmente como *autônoma*, exprimindo-se com tal locução uma ampla liberdade,

titular um grupo ou uma coletividade” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 191). Em outros termos, “a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo” (ROQUE, 2017, p. 157).

Na medida em que há um substituto processual, isto é, um ente que representa o grupo titular do direito material no processo, é imprescindível que ele tenha condições de ser fiel porta-voz¹⁹³ do grupo representado ao longo de todo o processo. Numa perspectiva constitucionalizada e democrática de processo centrado no contraditório, a representação adequada implica a “a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida” (COSTA, 2010, p. 627-628). A noção de representatividade adequada, portanto, se liga à aptidão de, no diálogo processual, o representante ser capaz de apresentar fielmente os interesses, direitos, argumentos e opiniões do grupo representado. Disso resulta a necessidade de controle *in concreto* da representatividade adequada da legitimidade coletiva¹⁹⁴. Este controle deve ser feito em três etapas¹⁹⁵: em primeiro lugar, se verifica se autor coletivo está abstratamente consagrado no

derivada *ex lege*, seja para a propositura da demanda, independentemente de autorizações pessoalmente concedidas pelo integrantes do corpo social envolvido, seja para sua condução em juízo, inclusive mediante a viabilidade de celebrar acordos aptos à solução da lide supra-individual”. Essa dissertação, contudo, adere às lições de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 189-193), no sentido de que é desnecessário e equivocado criar uma terceira categoria, na medida em que a legitimidade extraordinária explica de maneira clara a atuação do representante no processo, com a observação de que não é necessário que o substituto processual demonstre interesse próprio na ação, bastando a demonstração do interesse do grupo.

¹⁹³ “Quando se fala de ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo” (GIDI, 2002, p. 61-62).

¹⁹⁴ O controle jurisdicional da legitimação coletiva ou da sua adequação é tema de grande controvérsia doutrinária. Existem autores que sustentam que a legitimação coletiva é *ope legis* e opera com presunção absoluta, de maneira que, segundo esses autores, bastaria conferir se o autor da ação coletiva está no rol legal e taxativo dos legitimados. “Para esta doutrina, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de quem seriam “representantes adequados”, não cabendo ao magistrado essa avaliação. A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, *ope legis*” (DIDIER JR., 2005, p. 96, grifos do autor). Em tom de crítica, Antonio Gidi (2002, p. 62) expõe que “De acordo com a posição dominante no Brasil, não há *controle judicial* da adequação do representante nas ações coletivas. Essa era a posição, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover e também de Pedro Dinamarco. Nelson Nery Junior e Arruda Alvim vão além e dizem que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante. Portanto, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do CDC (ou art. 5º da LACP), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo. Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo”. Entretanto, esta não parece ser o posicionamento correto, sob pena de fracassar o projeto de processo coletivo justo e adequado, por flagrante violação ao devido processo legal coletivo e ao contraditório. Por isso, outra parcela da doutrina aponta não só a possibilidade, mas a necessidade de se realizar controle jurisdicional da representatividade adequada, decorrente da “aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva” (DIDIER JR., 2005, p. 97).

¹⁹⁵ Interessante notar que Didier Jr. (2005) sustentava o controle bifásico da legitimação coletiva e da

ordenamento jurídico como legitimado para a ação coletiva; em segundo lugar, analisa-se concretamente a adequação deste legitimado¹⁹⁶; em terceiro lugar, deve-se manter permanente vigilância da atuação do legitimado, a fim de constatar se há a adequada condução do processo pelo legitimado (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 211-212).

Desta forma, em litígios marcados pela alta conflituosidade e complexidade, isto é, pela presença de titulares de direitos transindividuais com posições, interesses e perspectivas diversas e talvez antagônicas, para que o processo não seja instrumento de dominação, estes titulares devem participar efetivamente do processo, podendo expor, cada um, seus pontos de vista, interesses e argumentos, isto é, exercer voz de contestação perante o Judiciário.

Assim, nos litígios transindividuais de difusão global, onde há baixa conflituosidade e baixa complexidade, em razão do pequeno interesse específico de algum indivíduo ou grupo, a discussão da legitimidade para ajuizamento da ação coletiva e tutela do bem jurídico coletivo não é de grande relevância, por despertar poucos problemas¹⁹⁷. Por exemplo, em caso de vazamento de óleo no meio do oceano, sem nenhum lesado específico, não há prejuízo ao devido processo legal coletivo e ao contraditório se uma ação coletiva para tutela do meio ambiente for ajuizada pelo Ministério Público ou por uma associação de defesa do meio ambiente. Nestes casos, segue-se a sugestão de Edilson Vitorelli Diniz Lima (2015, p. 533-534) no sentido de, na definição do legitimado coletivo adequado, conferir primazia a instituições que, em tese, não são parciais, como é o caso do Ministério Público, atribuindo a este ente a obrigação de dialogar com a sociedade, sem prejuízo de outras formas de potencialização do contraditório, no curso do processo, tais como a intervenção de *amici curiae*, bem como o ingresso de litisconsortes.

representação adequada, sendo a primeira etapa a verificação da autorização legislativa e a segunda, o controle *in concreto* da adequação da legitimidade. Em lição atualizada, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 211-212, grifos dos autores) sustentam o controle trifásico acima demonstrado, afirmando que “a doutrina brasileira ocupou-se bem das duas primeiras etapas; ainda não se debruçou demoradamente sobre a terceira, que por ora se apresenta como a nova fronteira de investigação desse aspecto fundamental do devido processo coletivo”.

¹⁹⁶ “Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem o representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo esta adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo” (DIDIER JR., 2005, p. 97). No mesmo sentido, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 201).

¹⁹⁷ “Nos litígios *globais*, a análise da representatividade é menos problemática. Neste tipo de litígio, há, de regra, a quase ausência de subgrupos ou interesses conflitantes. O grupo é definido a partir de um interesse comum e bem indeterminado: a proteção do meio-ambiente, da concorrência etc. A identificação do legitimado adequado é mais fácil, limitando-se, basicamente, à análise da pertinência entre o tema discutido e a atuação do legitimado” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 208).

Todavia, quando se trata de lesões que afetam direta e especificamente a indivíduos e grupos, dada a diversidade de posicionamentos, não se pode conduzir o processo sem a efetiva participação dos envolvidos, sobretudo porque os efeitos materiais da decisão judicial serão por eles suportados – e isto ocorrer sem a possibilidade de contestação configura uma dominação, nos termos do republicanismo.

Por isso, no caso de litígios transindividuais de difusão local, a higidez do devido processo legal perpassa a identificação e eventual controle do legitimado adequado, mas também a participação dos demais envolvidos. Segundo lecionam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 91), a identificação do legitimado adequado é fácil, posto que há a tendência de ser um “ente da própria sociedade civil”, tais como sindicatos ou associações, embora também seja possível admitir a legitimidade de órgãos públicos, por conta de alguma situação de vulnerabilidade dos grupos – como, por exemplo, o Ministério Público do Trabalho, em razão da vulnerabilidade do trabalhador, ou a FUNAI ou o Ministério Público Federal, em situações envolvendo índios e quilombolas, respectivamente.

A maior dificuldade reside nos litígios transindividuais de difusão irradiada, em razão da alta complexidade e conflituosidade. Nestas situações, a tendência é admitir um ente público como legitimado adequado, tendo em vista sua suposta imparcialidade, pois, caso se admitisse, por exemplo, um sindicato ou associação de um dentre os vários grupos atingidos, a condução do processo seria potencialmente tendenciosa aos interesses desse grupo, em detrimento de todos os demais (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 93). No entanto, o magistrado deve assegurar que os demais envolvidos participem do processo, quer na condição de assistente litisconsorcial (colegitimação ativa) ou na qualidade de *amici curiae* (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 93).

Conforme se expõe ao longo dessa dissertação, existe a necessidade, para fins de observância do contraditório e do devido processo legal, que aqueles que suportarão os efeitos da decisão tenham a oportunidade de participar do processo, sobretudo no sentido de manifestar seus interesses, pontos de vista e opiniões a fim de influenciar o desenvolvimento e conclusão do processo, de maneira que eventual decisão advinda sem esta possibilidade de manifestação dos envolvidos configura dominação. Para tanto, defende-se uma concepção inclusiva do processo, franqueando à esfera pública envolvida o acesso à instituição Judiciário.

Em plena sintonia a este entendimento, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 89-94) defendem¹⁹⁸ que, sem prejuízo do reconhecimento de um órgão público como legitimado adequado, deve haver a inclusão dos grupos afetados no diálogo processual, por intermédio da realização de audiências públicas ou da sua intervenção na qualidade de *amici curiae*. Portanto, ao lado de um legitimado adequado, que possui deveres perante o grupo – sobretudo no que diz respeito a ser porta-voz do grupo –, deve-se conferir aos demais grupos a possibilidade de manifestar voz e exercer influência no processo.

Outrossim, nas demandas caracterizadas pela alta conflituosidade, é importante observar, ao lado da atribuição da legitimação adequada a um órgão supostamente imparcial, a possibilidade de participação de grupos diversos e variados, de maneira a ampliar e enriquecer o diálogo processual. No equacionamento da participação (contraditório) e celeridade processual, deve-se potencializar que pontos de vista, opiniões e argumentos diferentes ecoem no processo. Desta maneira, impede-se que os grupos privilegiados com a participação no processo exerçam influência e obtenham provimentos em detrimento de grupos que não puderam se manifestar no processo, o que certamente configura a dominação de um grupo sobre outro.

A partir destas considerações, muitas observações podem ser feitas nos processos coletivos decorrentes do Caso Samarco – como é o caso da análise do indeferimento de intervenção de algumas associações de moradores, na qualidade de *amici curiae*, no processo do IRDR nº 040/2016 da Turma de Unificação do Colegiado Recursal do Espírito Santo, que será feita em tópico seguinte. Por conta da multiplicidade de possibilidades de análise, delimita-se que aqui será analisado o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) referente ao caso Samarco, especialmente no que diz respeito à sua não homologação.

¹⁹⁸ A rigor, a defesa dos autores está localizada em tópico referente aos litígios coletivos de difusão local, nos seguintes termos: “Os legitimados em lei poderão ter a adequada legitimação reconhecida, mas durante o procedimento o juiz e o Ministério Público, quando não for o autor, deverão fiscalizar a sua atuação para garantir a manutenção da tutela adequada, inclusive com a participação dos grupos diretamente afetados por audiências públicas e através da intervenção *amicus curiae*” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 91). Entretanto, não se constata prejuízo em admitir este pensamento aos litígios transindividuais de difusão global e de difusão irradiada, contanto que não haja comprometimento da celeridade processual, afinal, a tutela jurisdicional pretendida, além de justa e adequada, também deve ser tempestiva. Portanto, há a árdua missão de balancear a participação e a celeridade. Parece ser este o pensamento dos referidos autores, quando afirmam: “(...) o órgão julgador deverá garantir a participação no processo, seja como colegitimado (assistente litisconsorcial), seja como *amicus curiae*, de antes que possam defender as variadas perspectivas do conflito. A devida participação (contraditório) no processo coletivo, aqui, é o mais delicado e difícil problema a ser resolvido. Isso porque a ampliação da participação pode, em alguma medida, implicar severas dificuldades à duração razoável do processo coletivo e, conseqüente, à efetividade da tutela coletiva. Assim, a maior representatividade possível, no processo, das diversas perspectivas sobre o conflito deve ser garantida *ceteris paribus*, ou seja, na medida em que não comprometa gravemente a efetividade da tutela coletiva” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 93, grifos dos autores).

Importante observar que toda a exposição acerca da necessidade de representatividade adequada para se configurar a legitimidade coletiva, bem como da possibilidade de controle judicial da adequação permanece válida no que diz respeito aos ajustamentos de conduta, existindo para o magistrado o dever de controle tanto da legitimidade adequada, quanto do mérito (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 328, 339-341).

Assim, apesar de o art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)¹⁹⁹ se referir apenas a “órgãos públicos legitimados” – o que exclui entes privados que possam ter legitimidade *ad causam*, como associações e sindicatos – celebrarem compromisso de ajustamento de conduta com eficácia de título executivo extrajudicial, tal dispositivo não exclui a possibilidade de, no curso de uma demanda coletiva, os litigantes, com a adequada representatividade, submeterem à apreciação do magistrado uma transação, com a finalidade de extinguir o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, “b”, do Código de Processo Civil. Nestes casos de transação judicial, a legitimidade é maior do que a celebração de compromisso extrajudicial de ajustamento de conduta, limitada aos órgãos públicos, e se submete às mesmas exigências de representatividade adequada, para fins de configuração de legitimidade *ad causam* (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 327-328).

O Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) celebrado no Caso Samarco consigna, desde sua parte introdutória, o objetivo de extinguir a Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400, que tramita perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, bem como qualquer outra Ação Civil Pública ou ação de outra natureza, presente ou futura, que seja conexa²⁰⁰.

¹⁹⁹ Art. 5º, § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

²⁰⁰ Convém trazer algumas considerações que precedem as cláusulas do referido TTAC: “(...) **CONSIDERANDO** o ajuizamento de Ação Civil Pública em face da SAMARCO e dos ACIONISTAS, registrado sob o nº 0069758-61.2015.4.01.3400, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, por meio do qual se pretende a recuperação, mitigação, remediação, compensação e reparação, inclusive indenização, dos impactos socioambientais e socioeconômicos causados pelo EVENTO; **CONSIDERANDO** que as partes, por meio de transação que será exaustiva em relação ao EVENTO e seus efeitos, pretendem colocar fim a esta ACP e a outras ações, com objeto contido ou conexo a esta ACP, em curso ou que venham a ser propostas por quaisquer agentes legitimados; **CONSIDERANDO** que o presente Acordo poderá ser utilizado para os devidos fins de direito e ser apresentado nos autos das ações judiciais que tenham por objeto qualquer obrigação decorrente do EVENTO e prevista neste Acordo, com a finalidade de buscar a resolução ou reunião de ações ajuizadas. **CONSIDERANDO** que os COMPROMITENTES manifestar-se-ão nos autos das ações judiciais listadas no ANEXO e demais ações coletivas que venham a ser propostas relativas ao EVENTO, desde que tenham objeto abrangido pelo presente ACORDO, para fazer prevalecer as cláusulas e obrigações presentes neste ACORDO (...)”. O capítulo sétimo do acordo, referente às cláusulas finais e regras transitórias, dispõe expressamente que a homologação do acordo extingue as ações presentes e futuras que tenham objeto conexo à Ação Coletiva em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, bem como que o acordo será apresentado em qualquer outra ação judicial acerca do mesmo evento.

Ocorre que, no âmbito do Conflito de Competência nº 144.922/MG, em curso no Superior Tribunal de Justiça, houve o deferimento de liminar, designando, a título provisório, o juízo federal da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, para decidir sobre questões urgentes e, apesar disso, o TTAC foi apresentado para homologação perante o Núcleo Central de Conciliação, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em detrimento da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, razão pela qual o Ministério Público Federal ajuizou a Reclamação nº 31.935/MG, perante o Superior Tribunal de Justiça, para garantir a autoridade da decisão por ele proferida, nos termos do art. 988, II, do Código de Processo Civil.

No curso da Reclamação nº 31.935/MG, foi proferida decisão liminar suspendendo a eficácia da homologação do TTAC pelo Núcleo Central de Conciliação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No bojo da fundamentação da referida liminar, confere-se o seguinte excerto, de relevância para a temática aqui desenvolvida:

Deveras, mesmo que não haja dúvidas a respeito da impossibilidade de o referido acordo limitar o acesso à Justiça dos indivíduos que se sentirem prejudicados com o rompimento da barragem do Fundão, o fato é que ainda **devem ser respaldadas outras demandas de natureza igualmente coletivas, as quais repercutem sobre a esfera de direitos de entes federativos e entidades civis que sequer tiveram a oportunidade de participar das tratativas para a autocomposição do litígio, a exemplo dos Municípios atingidos e associações representantes dos interesses envolvidos na causa.** (...) Enfatize-se, por seu turno, que há cominações no sentido de que o Estado de Minas Gerais e o do Espírito Santo indicarão representantes dos municípios para integrar o citado comitê interfederativo. No entanto, repita-se, **não há indicativo de que qualquer município atingido tenha participado das negociações em comento**, não obstante as obrigações que foram atribuídas a esses entes da federação no âmbito da referida avença. Nesse mesmo passo, **também não está demonstrada a inclusão de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, o que indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencionado do litígio, justamente entre aqueles atores locais mais próximos e, portanto, mais sensíveis aos efeitos da referida tragédia.** Ademais, diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, **seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos, a exemplo das autoridades municipais.** (grifos nossos)

Esta decisão, que negou a homologação do TTAC devido à ausência de participação de outros envolvidos no dano, está em plena conformidade com a teoria aqui adotada, no sentido de que a maximização da participação dos destinatários da tutela, com a possibilidade de exposição de argumentos, pontos de vista e interesses, é imprescindível para alcançar o ideal de não-dominação. Nesta toada, a esfera pública vitimada pelo evento danoso tem de poder manifestar sua voz de contestação, seja judicial ou extrajudicialmente.

Por isso mesmo, ao negar a homologação sob o fundamento de que não houve a efetiva participação de outros envolvidos, o Superior Tribunal de Justiça ampliou o contraditório, de maneira a incluir a esfera pública pertinente. A homologação do TTAC sem a efetiva participação da esfera pública que suportaria os efeitos do acordo consistiria numa dominação, isto é, numa interferência arbitrária – sem a ponderação dos interesses, pontos de vista, argumentos dos destinatários – na vida das comunidades afetadas, que não puderam participar das negociações e diálogos acerca do interesse comum surgido a partir do dano.

Neste sentido, o acerto do Superior Tribunal de Justiça não diz respeito tão-somente a negar a homologação, mas também em recomendar “o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia”, mediante a realização de audiências públicas e inserção de indivíduos e grupos no diálogo.

Observa-se, com isso, que a representatividade adequada, especialmente nos litígios de difusão irradiada, não se satisfaz com a participação de um ou alguns poucos legitimados. Apesar de ser possível sustentar, por exemplo, que os estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, ou o Ministério Público de um desses estados, tenham legitimidade para celebrar o TTAC, estes entes, isoladamente, não podem ser considerados porta-voz do interesse público, em detrimento da participação direta dos cidadãos e grupos envolvidos. Caso a manifestação das entidades listadas no TTAC se sobrepusesse à participação dos envolvidos, tais entes configurariam verdadeiras associações vorazes, não permitindo a dissidência, oposição e fuga, por parte dos seus membros.

Com isso, afirma-se que a representatividade adequada não está satisfeita quando há apenas um legitimado presente no diálogo, em nome de todo um grupo que é disforme e heterogêneo, senão quando a voz do grupo (e seus subgrupos) está fielmente representada no diálogo, o que pode exigir a participação de mais de um legitimado no diálogo, para representar de maneira mais fiel a conflituosidade existente no interior do grupo. Desta forma, é necessária a participação conjunta de vários legitimados, especialmente daqueles mais próximos da esfera pública envolvida, para que as vozes dos subgrupos estejam representadas. Sem prejuízo da participação dos estados e do Ministério Público, a representatividade adequada requer a atuação da sociedade civil organizada, das associações de moradores e outras associações, da realização de audiências públicas, enfim, maximização do contraditório com o ingresso dos que serão afetados pelas medidas entabuladas²⁰¹.

²⁰¹ Não parece ser diferente o entendimento de Edilson Vitorelli, quando afirma que “(...) em um litígio irradiado, há necessidade de se considerar seriamente a distribuição da representação para mais de um agente”

Portanto, a decisão liminar proferida na Reclamação nº 31.935/MG é um exemplo de feliz sintonia entre a dogmática jurídica, a atividade jurisdicional e a doutrina republicana, posto que, ainda que indireta ou inconscientemente, o ideal de não-dominação restou resguardado pelo Superior Tribunal de Justiça, em prol dos ideais democráticos de participação, sob o manto do devido processo coletivo e do contraditório.

Conclui-se que o devido processo legal coletivo exige adaptação procedimental para a tutela coletiva integral, adequada, efetiva e justa. Para tanto, o procedimento deve, necessariamente, maximizar o contraditório, isto é, potencializar a participação daqueles que serão diretamente afetados pelos efeitos materiais das decisões, permitindo que estes possam influenciar o desenvolvimento e conclusão do processo. Desta forma, o contraditório restará assegurado na medida em que se franquear à esfera pública o acesso ao diálogo processual, mediante representantes adequados, que sejam capazes de fazer ecoar a voz de contestação dos grupos no processo. Nesta toada, em litígios transindividuais marcados pela alta conflituosidade, torna-se necessária a possibilidade de manifestação de voz dos grupos e subgrupos envolvidos, o que, por sua vez, pode requerer a presença de vários legitimados coletivos, para caracterizar a representatividade como adequada. Com isso, o processo exerce papel de instrumento de contestação, e deixa de ser, por si só, elemento de dominação, na medida em que as decisões são pautadas em diálogos e deliberações racionais, com ampla participação dos grupos que serão afetados pelas decisões.

4.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO E PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES: O INDEFERIMENTO DO INGRESSO DOS *AMICI CURIAE* NO IRDR 040/2016

Em razão da falta de abastecimento de água num período entre 5 e 7 dias, decorrente do rompimento da barragem em Mariana-MG, uma quantidade muito elevada de ações foi ajuizada perante os Juizados Especiais Cíveis do norte do estado do Espírito Santo, sendo que desses processos advieram decisões judiciais disformes²⁰². Diante deste cenário, o juiz

(LIMA, 2015, p. 584-585). Portanto, a representatividade adequada, nestes litígios, não pode ser satisfeita por um único agente representando uma multiplicidade de vozes distintas de um grupo disforme; a adequação da representatividade diz respeito à voz do grupo, em sua variedade, estar devidamente representada no processo e ecoar no diálogo, de maneira a exigir vários agentes como porta-vozes dos subgrupos.

²⁰² Como mencionado anteriormente, o formalismo-valorativo vê as formalidades processuais como garantias para a concretização de valores constitucionais, refutando a forma como finalidade em si mesma. Desta forma, o processo no Estado Democrático Constitucional deve ter por finalidade concretizar valores constitucionalmente assegurados, e isto está expressamente positivado no art. 1º do Código de Processo Civil de 2015. Constata-se no referido código a grande preocupação com o valor “isonomia” (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), de

presidente da Turma Recursal – Região Norte encaminhou ofício ao desembargador presidente da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais do Estado do Espírito Santo, solicitando a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, com a finalidade de fixar a tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos, solicitando, ainda, o sobrestamento das ações em curso que versem sobre indenização por danos morais advindos do evento citado. Atendendo ao referido pedido, foi instaurado o IRDR nº 040/2016 perante o Colégio Recursal dos Juizados Especiais, com o sobrestamento dos processos e recursos sobre a matéria exposta.

O Ministério Público do Espírito Santo foi intimado para se manifestar em relação ao incidente instaurado e, em seu parecer, manifestou que a lide diz respeito a direitos e interesses exclusivamente particulares, não havendo motivos, a seu ver, de intervir no feito.

Outro acontecimento processual que merece destaque²⁰³ é que, no curso do referido IRDR, a Associação de Moradores do Bairro Ayrton Senna, a Associação de Moradores do Bairro Colatina Velha, Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo e a OAB requereram suas admissões no processo, na qualidade de *amici curiae*, o que foi indeferido, tendo em vista que o magistrado entendeu pela desnecessidade de intervenção, considerando não haver repercussão geral na matéria discutida e que as entidades em questão não possuem aptidão para contribuir na decisão judicial.

Não se pode esquecer que, no Brasil, a tutela das situações jurídicas coletivas é garantida por dois tipos diversos de instrumento: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 97)²⁰⁴⁻²⁰⁵, gênero do qual faz parte o

maneira que indivíduos em posições jurídicas semelhantes devem receber tutela semelhante; a mesma racionalidade deve ser aplicada a situações iguais. A adoção de um modelo de precedentes judiciais formalmente vinculantes tem por finalidade, dentre outras, a promoção do princípio da isonomia, assegurando a aplicação da mesma *ratio decidendi* a processos que versem sobre situações semelhantes, impedindo, com isso, que pessoas em situações iguais recebam tutelas diferentes.

²⁰³ Existem vários aspectos polêmicos no curso do IRDR 040/2016 em comento, a começar da própria competência dos Juizados Especiais Cíveis de processar e julgar Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas. No próprio em análise, houve ajuizamento de Reclamação perante o Tribunal de Justiça do Espírito Santo - TJES, alegando que há usurpação de competência do TJES pela Turma de Unificação de Jurisprudência do Juizado Especial, no sentido de apenas o TJES poder julgar IRDR, o que foi negado pelo TJES. Entretanto, ainda foi protocolado o Pedido de Providências nº 002624-56.2017.2.00.0000, perante o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o qual proferiu decisão liminar reconhecendo a incompetência absoluta de Turma de Uniformização dos Juizados Especiais para julgamento de IRDR, IAC e Reclamações. Contudo, tais aspectos escapam do escopo do presente trabalho, razão pela qual o foco será posto sobre o indeferimento do ingresso de *amicus curiae*, conforme descrito, sem adentrar na viabilidade de formação de precedentes perante os Juizados Especiais.

²⁰⁴ “Ambos os instrumentos podem ser considerados ‘processos coletivos’ (...), pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva – titularizada por grupo/coletividade/comunidade” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 97). A respeito do julgamento de casos repetitivos como “processo coletivo”, “(...) a repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge,

incidente de resolução de demandas repetitivas. Por isso, aqui se sustenta que a necessidade de representatividade adequada – no sentido de a voz de contestação do grupo ecoar no processo – também é exigida nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, e pode ser suprida pela intervenção de *amicus curiae*, o que atende a diversos princípios, conforme explica Violin (2016, p. 276):

Também os princípios regentes do processo coletivo fundamentaram a participação do *amicus curiae*. Dada sua aspiração democrática, o processo coletivo se abre à participação social na tomada de decisão judicial. A partir dessa ideia, Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno elencam o princípio do máximo benefício social como um dos fundamentos principiológicos que autorizam a participação do *amicus curiae*. Lembram também o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional efetiva, segundo o qual todos os instrumentos necessários e eficazes devem (não apenas podem) ser utilizados para viabilizar a tutela coletiva. O princípio do acesso à justiça e à ordem jurídica justa, de ordem constitucional, também fundamenta a abertura do processo ao *amicus curiae*, na medida em que veicula o primado da democracia participativa. Por fim, o princípio da participação pelo processo e no processo, segundo o qual as pessoas potencialmente atingidas pela decisão coletiva devem poder contribuir para a construção da solução do conflito.

Conforme já exposto no item 3.4 desta dissertação, o Código de Processo Civil é fortemente influenciado pela doutrina do formalismo-valorativo, de maneira a valorizar o contraditório, a participação, o diálogo e os debates no processo, numa perspectiva verdadeiramente democrática do fenômeno processual. Para tanto, o Código dispõe de vários mecanismos para enriquecimento e pluralidade nos debates, como é o caso da realização de audiências públicas e o ingresso de *amicus curiae*²⁰⁶, especialmente quando há repercussão social ou coletiva da matéria discutida no processo, para além das partes formais do processo.

O ingresso de *amici curiae*, portanto, tem por finalidade enriquecer o debate, mormente quando há diversidade de posicionamentos e alta conflituosidade, e, com isso, munir o julgador de subsídios, informações, argumentos, interesses, perspectivas²⁰⁷. No caso

assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 98).

²⁰⁵ Em sentido contrário, Marcelo Abelha Rodrigues entende que há, de um lado, técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI) – ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos –, e, de outro, técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC), como a repercussão geral, os recursos especiais repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Na visão do autor, há um “estrangulamento” da “verdadeira tutela coletiva dos direitos” pelas técnicas individuais de repercussão coletiva (RODRIGUES, 2016, p. 623-640).

²⁰⁶ “A possibilidade de participação de um *amicus curiae* contribui sobremaneira para que o processo jurisdicional seja plural, democrático e global. Aliada ao dever de motivação das decisões judiciais, essa novidade tem a potencialidade de incrementar a qualidade das decisões judiciais. No plano coletivo, isso implica um reforço de legitimidade à decisão, pois tanto a profundidade quanto a amplitude do debate serão incrementados. Há a efetiva possibilidade de o grupo participar diretamente da construção da decisão, exercendo seu direito de reação e influência de maneira mais próxima – quando não, de maneira pessoal” (VIOLIN, 2016, p. 283).

²⁰⁷ “Isso significa que, em princípio, o *amicus curiae* poderá trazer ao processo dados, prognósticos, informações, argumentos jurídicos, teses científicas, pontos de vista, relatos de experiência, provas, análises de

em comento, isto é, no IRDR nº 040/2016, existem dois aspectos que conferem ainda mais importância ao ingresso dos *amici curiae*.

Em primeiro lugar, trata-se de julgamento de Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, o que, por força do art. 927, III do Código de Processo Civil, forma um precedente normativo formalmente vinculante. Na medida em que os precedentes formados são enunciados que compõem o ordenamento jurídico, existe maior necessidade de participação na sua formação e futura revisão e cancelamento, em observância ao princípio democrático. Não é à toa, portanto, que, a par da disposição geral sobre *amicus curiae* (art. 138, CPC/2015), o Código dispôs expressamente sobre a realização de audiências públicas e participação de *amicus* no julgamento de incidentes (art. 983, CPC/2015²⁰⁸). Conforme lecionam Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer (2016, p. 610-611),

O art. 983 do novo Código é um dos dispositivos mais importantes para assegurar a constitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Este dispositivo trata da participação democrática na formação da tese jurídica debatida nas demandas repetitivas. Trata, em suma, do contraditório como direito de influência para a formação da decisão judicial. Nos julgamentos proferidos a partir de um “modelo” que representa a controvérsia jurídica, como no incidente, o que ocorre é a definição de uma tese generalizável e aplicável a todos os demais casos que repitam a questão debatida. A importância da ampla participação dos interessados nestes mecanismos decorre, então, do fato de sofrerem diretamente os efeitos daquela decisão, que terá força vinculante (conforme arts. 927, III, 988, IV, CPC). (...) O contraditório é preservado, nesta modalidade processual, pela conjugação de três fatores: a) pela escolha mais plural possível dos processos que irão formar o “modelo” no incidente, para representarem a controvérsia do modo mais amplo e completo possível; b) pela ampla participação dos potencialmente afetados pela decisão proferida no incidente, ou seja, os sujeitos parciais dos processos em que se discuta a mesma questão de direito; c) pela manifestação de órgãos, entidades e pessoas na condição de *amicus curiae* (art. 138 do CPC).

Em segundo lugar, as demandas referentes à indenização por danos morais oriundas da falta de abastecimento de água num período entre 5 e 7 dias, objeto do IRDR nº 040/2016, são classificadas, seguindo a tipologia proposta por Vitorelli, como litígios transindividuais de difusão irradiada, caracterizadas pela alta conflituosidade, isto é, pela existência de posicionamentos diversificados e conflitantes, posto que cada indivíduo ou grupo suportou o dano em intensidade diferente. Por conta disso, conforme exposto no item 4.1, a necessidade

direito comparado e quaisquer outros elementos que possam influenciar a convicção do julgador e, por conseqüência, o resultado do processo. Tudo isso poderá ser feito por via escrita ou por meio de sustentação oral, nos procedimentos que a admitem” (VIOLIN, 2016, p. 276). Inegável, portanto, o enriquecimento dos debates mediante a admissão de *amicus curiae*.

²⁰⁸ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

de participação dos envolvidos no dano é ainda maior, por exigência do devido processo legal coletivo e do contraditório, especialmente para se evitar que o processo se torne, em si mesmo, uma fonte de dominação.

Portanto, embora não se trate de uma ação coletiva, o incidente de resolução de demandas repetitivas em comento se insere no contexto de tutela coletiva, posto que existe um grupo de pessoas que foram vítimas de um mesmo evento danoso e, portanto, possuem situação jurídica semelhante. Para a prestação da tutela justa, efetiva e adequada que se almeja, é imprescindível a observância do contraditório, conferindo à esfera pública atingida o acesso ao diálogo processual, com potencialidade de influir no desenvolvimento e conclusão (julgamento) do processo.

Ao denegar o ingresso das entidades mencionadas ao IRDR, na qualidade de *amici curiae*, vários preceitos do Estado Democrático Constitucional e do processo com este compatível foram violados.

Em primeiro lugar, ao se sustentar a existência do direito fundamental ao processo, defende-se a participação processual, por si só, como o exercício de um direito fundamental: para que os direitos do grupo lesado sejam devidamente respeitados e reparados, é necessária sua participação no procedimento de reparação, no caso, no IRDR em comento, de maneira que a falha procedimental concernente à ausência de participação já representa, por si só, lesão a direito fundamental, conforme explica Canotilho:

A relevância da participação no procedimento leva mesmo alguns autores a considerar o procedimento como o “local do exercício da liberdade”. O raciocínio será este: se, por vezes, se considera existir lesão dos direitos fundamentais não só quando há resultados lesivos, mas também quando existe “vício” ou “falha” no procedimento, então é porque a “participação no procedimento” comporta já uma “posição de direitos fundamentais originária”. (...) Também aqui se pode falar de *pré-efeito* do procedimento: a garantia dos direitos fundamentais obriga a uma participação no procedimento como “condição prévia” da sua realização. A participação no procedimento representará já o exercício de direitos fundamentais (*Freiheit durch Verfahrensbeteiligung*). (CANOTILHO, 1990, p. 173, grifos do autor).

Portanto, a própria participação no procedimento deve ser entendida como o exercício de um direito fundamental, sobretudo na perspectiva republicana sustentada, que não admite qualquer forma de dominação, isto é, de interferência arbitrária, sem a possibilidade de manifestação de perspectivas, interesses e opiniões daquele que suportará os efeitos da decisão²⁰⁹.

²⁰⁹ Não significa, contudo, que a participação, por si só, confira legitimidade ao resultado do processo, afinal, independentemente da participação, existe um direito objetivo a ser tutelado. Não se sustenta a “legitimação pelo

Em segundo lugar, por se tratar de uma tutela coletiva, o diálogo processual não pode se restringir às partes formais do incidente. A própria redação do art. 983, *caput*, do Código de Processo Civil é clara ao afirmar que o “relator ouvirá as partes e os demais interessados”. De maneira indireta, pode-se afirmar que se trata, novamente, da adequada representação em tutela coletiva: a parte formal do processo, por si só, pode não ser capaz de ser porta-voz de todo o grupo envolvido, sobretudo nos litígios de difusão irradiada, com alta conflituosidade, motivo pelo qual o relator tem o dever de ouvir também os demais interessados. O contraditório, no processo coletivo, somente se completa se no diálogo processual ecoarem as vozes de todos os que serão afetados pela decisão, de maneira a exigir, eventualmente, a presença de mais de um legitimado, para que haja a verdadeira adequação na representatividade do grupo no processo.

Em terceiro lugar, o incidente de resolução de demandas repetitivas em questão tem por finalidade precípua delimitar se a ausência de abastecimento de água no período de 5 a 7 dias acarreta dano moral e, caso positivo, delimitar o *quantum* devido, bem como fixar o entendimento sobre a prescindibilidade da comprovação mediante apresentação de conta de água. Não se pode esquecer que a responsabilidade civil é regida pelo princípio da reparação integral do dano. Neste sentido, o art. 944, *caput* do Código Civil dispõe que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Assim, a extensão do dano somente é apurável, para fins de fixação do *quantum* indenizatório, se houver a participação daquele que suportou o dano, principalmente quando se trata de dano moral, que não pode ser aferido de maneira objetiva. Portanto, a valoração do *quantum* indenizatório requer, necessariamente, que aqueles que suportaram o dano estejam presentes no diálogo, para poderem influir na decisão, mediante a exposição das suas opiniões, das experiências vivenciadas, das agruras sofridas, dos pontos de vista que possuem em relação ao ocorrido. Caso contrário, o processo será uma forma de

procedimento”, isto é, não se pode aceitar que todo e qualquer resultado do processo seja válido meramente devido à participação processual dos envolvidos, afinal, existe um direito a ser tutelado. Por outro lado, a delimitação e mesmo a interpretação deste direito requer a participação dos envolvidos. Há, portanto, a dupla exigência: participação dos envolvidos e tutela dos direitos, ou seja, a legitimidade da decisão exige tanto a tutela dos direitos, quanto a participação dos envolvidos, e não apenas um destes aspectos. Neste sentido: “É certo que a legitimidade da decisão não decorre apenas da participação no processo pelo substituto processual, mas também da *efetiva* tutela dos direitos. Essa é a característica mais marcante de um Estado Democrático Constitucional, os direitos são limites e vínculos aos poderes sociais (incluído o mercado) e do Estado. Há sim um direito a ser tutelado independentemente do interesse dos grupos envolvidos e este direito tem caráter público. A sintonia entre a qualidade da representação judicial e a necessidade de efetivação dos direitos coletivos é missão difícil, mas indispensável à concretização do devido processo legal coletivo” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p.211).

dominação, “legitimando” uma indenização que seja destoante do dano suportado, sem permitir que a vítima do dano possa expor seus argumentos e pontos de vista.

Por conta desses elementos, o indeferimento do ingresso das associações de moradores, na qualidade de *amicus curiae*, consiste em violação ao devido processo legal coletivo, na medida em que impede a adequada representação dos interesses da coletividade no processo, afinal, como mencionado, em litígios de alta conflituosidade é imperiosa a participação de vários legitimados, para que sejam porta-vozes dos diversos interesses e pontos de vista em jogo. Ao restringir o diálogo processual às partes formais do processo, negando o acesso de outros interessados, a esfera pública pertinente não restou representada, o que viola o princípio democrático que rege o Estado Constitucional e o processo.

Além disso, o indeferimento viola o contraditório que caracteriza o processo, posto que há a necessidade de que aqueles que suportarão os efeitos materiais da decisão tenham a possibilidade de participar do diálogo, exercer influência sobre o desenvolvimento e conclusão do processo. Desta forma, na medida em que a dano afetou de maneira direta, mas distinta, os moradores de cada bairro, é necessária a participação de um legitimado para representar cada um desses bairros que se organizou e mostrou interesse²¹⁰ em exercer a voz de contestação.

Se qualquer grupo vítima do evento danoso se organizou e pretendeu exercer voz de contestação no processo, a fim de poder expor seus interesses, argumentos, opiniões e pontos de vista, o indeferimento consiste em dominação, impedindo a participação, negando acesso à justiça e ao direito fundamental ao processo.

Na medida em que a participação (contraditório) é um requisito para a legitimidade do procedimento, mas não é o único – pois há direitos a serem tutelados, os quais têm natureza pública, e independem do interesse dos grupos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 211) –, o Ministério Público adotou posicionamento equivocado ao manifestar desinteresse na demanda, sob o argumento de que o processo versava apenas sobre interesses exclusivos dos litigantes.

Como mencionado, a formação de um precedente está inserida na tutela jurisdicional coletiva, isto é, embora não se trate de ação coletiva, tem por finalidade tutelar direitos ou interesses pertencentes a um grupo, comunidade, coletividade etc. Com base nisso, já é possível constatar que a demanda não se cinge aos interesses exclusivos dos litigantes, posto

²¹⁰ Importante observar que a participação não consiste numa obrigação, ou num ônus, mas de uma faculdade, disponível àqueles que pretender exercer a voz de contestação.

que o precedente (ou melhor, sua *ratio decidendi*) criado no IRDR será aplicado a uma infinidade de processos pendentes e futuros. Outrossim, como também relatado anteriormente, a formação de um precedente consiste na criação de um enunciado normativo que integra o ordenamento jurídico e, portanto, a ampla participação nos debates é necessária para fins de democratização. Por força disto, é equivocado o posicionamento ministerial, no sentido de não intervir no feito, dada sua incumbência constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal).

No mesmo sentido, a Defensoria Pública tem por missão constitucional a defesa de direitos individuais e coletivos aos necessitados, “como expressão e instrumento do regime democrático” (art. 134, *caput*, da Constituição Federal). Por conta disto, para que os necessitados possam canalizar sua voz de contestação até o processo, a Defensoria Pública deve ser aceita no IRDR, na qualidade de *amicus curiae*. O indeferimento de sua participação pode representar a dominação de grande parcela do grupo de atingidos pelo evento danoso, que, por motivos financeiros, são excluídos do diálogo processual, não podendo, portanto, manifestar sua voz de contestação, seus interesses, argumentos e pontos de vista, a fim de, sob o manto do contraditório, exercer influência no processo.

Não diferente, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social” (art. 44, I, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – Lei 8.906/94). Assim, ainda que haja algum interesse corporativo da classe de advogados no ingresso na ação, seus argumentos e posicionamentos podem enriquecer o debate judicial.

Portanto, à luz de tudo o que foi exposto, o indeferimento do ingresso das entidades na qualidade de *amici curiae* impede a participação da esfera pública na formação do precedente, o que consiste numa violação ao princípio democrático que norteia toda a atuação estatal, inclusive no processo. Além disso, enfraquece o contraditório, na medida em que restringe injustificadamente o diálogo processual às partes formais do processo, sendo que um espectro muito maior de indivíduos e grupos será afetado pelos efeitos materiais da decisão. O indeferimento, por conseguinte, reflete um posicionamento autoritário, de processo assimétrico, assentado sobremaneira nos poderes do Estado-juiz em detrimento do diálogo democrático no ambiente processual, como se o magistrado fosse o porta-voz da sociedade, o

que se afasta da ideologia do formalismo-valorativo defendida nesta dissertação, ganhando, com isso, contornos de dominação.

4.3 O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS E A ESFERA PÚBLICA NO PROCESSO: BREVE ANÁLISE DO JULGAMENTO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 144.922 MG / STJ

A tutela jurisdicional coletiva é norteada por diversos princípios fundamentais²¹¹, dentre os quais o princípio da competência adequada se revela como um dos mais importantes e sensíveis (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 111 e 131; FREIRE JR., 2005, p.72).

Uma vez que a jurisdição é una e se exerce em todo o território nacional, torna-se necessário “distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição” (DIDIER JR., 2015, p. 197-198). Disto resulta a corriqueira afirmação de que “a competência é a medida de jurisdição” (FREIRE JR., 2005, p. 72). Entretanto, num olhar mais detido e apurado sobre o tema, Vincenzi (2002, p. 266) aponta a relação entre jurisdição e competência, com uma advertência sobre o simplismo da conceituação de competência como mera medida de jurisdição:

Observe-se primeiramente que a jurisdição é a função suprema, o termo geral, a qual é indistintamente atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional. Por outro lado, específica e concretamente, a competência é o exercício da função jurisdicional por determinados órgãos. Mais do que medida da jurisdição, a competência é regra para o seu exercício ordenado em todo território nacional.

No magistério de Vincenzi (2002, p. 266) se encontra conceituação mais precisa de competência²¹²:

A competência, na verdade, é forma de organizar a prestação jurisdicional por meio dos seus diversos órgãos unitários e colegiados, de primeiro e de segundo grau e, ainda, entre os tribunais de superposição. Destarte, diante do grande número de conflitos e, conseqüentemente, em vista do aumento do número de consumidores da tutela jurisdicional se fez necessária a estruturação e limitação do exercício da função jurisdicional.

²¹¹ Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 103-129) elencam os seguintes princípios: a) devido processo legal coletivo; b) primazia do conhecimento do mérito; c) indisponibilidade da demanda coletiva; d) postulado hermenêutico do microsistema (diálogo de fontes); e) reparação integral do dano; f) não taxatividade e atipicidade da ação e do processo coletivo; g) predominância dos aspectos inquisitoriais; h) primazia da decisão de mérito coletiva sobre a decisão de mérito individual.

²¹² Também merece atenção a definição apresentada por Didier Jr. (2005, p. 197-198): “A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição, a ‘quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos’”.

Esta organização (distribuição entre órgãos) da atividade jurisdicional, como estabelece o artigo 44 do Código de Processo Civil, é determinada pela Constituição Federal, pelo próprio Código de Processo Civil ou por legislação especial, bem como por normas da organização judiciária e Constituições estaduais. Também não se pode desprezar a possibilidade de celebração de um negócio processual, como é o caso da eleição de foro permitida pelo art. 63 do Código de Processo Civil.

Na seara das ações coletivas, ante a ausência de disposições gerais no Código de Processo Civil e a inexistência de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, a determinação da competência está espalhada na legislação especial, tais como o art. 2º da Lei 7.347/1985 (LACP – Lei de Ação Civil Pública), art. 209 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 80 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), art. 5º da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), bem como o art. 93 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que formam o já mencionado microssistema de processo coletivo²¹³.

Pertinente ao presente trabalho é a análise da competência para processamento e julgamento das ações civis públicas, cuja regra-matriz está positivada no art. 2º, *caput* da Lei de Ação Civil Pública, nos seguintes termos:

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

A redação deste artigo é alvo de críticas contundentes da doutrina, na medida em que fica nítida a confusão realizada pelo legislador entre “competência territorial” e “competência funcional”. A regra no processo civil é que a competência territorial é relativa, enquanto a

²¹³ O ordenamento jurídico não possui um código de processo coletivo, entretanto, diversas leis se integram para formar um “microssistema da tutela coletiva”, com “regras e princípios próprios e integrados, cuja compreensão e aplicação devem ser feitas em permanente diálogo” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 118). O diálogo se mostra nítido ao observar complementaridade entre o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor (“Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições) e o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública (“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”). Nas palavras de André Roque (2016, p. 172-173), “a concepção de um Direito Processual Coletivo autônomo levou a doutrina a sustentar a existência de um microssistema legislativo de ações coletivas, estruturado basicamente na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Embora não se tenha alcançado ainda um sistema verdadeiro, as duas leis se complementam e se inter-relacionam: a Lei 8.078/1990, ao regular a defesa coletiva dos consumidores, previu em seu art. 117 autorização para que suas disposições fossem aplicadas aos direitos tutelados na Lei 7.347/1985, acrescentando-lhe um dispositivo (art. 21) nesse sentido. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor se abriu também para as normas contidas na Lei de Ação Civil pública, ao permitir, em seu art. 83, todas as espécies de ações capazes de promover a adequada e efetiva tutela dos interesses dos consumidores, bem como ao estabelecer, de forma expressa, a aplicação subsidiária das disposições da Lei 7.347/1985 (art. 90). O microssistema das ações coletivas originado da relação de interdependência entre o CDC e a Lei de Ação Civil Pública é complementado ainda por várias disposições esparsas (...)”, dentre as quais o autor cita o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa, o Estatuto do Idoso e a Lei do Mandado de Segurança.

competência funcional é absoluta; por conta da importância da tutela coletiva, o legislador²¹⁴ optou por conferir competência absoluta ao juízo do local do dano, entretanto, o fez de maneira equivocada, designando como “competência funcional” uma competência que é territorial.

Noutros termos, a intenção do legislador era conferir certeza de que a competência do foro do local do dano seria absoluta, em razão do interesse público envolvido no julgamento das ações coletivas, e, para tanto, se valeu da expressão “competência funcional”²¹⁵. Sobre a confusão entre competência funcional e territorial, com a finalidade de assegurar competência absoluta, confira-se o magistério de Vincenzi (2002, p. 273-274):

Eis o exemplo da Lei da Ação Civil Pública, na qual o legislador evidentemente tutela de maneira diferenciada os conflitos de interesse coletivo. Portanto, o legislador ao definir a competência na ação civil pública utiliza o critério territorial simples. Contudo, em vista da excepcionalidade do direito objeto do processo, a Lei diz ser funcional a competência. Ocorre que, no caso, estamos diante de competência territorial absoluta em razão do direito a ser tutelado no processo. Os direitos coletivos, por sua relevância para o Estado, têm procedimento diferenciado e, desta forma, a competência para o julgamento é especial e previamente estabelecida, a qual, apesar de ser definida por meio do critério territorial, gera para a defesa da ordem pública espécie de competência absoluta. Pretender que a competência na hipótese do art. 2.º da Lei 7.347/1985 seja funcional é distorcer o conceito de competência funcional a fim de adequá-la a uma realidade que já não pode prevalecer. A tutela eficaz pelo Estado dos direitos de massa impõe a sua relevância para o sistema, possibilitando a flexibilização de conceitos anteriormente delineados para a tutela de interesses estritamente individuais, oportunidade em que, por certo, se respeitava em maior grau a autonomia da vontade privada, o que hoje em dia não mais prevalece. Assim, a competência aqui é territorial mas absoluta, em vista do direito tutelado, mesclando-se os critérios territorial e material para a definição da competência.

Portanto, a competência para processamento e julgamento de ações civis públicas é uma situação excepcional de competência territorial absoluta, sendo atécnico dizê-la “funcional” apenas para conferir-lhe contornos absolutos.

²¹⁴ A Exposição de Motivos DAL nº 0047, de 04 de fevereiro de 1985, referente ao projeto de lei nº 4.984/1985, que deu origem à Lei de Ação Civil Pública, e que foi publicada na página 88 do Diário do Congresso Nacional no dia 05 de março de 1985, evidencia a opção legislativa de se valer da expressão “competência funcional” para assegurar que a competência seja absoluta: “Estipula o anteprojeto que as causas serão aforadas no lugar onde o dano se verificou ou onde deverá verificar-se. Deu-se à competência a natureza absoluta, já que funcional, a fim de não permitir a eleição de foro ou a sua derrogação pela não apresentação de exceção declinatória. Este critério convém ao interesse público existente naquelas causas” (BRASIL, 1985, p. 88).

²¹⁵ Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 134, grifo dos autores) a intenção da lei, ao utilizar a expressão “competência funcional” era deixar livre de dúvidas de que se tratava de uma competência absoluta, apesar de, em verdade, ser um caso de competência territorial absoluta. Nos termos dos autores: “Do texto, surge a seguinte conclusão: competência territorial para a ação civil pública é absoluta. A lei qualifica a competência do foro do local do dano como *funcional*, exatamente para que não pare dúvida sobre a natureza de ordem pública dessa regra”. De maneira objetiva, Freire Jr. (2005, p. 72) afirma: “Ora, o critério adotado, ou seja, o local do dano é critério territorial, não podemos tratá-lo, portanto, como se critério funcional fosse, simplesmente porque o legislador equivocou-se ao chamar de funcional o que efetivamente é territorial”.

Superada a questão e fixado que o art. 2º da Lei de Ação Civil Pública confere competência territorial absoluta para o foro do local do dano, é preciso destacar que esta lei “não cuida das situações em que o dano é nacional ou regional” (DIDIER JR e ZANETI JR, 2017, p. 136), o que, em razão do postulado hermenêutico do microsistema, atrai a aplicação do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

O dispositivo acima, contudo, acaba por despertar outras divergências interpretativas, na fixação da competência territorial para julgamento das ações civis públicas, especialmente no que diz respeito a delimitar o que são danos de âmbito nacional e regional. Seguindo os questionamentos apresentados por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p.136-145), várias indagações podem ser feitas, como, por exemplo: i) somente se trata de dano nacional quando afeta, simultaneamente, todo o país? Então, se o dano ocorrer em mais da metade dos estados, não será dano nacional? ii) o que configura o dano regional? É o dano que abrange mais de um estado ou o dano que abrange todos os estados de uma determinada região (Norte, Nordeste, Sudeste, Centro-oeste e sul)? O dano que abarca a pluralidade de comarcas no mesmo estado é dano regional?

Em relação aos danos de âmbito nacional, duas interpretações se mostraram cabíveis. A primeira, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, sustenta a competência exclusiva do foro do Distrito Federal²¹⁶.

A segunda interpretação afirma que, nos danos de âmbito nacional, há competência concorrente dos foros de qualquer capital de estado e do Distrito Federal, sendo este o entendimento abraçado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica no julgamento do Conflito de Competência 26.842-DF:

COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada

²¹⁶ “Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a amplitude da defesa e o devido processo legal” (GRINOVER, 2011, p. 147).

na Defesa do Consumidor de Vitória/ES. (CC 26.842/DF, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2001, DJ 05/08/2002, p. 194)

Não é muito distinta a controvérsia acerca da competência quando se trata de danos regionais: embora não se cogite uma competência exclusiva do Distrito Federal, questiona-se se a competência concorrente seria entre os foros de todas as capitais de Estado e o Distrito Federal. Mais uma vez, recorre-se aos exemplos fornecidos por Didier Jr. e Zaneti Jr., para problematizar a questão:

Veja o caso de um dano que ocorra na Região da Estrada Real, que envolve Bahia e Minas. Seria um dano nacional? Pode-se argumentar que sim, pois atinge pedaço significativo do território nacional, envolvendo cidades em dois Estados. Qual seria, então, o foro competente para processar e julgar uma ação coletiva que tivesse por objetivo o tombamento de imóveis nessa região? Se se entendesse como dano nacional, qualquer capital do país? Amapá? Porto Velho? Se se entendesse como dano regional, qualquer capital dos Estados envolvidos? Belo Horizonte? Salvador? (...) Outro exemplo. Um problema que ocorra em Juazeiro e Petrolina certamente atingirá outras cidades da região. Será considerado um dano regional? Se sim, Recife ou Salvador seriam os foros competentes? O que essas cidades têm a ver com os problemas daquela região? Por que não um dos juízos das comarcas envolvidas ser considerado o juízo competente? (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 140-141).

A celeuma que envolve a fixação da competência territorial para julgamento das ações civis somente pode ser resolvida mediante uma interpretação comprometida com o princípio da competência adequada. A existência de normas de competência não pode ser óbice ao desenvolvimento de um processo coletivo que preste uma tutela jurisdicional adequada, no sentido de distanciar o julgador do objeto da demanda, tampouco daqueles que estão envolvidos nos fatos e serão diretamente atingidos pela sentença. Por conta disso,

A análise das regras existentes no Direito brasileiro tem de passar pelo *filtro* do princípio da competência adequada (corolário dos princípios do devido processo legal e da adequação). Não é possível aplicar as regras legais de competência sem fazer o juízo de ponderação a partir do exame das peculiaridades do caso concreto. A natureza da tutela jurisdicional coletiva exige uma interpretação mais flexível das regras de competência (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 131).

Na linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho, ficou assentado o critério da não-dominância como ideal maior da república. Esta não-dominância não é assegurada pela efetiva e diuturna participação do cidadão e dos grupos, mas na possibilidade de exercer voz de contestação nas instituições republicanas, como insurgência contra qualquer ato de dominação.

Por conta disso, a esfera pública é inclusiva, dialógica e deliberativa, permitindo-se aos indivíduos e grupos exercerem voz de contestação contra a dominação. Na perspectiva aqui assumida, o Poder Judiciário se apresenta como instituição republicana, e a ele deve ser

franqueado o acesso da esfera pública, isto é, o Poder Judiciário é fórum de contestação, diálogo e deliberação da esfera pública.

Diante destas premissas, não há como concordar com a lição de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que, sempre que houver um dano de âmbito nacional, a competência será, necessariamente, do foro do Distrito Federal. Na medida em que o processo é democrático e deve ser pautado na participação, a atribuição de competência *a priori* ao foro do Distrito Federal pode impedir ou dificultar desnecessariamente o acesso e participação da esfera pública envolvida no dano, isto é, de quem sofreu o dano. Tal entendimento consiste em uma afronta ao contraditório, na medida em que impossibilita que aqueles que sofreram o dano tenham influência sobre os rumos do processo, inclusive para fins de expor argumentos, produzir provas etc. Além disto, conferir, em contornos definitivos, a atribuição ao foro do Distrito Federal nas demandas sobre danos nacionais transforma o processo em instrumento de dominação, na medida em que aqueles que sofreram os danos estarão prejudicados de expor seus argumentos, pontos de vista e interesses na demanda.

Desta maneira, a aplicação do princípio da competência adequada deve pretender, sob o manto do contraditório, levar ao Judiciário a esfera pública envolvida no evento danoso, o que, evidentemente, deve ser analisado caso a caso. Por isso mesmo, também não pode ser o foro de “qualquer capital de estado” indistintamente competente para o julgamento²¹⁷, senão aquele foro que melhor possibilitar a representatividade da esfera pública em juízo, isto é, o foro competente adequado deverá ter por critério que a voz de contestação da esfera pública envolvida no evento danoso efetivamente possa se manifestar, dialogar e exercer influência no processo.

Portanto, do ponto de vista do republicanismo e da maximização da contestabilidade, há razão em se sustentar o controle da competência adequada, que deve ser feito casuisticamente, ao cotejar as circunstâncias concretas do caso (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 139). Como consequência, também se vislumbra o poder-dever de o magistrado aplicar a regra da *Kompetenzkompetenz*²¹⁸, para fins de autocontrole de competência, quando não se reputar como o foro adequado para processar e julgar a ação coletiva.

²¹⁷ “A regra de que qualquer capital é competente para as ações que envolvam danos ou ilícitos nacionais é apenas um ponto de partida. É preciso controlar a competência adequada, e isso somente pode ser feito *in concreto*, após análise das circunstâncias do fato” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 139)

²¹⁸ “De acordo com a regra da *Kompetenzkompetenz*, todo juízo tem competência para julgar a sua própria competência. O juiz é, sempre, o juiz da sua competência. Assim, para todo órgão jurisdicional há sempre uma competência mínima (podemos chamá-la de atômica): a competência para o controle da própria competência. Por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, ele sempre terá competência para decidir se é ou não

Igual raciocínio deve ser feito no caso das ações coletivas relativas a danos de âmbito regional: em que pese o dispositivo (art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor) estabelecer a competência do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, “apenas as capitais dos Estados atingidos poderiam ser consideradas competentes, com a exclusão, por incompetência, de todas as demais” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 144). Portanto, peremptoriamente, “os Estados-Membros não atingidos, assim como o Distrito Federal, se não atingido pelo dano, não podem ser adequados para fins de julgar o lítio coletivo” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 145).

Ainda que mediante um entendimento que aparenta ser *contra legem*, também é possível questionar se o juízo competente obrigatoriamente deve ser o de uma capital de estado, em detrimento dos juízos das comarcas onde ocorreu o dano. Tal situação certamente viola o contraditório, na medida em que impede a participação e o exercício do direito de influência daqueles que suportaram o dano. Com isso, a esfera pública fica alijada de dialogar no processo, em razão de um juízo distante (tanto física, quanto figurativamente) dos fatos.

Por isso, para que haja respeito ao efetivo contraditório e se desenvolva o processo verdadeiramente democrático, com o exercício de voz de contestação da esfera pública envolvida no evento danoso, reforça-se a defesa do princípio da competência adequada, com a finalidade de afastar o foro da capital do estados, quando este, em concreto, não se mostrar o mais apto e adequado para a participação da esfera pública²¹⁹.

Não se pode desconsiderar que existem eventos danosos que acarretam mais de uma forma de litígio, isto é, do mesmo evento decorrem litígios globais e locais, de maneira que a composição da esfera pública em juízo se dificulta, dadas as características de conflituosidade e complexidade divergentes entre cada tipo de conflito²²⁰. Por conta disso, para atender o requisito de efetivo contraditório, com participação da esfera pública envolvida, permitindo a

competente” (DIDIER JR., 2015, p. 200).

²¹⁹ A doutrina jurídica não é insensível a este entendimento: “Mais uma vez aparece a importância de aplicar-se o princípio da competência adequada, devendo prestigiar-se ao máximo o juízo de uma das comarcas envolvidas na situação. A regra geral para a definição da competência, muito embora não seja absoluta, prevê sempre o local do dano ou ilícito como juízos preponderantes. Isso porque a definição do juízo tem direta relação com a instrução probatória, com a proximidade do juiz dos fatos ocorridos, com a publicidade da ação e a possibilidade de participação das partes, adequada notificação e conhecimento do grupo afetado etc.; a competência do local do dano/ilícito contribui, portanto, para a correção material da decisão” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 141).

²²⁰ “Os litígios de difusão irradiada, justamente pela sua alta litigiosidade, costumam envolver discussão sobre situações jurídicas e grupos diversos. Assim, este tipo de litígio poderá levar à combinação de outros tipos de litígio. Com a difusão irradiada do impacto haverá, muitas vezes, em um mesmo processo, situações jurídicas que digam respeito a litígios globais ou locais, além da difusão irradiada. Nesses casos, a fragmentação da tutela jurisdicional poderá ser recomendável para atender ao devido processo legal referente a cada espécie de litígio” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 94)

sua participação no diálogo processual, a doutrina apresenta a solução de fragmentar a tutela jurisdicional, separando processos em que haja litígio de difusão local dos processos acerca de litígio de difusão irradiada (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 94-96).

Esta solução é plenamente compatível com o propósito deste trabalho, no sentido de defender a ampliação da participação da esfera pública no processo. Para que este propósito seja alcançado, é importante que os litígios de difusão local sejam separados dos litígios de difusão irradiada, inclusive para fins de delimitação da competência adequada para julgamento, permitindo que as peculiaridades de cada demanda sejam discutidas em âmbito próprio, mediante um procedimento adequado a estas peculiaridades, com a participação da esfera pública pertinente.

Retomando as ações coletivas acerca do desastre em Mariana-MG, a Samarco Mineração S/A acionou o Superior Tribunal de Justiça para se manifestar acerca de um conflito positivo de competência entre a 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares e a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares, tendo em vista que, em cada um desses juízos, foi ajuizada uma ação coletiva, ambas com a finalidade, em suma, de distribuição de água aos municípios afetados. O Ministério Público Federal, por sua vez, requereu a declaração da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, como foro competente para o julgamento de ações concernentes ao fornecimento de água para as cidades afetadas.

Diante deste cenário, o Superior Tribunal de Justiça julgou procedente o conflito de competência. Embora a ementa do julgado seja extensa, é necessário transcrevê-la:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AFORADAS NO JUÍZO ESTADUAL E NA JUSTIÇA FEDERAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA/MG. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. DANOS SOCIOAMBIENTAIS. RIO DOCE. BEM PÚBLICO PERTENCENTE À UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SITUAÇÃO DE MULTICONFLITUOSIDADE. IMPACTOS REGIONAIS E NACIONAL. CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS OBJETO DO CONFLITO E OUTRAS QUE TRAMITAM NA 12ª VARA FEDERAL DE BELO HORIZONTE/MG. PREVENÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA ESTABELECIDA NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Conflito de competência suscitado pela empresa Samarco Mineração S.A. em decorrência da tramitação de ações civis públicas aforadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, com o objetivo de determinar a distribuição de água mineral à população valadarense, em virtude da poluição do Rio Doce ocasionada com o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL DE GOVERNADOR VALADARES/MG. 2. Conexão entre as ações civis públicas objeto do presente conflito, uma vez que em ambas se pretende suprir a população valadarense com a distribuição de água potável, além de determinar o monitoramento da água do Rio Doce na localidade. 3. Existentes decisões conflitantes relativas à mesma causa de

pedir e mesmo pedido, já proferidas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, mostra-se imperioso o julgamento conjunto das ações, para que se obtenha uniformidade e coerência na prestação jurisdicional, corolário da segurança jurídica. Precedentes. 4. A competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, sendo pois de caráter absoluto. 5. Nos termos da Súmula 150/STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas". 6. Interesse da União na causa, na medida em que toda a questão perpassa pela degradação de bem público federal, qual seja, o Rio Doce, e suas consequências sociais e ambientais, além de que o acidente decorreu da exploração de atividade minerária, cuja outorga cabe à União. 7. A Justiça Federal é, pois, competente para conhecer e julgar demandas relacionadas aos impactos ambientais ocorridos e aos que ainda venham a ocorrer sobre o ecossistema do Rio Doce, sua foz e sobre a área costeira. 8. Reconhecida a competência da Justiça Federal para o processamento das ações civis públicas referidas no presente conflito, cabe definir o foro competente para o seu julgamento. FORO COMPETENTE (BELO HORIZONTE). 9. A problemática trazida nos autos deve ser analisada à luz do microsistema do processo coletivo, notadamente no que diz respeito à tutela de interesses difusos e metaindividuais, decorrentes todos eles de um único evento, qual seja, o desastre ambiental consistente no rompimento da barragem de Fundão, no dia 5 de novembro de 2015, ocorrido na unidade industrial de Germano, entre os distritos de Mariana e Ouro Preto (cerca de 100 km de Belo Horizonte). 10. Nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85, o legislador atrelou dois critérios fixadores ou determinativos de competência, sendo o primeiro o local do fato - que conduz à chamada competência "relativa", prorrogável, porque fundada no critério território, estabelecida, geralmente, em função do interesse das partes; o outro - competência funcional - que leva à competência "absoluta", improrrogável e inderrogável, porque firmada em razões de ordem pública, em que se prioriza a higidez do próprio processo. 11. A questão que se coloca como premente na hipótese, decorrente da tutela dos interesses difusos, caracterizados pela indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto, é como se dará a fixação do foro competente quando o dano vai além de uma circunscrição judiciária. Outra resposta não há, senão pela prevenção. 12. Muito embora o conflito positivo de competência aqui erigido tenha se instaurado entre o Juízo estadual e o Juízo federal de Governador Valadares, há outras questões mais amplas a serem consideradas para que se possa definir, com a maior precisão possível, o foro federal em que devem ser julgadas as ações em comento. 13. Existente ação civil pública com escopo mais amplo (danos ambientais *strito sensu* e danos pessoais e patrimoniais), já em curso na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte-MG, na qual o Ministério Público Federal se habilitou, inclusive, como litisconsorte ativo (Processo n. 60017-58.2015.4.01.3800). Além dessa, tramitam na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte-MG a Ação Popular n. 0060441-03.2015.04.01.3800 e a Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, sendo partes nesta última a União Federal e outros em face da Samarco Mineração S.A. e outros. 14. Na Ação Civil Pública n. 0069758-61.2014.4.01.3400, observa-se que entre os pedidos formulados na inicial está a garantia de fornecimento de água à população dos Municípios que estão com abastecimento de água interrompido em função do rompimento da barragem, além da garantia de fornecimento de água para dessedentação dos animais nas áreas dos Municípios atingidos pelo rompimento das barragens. 15. Mostra-se caracterizada a relação de pertinência entre as ações civis públicas manejadas em Governador Valadares/MG, com vistas ao abastecimento de água potável à população local, com essa outra ação civil (n. 0069758-61.2014.4.01.3400) que tramita na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, cujo objeto é mais abrangente, englobando as primeiras, pois busca a garantia de fornecimento de água potável à população de todos os Municípios que tiveram o abastecimento interrompido em função da poluição do Rio Doce com a lama advinda do rompimento da barragem de Fundão. 16. Termo de transação e de ajustamento de conduta firmado entre a União, Samarco e outros, expressamente prevendo que as divergências de interpretação decorrentes do acordo serão submetidas ao Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. 17. Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui

melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só a reparação ambiental *stricto sensu*, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de mais efetividade, que não corram o risco de ser neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos. EXCEÇÕES À REGRA GERAL. 18. Há que se ressaltar, no entanto, as situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc) ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, as quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível. Em tais situações, o foro de Belo Horizonte não deverá prevalecer, pois significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microsistema da ação civil pública. 19. Saliento que em outras ocasiões esta Corte de Justiça, valendo-se do microsistema do processo coletivo, aplicou a regra específica de prevenção estabelecida na Lei de Ação Civil Pública para definir o foro em que deveriam ser julgadas as ações coletivas. Precedentes. DISPOSITIVO. 20. Conflito de competência a que se julga procedente para ratificar a liminar proferida pela Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência, e determinar a competência definitiva do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para apreciar e julgar a causa, determinando a remessa da Ação Cautelar n. 0395595-67.2015.8.13.0105 e da Ação Civil Pública n. 0426085-72.2015, ambas em tramitação no Juízo de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares/MG, e da Ação Civil Pública n. 9362-43.2015.4.01.3813, em curso no Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG, ficando a critério do Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais a convalidação dos atos até então praticados. (CC 144.922/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 09/08/2016)

Do julgamento deste conflito de competência, comentam-se dois aspectos, sendo o primeiro a declaração de competência do juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no que diz respeito à reparação do dano ambiental, acompanhamento dos níveis de poluição dos rios e provisão de água para os moradores das cidades envolvidas. Quanto a isto, transcreve-se, a seguir, trecho da fundamentação do voto da relatora Desembargadora Diva Malerbi:

Dessas circunstâncias, observa-se que a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais possui melhores condições de dirimir as controvérsias aqui postas, decorrentes do acidente ambiental de Mariana, pois, além de ser a Capital de um dos Estados mais atingidos pela tragédia, já tem sob sua análise processos outros, visando não só à reparação ambiental *strito sensu*, mas também a distribuição de água à população dos Municípios atingidos, entre outras providências, o que lhe propiciará, diante de uma visão macroscópica dos danos ocasionados pelo desastre ambiental do rompimento da barragem de Fundão e do conjunto de imposições judiciais já direcionadas à empresa Samarco, tomar medidas dotadas de melhor efetividade, que não corram o risco de serem neutralizadas por outras decisões judiciais provenientes de juízos distintos, além de contemplar o maior número de atingidos.

A declaração da competência da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, localizada no capital daquele estado, Belo Horizonte, somente se mostra acertada caso se coadune ao entendimento de que as ações civis públicas devem ser processadas e julgadas, necessariamente, na capital de algum dos estados envolvidos no dano – o que foi criticado anteriormente.

O posicionamento aqui adotado é no sentido de que a competência adequada é aquela que maximiza o contraditório, potencializa a participação daqueles envolvidos no evento, de maneira a democratizar o processo, permitindo que a esfera pública esteja em juízo, dialogando e deliberando, sobretudo no exercício de voz de contestação. Neste posicionamento, há preponderância do foro do local do dano sobre o foro de uma capital que não foi diretamente afetada²²¹, pois, naquele, o magistrado tem maior contato com a esfera pública que suportou o dano, tendo mais acesso, portanto, aos seus interesses, pontos de vista e argumentos.

Tendo em vista que o desastre ambiental em Mariana-MG afetou diretamente a população do município de Governador Valadares, mas não a de Belo Horizonte, a fixação da competência deveria levar em consideração a maior facilidade de participação dos envolvidos em Governador Valadares, do que em Belo Horizonte. Sob a ótica do contraditório efetivo²²², não se justifica o processamento desta demanda em Belo Horizonte, se em Governador Valadares também há Vara Federal, com muito mais possibilidade de contato direto com os que sofreram as agruras do desastre. Perfeitamente aplicáveis ao caso as reflexões de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 140), quanto à situação hipotética já narrada, sobre um dano na Região da Estrada Real:

²²¹ Uma vez que o dano ambiental decorrente do rompimento da barragem de Mariana/MG gerou um litígio coletivo de difusão irradiada, nos termos da tipologia proposta por Edilson Vitorelli, convém trazer as lições de Didier Jr. e Zaneti Jr. em hipótese semelhante, tendo em vista que a *ratio* é a mesma: “A competência para processar e julgar ação coletiva que verse sobre esse tipo de conflito deve levar em consideração o local onde estejam as pessoas mais proximamente atingidas pela lesão – o local do epicentro da lesão. Ou seja: no caso da construção da hidrelétrica, em região distante da capital do Estado, não se pode admitir que a ação seja processada na capital, apenas pelo fato de o caso repercutir, de alguma maneira, em todo o Estado” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 93).

²²² É inegável que existem outros fatores que devem ser analisados e que, *a priori*, são boas justificativas para a fixação da competência da Vara Federal em Belo Horizonte, tais como: a) o fato de ser a capital de um Estado muito atingido pelo dano; b) ser o juízo preventivo, uma vez que as primeiras ações coletivas foram ajuizadas lá; c) haver continência, pois os processos em curso naquela vara continham pedidos mais amplos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2017, p. 95). Entretanto, como sustentado anteriormente, a competência adequada não pode ficar adstrita às capitais, de maneira que, no ajuizamento da primeira ação coletiva em Belo Horizonte, o juízo poderia aplicar a regra da *Kompetenzkompetenz* e declinar a competência, remetendo à Vara Federal de Governador Valadares, onde a esfera pública pertinente teria maior acesso. Com isso, os critérios da prevenção e da continência estariam prejudicados.

Muito mais adequada é a competência de um dos juízos das comarcas envolvidas. Os juízos das capitais ficam muito distantes das localidades, teriam dificuldade na produção de provas (inspeção judicial, por exemplo), além de não estarem vinculados à história dos locais (...).

Por conta disto, designar o juízo de Belo Horizonte como competente para o julgamento do dano ambiental consiste em afastar do processo a esfera pública pertinente, os indivíduos e grupos verdadeiramente afetados pelo evento danoso. Trata-se, portanto, de uma dominação, posto que retira ou dificulta o exercício da voz de contestação, restando prejudicada a exposição de interesses, argumentos, pontos de vista da sociedade vitimada pelo desastre. Na medida em que processo é dialógico, a esfera pública prejudicada necessariamente deve participar deste diálogo.

Por outro lado, o segundo aspecto do conflito de competência a ser abordado – consistente em resguardar a competência do foro de residência dos autores ou do dano para processamento e julgamento de questões peculiares, particulares, com “aspectos estritamente humanos e econômicos”, isto é, litígios de difusão irradiada – merece elogios, à luz dos princípios republicanos que norteiam o presente trabalho. A fundamentação do voto da relatora Desembargadora Diva Malerbi é no seguinte sentido:

Há que se ressaltar, no entanto, das considerações realizadas acima, os aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc.), ou mesmo abastecimento de água potável que exija soluções peculiares ou locais, os quais poderão ser objeto de ações individuais ou coletivas, intentadas cada qual no foro de residência dos autores ou do dano. Nesses casos, devem ser levadas em conta as circunstâncias particulares e individualizadas, decorrentes do acidente ambiental, sempre com base na garantia de acesso facilitado ao Poder Judiciário e da tutela mais ampla e irrestrita possível.

Assim, apesar de, no aspecto macro, referente à questão ambiental e provisão de água (litígio de difusão irradiada), o Superior Tribunal de Justiça ter afastado a esfera pública da participação processual, por atribuir a competência ao juízo de Belo Horizonte, no aspecto micro (litígio de difusão local), como as ações de indenização e as peculiaridades locais (como eventual abuso de preços), o Superior Tribunal de Justiça acertou em atribuir a competência para o foro de residência dos autores ou do dano.

Com isso, restou facilitado aos indivíduos e grupos de uma determinada localidade o acesso ao judiciário, a manifestação da sua contestação, com seus interesses, argumentos e pontos de vista, com a instauração de verdadeiro contraditório, no sentido não apenas de informação-reação, mas, sobretudo, de participação, de influência, de debate e diálogo. Respeitou-se, assim, a necessidade de a esfera pública estar presente no Judiciário, enquanto fórum de deliberação.

Portanto, à guisa de conclusão deste tópico, sustenta-se que a determinação da competência para julgamento das ações coletivas deve estar atrelada à efetiva possibilidade de a esfera pública se manifestar no processo, na medida em que este é caracterizado pelo contraditório, marcado pelo direito de influência e participação. Assim, o princípio da competência adequada deve apontar para o foro no qual os envolvidos diretamente na relação jurídica de direito material tenham melhor oportunidade de exercer voz de contestação, manifestar seus interesses, pontos de vista e argumentos. Caso contrário, o juízo não será o adequado, e o processo se tornará instrumento de dominação. De maneira concreta, no julgamento do Conflito de Competência nº 144.922 MG / STJ, o Superior Tribunal de Justiça deveria ter mantido, regra geral, o processo na Vara Federal de Governador Valadares, pelo mesmo motivo que fez o Superior Tribunal Justiça acertar quanto à manutenção da competência dos foros do local do dano ou domicílio do autor de demandas mais específicas e peculiares: a participação efetiva daqueles que suportaram o dano.

CONCLUSÃO

Esta dissertação teve por finalidade uma análise integrada entre a filosofia política, especialmente a advinda do republicanismo de Philip Pettit, e o direito processual, notadamente em adesão à doutrina do formalismo-valorativo. Vislumbra-se a feliz sintonia e complementaridade entre as perspectivas, pois, de um lado, o processo democrático almejado pelo formalismo-valorativo é impulsionado pelo ideal republicano de não-dominação, e, de outro, a democracia contestatória ganha concretude quando reforçada pelo aparato técnico do direito processual propalado pelo formalismo-valorativo.

Ao longo da dissertação, buscou-se adotar um posicionamento bifronte, com a interpenetração do republicanismo com o formalismo-valorativo, de maneira a demonstrar que, adotada a ótica da não-dominação, o processo democrático do formalismo-valorativo é enriquecido, no que diz respeito à participação e ao contraditório, ao passo que a ideologia advinda do formalismo-valorativo, para muito além de uma compatibilidade ideológica abstrata, torna palpável a construção de uma democracia contestatória perante o Poder Judiciário.

Ora, se o formalismo-valorativo pretende a promoção de um processo justo, o ideal de não-dominação se apresenta como referencial adequado, permitindo a interpretação de diversos institutos, sobretudo da extensão do devido processo legal coletivo, do contraditório e da participação processual. Por outro lado, se o republicanismo pretende concretizar o ideal de não-dominação sobretudo mediante recursos de apelação, num modelo contestatório de democracia, o formalismo-valorativo confere concretude a este anseio, ao sustentar o processo como instrumento de participação no exercício do poder.

Para tanto, a análise se iniciou pela exposição do republicanismo de Philip Pettit, em franca oposição à filosofia liberal de Isaiah Berlin. Diferente deste, Pettit sustenta uma teoria da liberdade ancorada na ideia de não-dominação, isto é, ausência de interferência arbitrária, demonstrando, com isso, a riqueza constitucional e sociológica desta concepção, quando comparada à perspectiva liberal de Berlin. A partir desta teoria republicana da liberdade, a não-dominação é elevada a ideal maior, que serve de diretriz e critério para classificação de outros bens políticos, tais como igualdade e justiça, bem como para a construção de um modelo de Estado Democrático, cujo critério de legitimação recai na contestabilidade.

Com base nisto, demonstrou-se que a esfera pública, numa acepção republicana, é formada por indivíduos e grupos – concepção holista-individualista – que compartilham de uma vida pública e estão inseridos num contexto comunicacional acerca de interesses comuns, os quais devem, com exclusividade, ser perseguidos pelo Estado. Tendo por norte o ideal de não-dominação, não se requer do indivíduo e dos grupos a diuturna participação positiva, mediante o exercício da ação (em termos arendtianos), para a construção da liberdade; tampouco se pode esperar que a liberdade e a justiça sejam alcançados mediante a criação de consensos (em termos habermasianos). Em vez disto, sustenta-se a necessidade de a esfera pública possuir a possibilidade de exercício de voz de contestação perante instituições republicanas, que, num ambiente deliberativo, dialógico e racional, constitua a não-dominação. Sustentou-se que o Poder Judiciário se adéqua ao modelo bidimensional de democracia, sobretudo na faceta contestatória, sendo, portanto, instituição republicana, acessível à esfera pública para fins de deliberações e diálogos racionais acerca daquilo que é interesse comum, em oposição à dominação.

A defesa do Poder Judiciário como instituição republicana e democrática é potencializada por elementos advindos do direito positivo e da dogmática jurídica, especialmente se aliada à cultura e ideologia processual advinda do formalismo-valorativo. Esta corrente de pensamento centraliza os estudos do direito processual no processo, em detrimento da jurisdição e da ação, conferindo, portanto, uma visão democrática do fenômeno processual, o que refuta o individualismo exacerbado decorrente do direito processual liberal, ao mesmo tempo em que repele o processo assimétrico, autoritário, assentado na figura do Estado-juiz. Por conta disto, ganha relevo a concepção fazzalariana de processo, que supera a visão formal de “relação jurídica processual”: numa perspectiva democrática e participativa, o processo consiste no procedimento animado pelo contraditório.

Na medida em que o processo diz respeito ao exercício de poder, este exercício deve ser democratizado, com ampliação das formas de participação. Para tanto, o contraditório, no processo do Estado Democrático Constitucional, não pode ser entendido como mera formalidade, sequer como simples bilateralidade de audiência ou direito de informação e reação. Deve-se agregar à composição do contraditório o direito de influência: o direito dos que participam do processo não se limita a formalmente serem ouvidos, mas de ter a possibilidade de exercer influência no desenvolvimento e decisão – o que submete também o magistrado ao contraditório. Por conta disso, numa visão constitucional e democrática de

processo, o contraditório deve ser entendido, além de informação-reação, como direito de influência, além de dever de cooperação.

Ainda foram demonstrados outros dois fatores de direito positivo com grande importância para a concepção do Poder Judiciário como instituição republicana e arena de contestação: i) o amplo acesso à justiça, com cobertura universal, permitindo que assuntos das mais diversas searas sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal; ii) a existência de um direito fundamental ao processo, garantindo organização e procedimentos para a tutela de direitos fundamentais.

Demonstrou-se, outrossim, que o Código de Processo Civil de 2015 reflete diretamente a ideologia do formalismo-valorativo, com a transformação do processo em ambiente de debate, de diálogo e de deliberação. O referido código valoriza o contraditório, por exemplo, ao impedir que sejam proferidas decisões-surpresa (art. 9º), submeter o magistrado ao dever de debate (art. 10) – devendo o magistrado, inclusive, externar este debate na fundamentação da decisão, sob pena de nulidade (art. 489, §1º) –, bem como por possibilitar a ampliação dos participantes do processo, mediante a realização de audiências públicas e do ingresso de *amicus curiae* (art. 138), sobretudo nos procedimentos dos quais pode ser criado, revisado ou cancelado um precedente normativo formalmente vinculante.

Com essa visão participativa e democrática do fenômeno processual, a dissertação dirigiu atenção a três aspectos de suma importância na tutela coletiva, a fim de que o processo não se torne instrumento de dominação: i) representatividade adequada; ii) participação de *amici curiae* na tutela coletiva; e iii) competência adequada. A análise destes aspectos foi feita com base em situações concretas decorrentes do desastre ambiental em Mariana-MG, no que se convencionou denominar de “caso Samarco”.

A representatividade adequada foi analisada com base no julgamento da Reclamação nº 31.935/MG, no Superior Tribunal de Justiça, o qual negou homologação ao Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) elaborado para solucionar o “caso Samarco”. Segundo a linha desta dissertação, a dominação representa violação de liberdade e justiça, de maneira que deve ser objeto de repulsa. Nesta perspectiva, a celebração de Termo de Transação e Ajustamento de Conduta que sequer possibilite a exposição de pontos de vista, argumentos e interesses da esfera pública que será submetida aos efeitos materiais do termo configura uma dominação. Por conta disto, para que os TTAC celebrados não sejam fonte de

dominação, é imperiosa a possibilidade de participação de representantes adequados da esfera pública pertinente. A representatividade adequada consiste na capacidade de um ente legitimado ser fiel porta-voz dos interesses, argumentos e pontos de vista do grupo representado, isto é, ser capaz de canalizar a voz de contestação do grupo. E, quando se trata de litígios coletivos dotados de alta conflituosidade, somente é possível se falar de representatividade adequada se todos os diversos grupos e subgrupos que compõem a alta conflituosidade puderem manifestar sua voz de contestação e exercer influência no diálogo e tomada de decisão. Dito isto, o TTAC celebrado no “caso Samarco” configura verdadeira dominação, eis que vários grupos não tiveram a possibilidade de manifestar seus interesses, pontos de vista e argumentos. Embora haja entes legitimados na celebração do termo, estes entes não são capazes de ser porta-vozes da multiplicidade de argumentos, pontos de vista e interesses. Por conta disto, o Superior Tribunal de Justiça acertou em negar a homologação ao TTAC e, ao fazê-lo, impediu que diversos grupos fossem vítima de dominação. Constata-se, portanto, o enriquecimento recíproco entre o ideal de não-dominação e o devido processo legal coletivo, no que diz respeito ao contraditório e à representatividade adequada.

A participação de *amicus curiae* na tutela coletiva foi analisada a partir do IRDR nº 040/2016, instaurado perante o Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Espírito Santo, o qual tinha por finalidade fixar a tese jurídica a respeito de danos morais decorrentes da falta de abastecimento de água potável num período entre 5 e 7 dias, em razão do desastre em Mariana, tendo em vista a imensa quantidade de ações ajuizadas, com julgamentos multiformes. Esta dissertação defende que o devido processo legal coletivo deve maximizar o contraditório, promover a pluralidade nos debates processuais, especialmente com o ingresso da esfera pública atingida no diálogo. No IRDR em comento, o indeferimento da participação das associações de moradores de bairros afetados pelo evento danoso configura dominação pela via judicial, na medida em que a esfera pública afetada ficou alijada de expor seus interesses, argumentos e pontos de vista, que são primordiais para a averiguação da extensão do dano. Dito isto, sustenta-se que o devido processo legal coletivo exige que a esfera pública esteja presente no diálogo processual, o que ocorre na forma de *amicus curiae*, permitindo que os grupos afetados tenham a possibilidade de exercer voz de contestação, apresentando seus argumentos, pontos de vista e interesses. O indeferimento de participação da esfera pública prejudicada, além de violar o devido processo legal e mitigar o contraditório, torna o processo um instrumento de dominação, e não de combate a este.

O princípio da competência adequada foi analisado a partir do julgamento do Conflito de Competência nº 144.922 MG, no Superior Tribunal de Justiça. Neste julgamento, o STJ fixou uma competência geral do juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para julgar questões de aspecto “macroscópico”, tais como reparação ambiental, distribuição de água à população etc., resguardando, entretanto, uma competência específica nos juízos do foro de residência dos autores ou do dano para “aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia (tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e familiares, combate a abuso de preços etc.)”, nos termos da decisão, promovendo, com isso, o desmembramento das demandas. A presente dissertação sustenta que o devido processo legal coletivo é promovido quando a esfera pública que suporta os efeitos materiais da decisão tem a possibilidade de exercer influência no processo, isto é, tem acesso ao diálogo processual. Para tanto, há a necessidade de fixação da competência de acordo com a maior possibilidade de acesso da esfera pública ao processo. A adequação da competência decorre da possibilidade de acesso e exercício de influência pela esfera pública. Por conta disso, a técnica de desmembramento dos litígios, fixando competências distintas em função do objeto da demanda, é digna de aplauso, na medida em que pode facilitar o acesso da esfera pública, maximizar os debates, permitir o exercício de voz de contestação nos autos do processo. Entretanto, especificamente no “caso Samarco” e no julgado do conflito de competência mencionado, fixar a competência “geral” para o juízo localizado em Belo Horizonte, em detrimento de juízo localizado em Governador Valadares (município atingido de maneira mais direta pelo evento danoso), consiste em desnecessário afastamento da esfera pública do processo. Na medida em que a esfera pública de Governador Valadares foi diretamente afetada pelo desastre, a competência adequada é aquela que facilita o acesso dessa esfera pública ao processo, e deve ter primazia sobre qualquer outro juízo, ainda que se trate de capital de Estado. Por conseguinte, promover o afastamento entre a esfera pública prejudicada e o juízo dificulta o ingresso da esfera pública no diálogo processual, isto é, cria óbice à canalização da voz de contestação, de maneira a também representar dominação.

Portanto, o processo possui qualidades e aparato técnico para ser instrumento de combate à dominação, de insurgência contra injustiças e contra a violação de liberdades. Contudo, para alcançar esse desiderato, o processo não pode ser, por si só, um instrumento de dominação, e isto requer a contestante reinterpretação de seus institutos, sempre com vistas à inclusão da esfera pública, aumento da participação dos que serão afetados pela decisão, mediante sua inserção no diálogo e deliberação processual. O republicanismo e o formalismo-

valorativo devem prosseguir caminho juntos, da mesma maneira que o devido processo legal deve manter estreita ligação com o ideal de não-dominação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 137, ano 31, p. 7-31, jul. 2006.

_____. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, 1998.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 18, n. 71, jul./set. 1993.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In: Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Flavio Rovani. Conformismo e consumismo à luz de Hannah Arendt: na ótica dos elementos totalitários. **Dissertatio**, Pelotas, v. 35, p. 217-245, 2013, também disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/view/8628/5651>>. Acesso em 17 out. 2017.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Estado nacional y democracia. **ARBOR ciencia, pensamiento y cultura**, Madri, vol. 186, nº 742, p. 191-194, 2010, também disponível em: <<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/770/778>>. Acesso em 17 out. 2017.

_____. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo Curso de Processo Civil**. Teoria do Processo Civil. v. 01. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 16ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista da academia brasileira de letras jurídicas**. Ano VI, nº03, Rio de Janeiro, 1º semestre de 1992.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de processo**, São Paulo, vol. 39, p. 55-73, Jul/1985.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p.23-32, 2012, também disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>>. Acesso em 16 jul. 2017.

BERLIN, Isaiah. **La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana**. México: FCE, 2004.

_____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Disponível em <http://issuu.com/donaldstewart4/docs/cl__ssicos_liberais_-_sum__rio_-_qu?e=10030327/5820969>. Acesso em 20 jun. 2016.

BERTEN, André. A epistemologia holista-individualista e o republicanismo liberal de Philip Pettit. **Kriterion**, Belo Horizonte, vol. 48, n. 115, p. 9-32, Jun. 2007, disponível também em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2007000100002>. Acesso em 14 jul. 17.

BIGNOTTO, Newton. Apresentação. In: BIGNOTTO, Newton (org). **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

_____. Problemas atuais da teoria republicana. In: CARDOSO, Sérgio (org.). **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

BITTAR, Eduardo C.B; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Exposição de Motivos DAL nº 0047. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 5

mar. 1985. Seção I, p. 88. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05MAR1985.pdf#page=71>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.** Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 26.842/DF. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 05 ago. 2002. **Diário da Justiça**, p. 194.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 144.922/MG. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada). Brasília, 09 ago. 2016. **Diário da Justiça eletrônico.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 31.935 – MG. Deferimento de pedido liminar. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada). Brasília, 01 jul. 2016. **Diário da Justiça eletrônico.**

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1413.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

BURGO, Vitor. **O impacto do federalismo fiscal no processo de controle jurisdicional de políticas públicas**. 2014. 199 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BURGOS, Marcelo B; CARVALHO, Maria A. R.; MELO, Manuel P. C.; VIANNA, Luiz W. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (princípio do-). *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 126, p. 59-77, ago./2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 66, p. 151-201, 1990.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentários ao artigo 138 do Código de Processo Civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2015.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em: < http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015.

COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e litisconsórcio – o projeto de lei n. 5.139/2009. *In*: GOZZOLI, M.C.; CIANCI, M.; CALMON, P.; QUARTIERI, R. (orgs). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Luciana G. S. Juizado especial: ampliação do acesso à justiça? *In*: SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

DALEPRANE, Cristina Passos. As três ondas de acesso à justiça e a repercussão no direito brasileiro. *In*: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). **Uma teoria da justiça para o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I.

DOUZINAS, Costas. **Os paradoxos dos direitos humanos**. *In*: VII Seminário: Problemas do estado democrático contemporâneo, 2010, Goiânia. Conferência. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/n/40414-ii-simposio-de-ciencias-sociais-conferencia-de-abertura>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ELIAS, Maria L. G. G. R. **Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa**. Disponível em: <http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/5_7_2012_16_36_12.pdf>. Acesso em 21 jun. 2016.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FRASER, Nancy. **Justice interruptus**: critical reflections on the “postsocialist” condition. New York: Routledge, 1997.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

_____. The public sphere. In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. **Contemporary political philosophy**: an anthology. Oxford: Blackwell, 2006.

_____. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova** [online], São Paulo, n.36, p. 39-53, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em 16 jul. 17.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 15, n. 33, p. 56-80, 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/42432/0>>. Acesso em 05 dez. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LIMA, Erick Calheiros. Normatividade e a dialética de individualização e socialização: Hegel, Habermas e Honneth. In: MELO, Rúrion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth**: reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, vol. 10, nº 3, p. 253-283, 2015.

MADUREIRA, Claudio Penedo; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 272, p. 85-125, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015.

NASCIMENTO, Paulo César. Ontologia e instituições na teoria política de Hannah Arendt. **Prometeus Filosofia**, Aracaju, vol. 9, ano 9, n. 21, p. 205-214, Dezembro/2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo código de processo civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). **Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1.

OLIVEIRA, Davidson Schaeffer. Hannah Arendt: a origem da noção de autoridade. **Revista Ética & Filosofia Política**, Juiz de Fora, volume 9, número 1, junho/2006. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/03/9_2_davidson.pdf>. Acesso em 17 jun. 2017.

PAULO NETO, Alberto. **Entre o consenso e a contestação no estado democrático de direito**: uma interlocução entre a teoria democrática de J. Habermas e P. Pettit. 2015. 198 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015.

PETTIT, Philip. Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory. **Philosophical Issues**, Nova Jérsei, vol. 11, p. 268-299, 2001, também disponível em: <https://www.academia.edu/159279/Deliberative_Democracy_the_Discursive_Dilemma_and_Republican_Theory?auto=download>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Group agents are not expressive, pragmatic or theoretical fictions. **Erkenntnis**, Viena, vol. 79, p. 1641-1662, 2014b, também disponível em: <<https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/2014/Group%20Agents%20are%20not%20Fictions.pdf>>. Acesso em 07 fev. 2018.

_____. How to tell if a group is an agent. *In*: LACKEY, Jennifer. **Essays in collective epistemology**. Oxford: Oxford University Press, 2014a, também disponível em: <<https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/2014/How%20to%20Tell%20if%20a%20Group%20is%20an%20Agent.pdf>>. Acesso: 07 fev. 2018.

_____. **Keeping republican freedom simple**: on a difference with Quentin Skinner. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Keeping_PoliticalTheory_2002.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015b.

_____. Legitimacy and justice in republican perspective. **Current legal problems**, Londres, vol. 65, p. 59-82, 2012, também disponível em: <<https://www.princeton.edu/~ppetit/papers/2012/PP%20Legitimacy%20and%20Justice%20in%20Republican%20Perspective%20Current%20Legal%20Problems-2012-Pettit-59-82.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2018.

_____. **Republican freedom and contestatory democratization**. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ppetit/papers/RepublicanFreedom_DemocracysEdges_1999.pdf>. Acesso em 26 dez. 2015a.

_____. **Republicanism: a theory of freedom and government**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Teoria da liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO, Romildo Gomes. **Hannah Arendt**: legitimidade e política. 2007. 145 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). 145f. 2007. Mestrado em Filosofia. Universidade Federal da Bahia, 2007.

PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. **Análise social**, Lisboa, vol. 36, p. 461-485, 2001. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726793R5fMU7mi5Rz78WY7.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

RODRIGUES, Cíntia Luzardo. **Liberdade: uma análise entre dois republicanos, Hannah Arendt e Philip Pettit**. 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal de Pelotas, 2010.

_____. **Principais aspectos do neorepublicanismo de Phillip Pettit**. Disponível em <<http://pensamentoplural.ufpel.edu.br/edicoes/06/02.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo código de processo civil: para onde vamos? *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SADEK, Maria T. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo (coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Ricardo. **Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n74/07.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2015.

_____. Participação como contestação: a ideia de democracia no neo-republicanismo de Philip Pettit. **Política & Sociedade. Revista de Sociologia Política**, Florianópolis, v. 06, nº 11, p. 199-220, 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/issue/view/1287>>. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Republicanismo neo-romano e democracia contestatória. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, v. 19, nº 39, ano 2011, p. 35-51, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n39/a04v19n39.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2018.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no código de processo civil. *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 168, p. 107-138, fev./2009.

VINCENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 105/2002, p. 265-282, Jan-Mar 2002.

VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In*: ZANETI JR., Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

WALZER, Michael. **Política e paixão**: rumo a um liberalismo mais igualitário. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WERLE, Denilson Luís. Apresentação à edição brasileira. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª Ed. São Paulo, Atlas: 2014.

_____. Comentários ao artigo 927 do Código de Processo Civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2015.

_____. Da lei à constituição: a positivação dos direitos difusos e coletivos na constituição brasileira. *In*: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). **Uma teoria da justiça para o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

_____. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, ano 11, v. 53, p. 13-32, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZIZEK, Slavoj. Contra os direitos humanos. **Mediações – Revista de ciências sociais**, Londrina, v. 15/2010, n.1, p. 11-29, Jan-Jun. 2010.