



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

LUANA ROCHELLY MIRANDA LIMA PEREIRA

TOWN MEETING:
EM BUSCA DA LIBERDADE SOCIAL NO PROCESSO COLETIVO

BELÉM

2018

LUANA ROCHELLY MIRANDA LIMA PEREIRA

TOWN MEETING:

EM BUSCA DA LIBERDADE SOCIAL NO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes

BELÉM

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P436t Pereira, Luana Rochelly Miranda Lima. Town Meeting: em busca da liberdade social no processo coletivo / Luana Rochelly Miranda Lima Pereira. — 2018. 99 f.

Orientador(a): Profª. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.

1. Processo coletivo, town meeting, liberdade social, Honneth. I. Título.

CDD 341.46

LUANA ROCHELLY MIRANDA LIMA PEREIRA

TOWN MEETING:

EM BUSCA DA LIBERDADE SOCIAL NO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de aprovação: 13 / 12 / 2018

Conceito: _____

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes – Presidente
Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Adelman Oliveira Silva – Examinador externo
Centro Universitário do Estado do Pará

Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos – Examinador interno
Universidade Federal do Pará

Aos meus amores André e Nora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à minha orientadora e amiga, professora Gisele Santos Fernandes Góes, que desde a graduação foi meu exemplo de profissional e de pessoa. Honrada em poder tê-la como mentora.

Ao professor Saulo Monteiro Martinho de Matos, que foi incansável na sua valorosa contribuição.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, que também contribuíram para o desenvolvimento da pesquisa e para o meu crescimento profissional e pessoal.

RESUMO

O trabalho tem como eixos fundamentais os valores justiça e liberdade, aplicados ao processo coletivo. Objetiva analisar o modelo processual eleito e desenvolvido no Brasil, com suas repercussões no processo coletivo, buscando uma linha alternativa para a efetivação da justiça por meio da liberdade social. Nesse sentido, discute a possibilidade de o modelo do *town meeting* ser instrumento concretizador da liberdade social no processo coletivo. Para tanto, aborda-se, em uma análise crítica, o problema da inefetividade do processo coletivo no Brasil. Adota-se a tipologia utilizada por Edilson Vitorelli como forma de início da superação desse problema. Tendo como alicerce a liberdade, adota-se o entendimento de Axel Honneth acerca da liberdade social, que se entende possível de aplicação no processo coletivo por meio do desenvolvimento do modelo do *town meeting*, que traz ao processo os envolvidos, dando-lhes voz ativa para a formação da vontade de forma democrática. Metodologicamente, é realizada revisão bibliográfica e utilizado o método dedutivo e indutivo.

Palavras-chave: Processo coletivo. *Town meeting*. Liberdade social. Honneth.

ABSTRACT

This work has as fundamental axes the values of justice and freedom, applied to the collective process. It aims at analyzing the process standard elected and developed in Brazil, with its repercussions on the collective process, seeking an alternative line for the enforcement of justice through social freedom. In this way, it discusses the possibility of the Town Meeting's standard being a concretizing instrument of social freedom in the collective process. In order to do, it talks about the problem of ineffectiveness of the collective process in Brazil is analyzed through a critical analysis. It adopts the typology used by Edilson Vitorelli as a way of beginning to overcome this problem. Based on freedom, Axel Honneth's understanding of social freedom is understood to be applicable to the collective process through the development of the Town Meeting standard, which brings to the process those involved, giving an active voice to the formation of the will in a democratic way. Methodologically, a bibliographical review and use of the deductive and inductive method will be carried out.

Key-words: Collective process. Town meeting. Social freedom. Honneth.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO NO BRASIL	16
2.1 Os reflexos da cultura jurídica no direito processual	21
2.2 O direito coletivo e o processo coletivo no Brasil	24
2.3 Nova tipologia dos litígios coletivos: Edilson Vitorelli	31
3 A LIBERDADE COMO VALOR FUNDAMENTAL	41
3.1 A liberdade em Axel Honneth	44
3.1.1 A liberdade negativa.....	45
3.1.2 A liberdade reflexiva.....	48
3.1.3 A liberdade social.....	53
3.1.4 A liberdade jurídica e suas patologias.....	58
4 A LIBERDADE JURÍDICA E O PROCESSO JUDICIAL	66
4.1 Poder Judiciário, institucionalidade e liberdade social	67
4.2 O processo estrutural	75
4.3 O modelo do <i>town meeting</i>	79
5 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como eixos fundamentais os valores de justiça e liberdade, aplicados ao processo coletivo. Objetiva analisar o modelo processual eleito e desenvolvido no Brasil, com suas repercussões no processo coletivo, buscando uma alternativa para a efetivação da justiça por meio da liberdade social.

A necessidade de um ordenamento jurídico para regular a sociedade é incontestável em qualquer sociedade contemporânea. As formas e os fundamentos desse ordenamento podem ser distintos, mas há quase um consenso no sentido de que é indispensável a edição de regras ou padrões de comportamento para a convivência pacífica entre as pessoas.

No entanto, a própria existência do direito pressupõe que os indivíduos abram mão de uma parcela de sua liberdade e submetam-se ao ordenamento jurídico, seja isso um ato voluntário ou não. Por isso, a principal questão é como compatibilizar o direito (necessário e incontestável) com a liberdade dos indivíduos.

Até que ponto os indivíduos podem abrir mão de sua liberdade em favor do direito e de uma sociedade harmoniosa, principalmente quando da resolução de conflitos? Daí o valor da liberdade ser estudado por inúmeros pensadores e ser ainda um desafio epistemológico e relacional com o direito.

Esse impasse pode ser concretamente verificado por meio da análise dos modelos de direito processual vivenciados nas sociedades contemporâneas, que refletem diretamente o modelo de liberdade em que acreditam.

Nesse sentido, aborda-se a problemática do modelo de processo individual desenvolvido no Brasil, a partir de aportes e influências da doutrina alemã e italiana, com viés notadamente publicista e hierárquico, com um maior grau de restrição à liberdade dos envolvidos.

Este estudo versa sobre o processo coletivo brasileiro, mais especificamente a possibilidade de utilização do modelo de *town meeting* como forma de efetivação da liberdade social à luz da teoria trazida pelo filósofo Axel Honneth.

A liberdade entendida como liberdade social, defendida por Axel Honneth, é a base da concepção teórica que se pretende desenvolver para a elaboração de um processo coletivo efetivamente justo. Tenta-se aliar a teoria honnethiana à prática do processo coletivo brasileiro.

Antes de iniciar a apresentação do estudo de Axel Honneth, é importante destacar a metodologia por ele adotada, a reconstrução normativa, que é fundada em quatro premissas ou pressupostos de sua investigação.

A primeira é a ideia de que a reprodução das sociedades está ligada até o presente à condição de uma orientação comum a princípios e valores de sustentação. Assim, a forma de reprodução social em uma sociedade é determinada pelos valores comuns compartilhados e universais, os quais possuem um caráter ético e são representações do bem compartilhado.

Para Honneth, esse pressuposto é uma condição que permite conceber a sociedade como um todo integrado, que não se altera mesmo em sociedades ética ou religiosamente heterogêneas. Por isso, apesar da diversidade que é característica das sociedades contemporâneas, existe sempre um núcleo duro, abstrato, que une seus integrantes, valores últimos que sustentam a sociedade, assegurando a legitimidade da ordem social como um todo.

Tais valores ou ideais orientam não apenas os fins das ações individuais, mas também estão presentes nas instituições e nas práticas a partir das convicções compartilhadas sobre as finalidades da cooperação social. Portanto, servem tanto para a manutenção da integridade da sociedade, como para a adoção de critérios de orientação da ação individual sancionados pelo reconhecimento generalizado.

De acordo com a segunda premissa, deve-se recorrer, como ponto de referência moral de uma teoria, apenas àqueles valores ou ideais que, na qualidade de pretensões normativas, constituem ao mesmo tempo as condições de reprodução de uma sociedade. Nesse sentido, visando a não separação do mundo ideal e do mundo real, ou seja, da idealidade e da efetividade, Honneth defende que os valores selecionados na primeira premissa devem ser utilizados como conteúdo da ideia de justiça. Assim, a concepção de justiça deve ser compreendida de acordo com tais valores compartilhados.

Importa ressaltar que os valores e as normas de referência só se tornam garantidores de reprodução social quando se cristalizam a partir de relações de reconhecimento, na medida em que estabelecem as obrigações de papéis mutuamente complementares que cuidam para que os indivíduos sejam capazes de distinguir, nas atividades livres de seus parceiros de cooperação, uma condição para a efetivação das próprias finalidades.

A terceira premissa é o procedimento de reconstrução normativa em si. O procedimento a ser adotado depende das escolhas das rotinas e instituições sociais indispensáveis à reprodução social, sempre de acordo com os valores aceitos como universais

pela sociedade e, tendo em vista a diversidade social, serão selecionados (reconstruídos normativamente) os valores que seriam capazes de assegurar e realizar os valores universais.

A quarta premissa consiste na tese de que o procedimento seguido – a reconstrução normativa – pode ser entendido como a oportunidade de aplicação crítica. Assim, o procedimento proposto não apenas desvela, pela via reconstrutiva, as instâncias da eticidade já existentes, mas deve também tornar possível sua crítica à luz dos valores incorporados em cada caso.

Tais premissas são a base metodológica da teoria de Honneth, aplicadas em todas as análises sociais realizadas por ele.

Por isso, Honneth toma como ponto de partida para suas investigações filosóficas a ideia de emancipação do indivíduo pelo reconhecimento intersubjetivo. Assim, o autor empreende um esforço teórico com o objetivo de sustentar que os valores morais e princípios normativos que regem a vida em sociedade seriam deduzidos das próprias práticas e relações que se estabelecem nas instituições sociais. Para tanto, Honneth faz uma atualização histórica do conceito de liberdade, observando que, no discurso moral da modernidade, foram constituídos três modelos claramente delimitados para os conflitos em torno do significado de liberdade, a saber: a liberdade negativa, a partir da autonomia individual e da posituação dos direitos subjetivos; a liberdade reflexiva, relacionada à afirmação pessoal e racional do sujeito; a liberdade social, que diz respeito à esfera de eticidade estabelecida no plano social.

A liberdade social consistiria, portanto, na liberdade decorrente da interação intersubjetiva, ancorada na concepção de uma teoria do discurso, tomando como pano de fundo a ideia de uma sociedade democrática e cooperativa. Nessa concepção, social é a circunstância segundo a qual determinada instituição da realidade social já não é considerada mero aditivo, mas condição e meio para o exercício da liberdade.

Com amparo nessas premissas e nessa metodologia, será aqui analisado o processo coletivo no Brasil que, após mais de 20 (vinte) anos do início de debates e com a vigência de um significativo arcabouço legislativo que visa à proteção dos direitos coletivos, ao contrário da expectativa inicial, atualmente se encontra em situação de descrédito.

As causas dessa situação não são simples, nem de uma única ordem. Entre muitos desafios que ainda precisam ser revistos e superados, o principal é a forma de tratamento desses conflitos, em razão principalmente da ausência de uma teoria do direito coletivo que supere o legalismo e avance para abranger todas as nuances da concretude da demanda e que

enxergue a multiplicidade de situações que precisam ser consideradas, o que está diretamente relacionado com o modelo de liberdade difundido no Brasil.

Com base na classificação dos litígios coletivos de Edilson Vitorelli, o trabalho deter-se-á na análise dos litígios transindividuais de difusão irradiada. Tais conflitos, em virtude da heterogeneidade dos grupos e pessoas envolvidos, apresentam alto nível de conflituosidade e complexidade, o que dificulta de modo importante a construção de soluções, principalmente por causa da estruturação do processo em sentido clássico, que deixa de considerar a coletividade efetivamente implicada no conflito.

Nesse sentido, além de a maioria das decisões adotarem o paradigma clássico, com a fixação de obrigações de fazer, não fazer e indenizar, que já não abarcam a realidade dos casos atuais, os grupos e pessoas impactadas pela demanda estão ausentes do processo, embora tenham de suportar o ônus do julgamento.

De outra banda, não se pode deixar de ressaltar que, de forma macro, o nosso sistema jurídico – e, conseqüentemente, o processo – não apresenta pressupostos teórico-conceituais definidos de forma a que transpareça a busca da realização de determinada forma de justiça social.

Nesse cenário, o que se propõe é enunciar e discutir a teoria da liberdade proposta pelo filósofo alemão Axel Honneth em sua obra *O direito da liberdade*¹, que apresenta um alto grau de justificação por basear-se na realidade social, estabelecendo uma maior concretude, ao contrário das demais teorias da filosofia contemporânea.

Axel Honneth não aprofunda a questão da relação entre a liberdade social e o direito. Assim como faz com o exame do mercado econômico e a formação da vontade pública democrática, apenas desvela as mazelas, analisando a realidade posta; entretanto, não propõe possíveis saídas para a superação do *status quo* e a promoção da liberdade social.

No presente trabalho, tenta-se dar um passo a mais. Assim, à luz do modelo metodológico de Axel Honneth, apresentam-se possíveis formas para a superação e o alcance da liberdade social dentro do campo jurídico, mais especificamente no processo coletivo brasileiro.

Nessa toada, a partir das premissas de Axel Honneth, aborda-se um novo modelo de processo coletivo, denominado *town meeting*, apresentado por Stephen Yeazell, em 1977²,

¹ HONNETH, A. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

² YEAZELL, S. C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, [s.l.], v. 25, p. 244-260, 1977.

como possível forma de concretização da liberdade social no processo coletivo, para conflitos de natureza irradiada.

O modelo de *town meeting* parece um avanço em relação ao processo estrutural, que já tem sido experimentado mesmo que de modo tímido no Brasil. Trata-se de um modelo cuja estruturação favorece a manifestação dos diversos grupos sociais atingidos, com pontos de vista defendidos por pessoas que reconhecem reciprocamente suas capacidades deliberativas, o que pode derivar em resultados sociais legítimos, por meio do exercício de suas liberdades sociais.

Nesse sentido, a partir do entendimento de uma nova tipologia dos litígios coletivos e da busca de um equilíbrio entre direito e liberdade, concebe-se um modelo de processo coletivo que permite o reconhecimento recíproco entre os envolvidos no seio de uma instituição cuja finalidade é alcançar a justiça.

Ressalta-se que o objetivo do presente trabalho não é alterar a legislação no Brasil, mas demonstrar a possibilidade de mudança da prática jurídica com apoio em fundamentos teóricos que tragam uma visão que se entende mais adequada da liberdade e de seu exercício, próxima da realidade social, e que tenham como protagonistas os indivíduos, e não a forma processual, estática.

Com base na fundamentação teórica proposta por Axel Honneth, principalmente sua ideia de liberdade social, procura-se pensar o processo coletivo e, mais especificamente, os conflitos transindividuais de difusão irradiada como pano de fundo para estruturar, por meio do modelo de *town meeting*, a realização da liberdade social, concretizando a justiça social.

Assim, procura-se responder se o processo coletivo, por meio do modelo de *town meeting*, pode ser reconhecido como forma de realização da liberdade social e se as soluções traçadas nesse modelo trariam maior efetividade e legitimidade às decisões exaradas no processo coletivo.

Para tanto, o presente estudo adota o valor liberdade como viga mestra para o pensamento jurídico e, isso posto, como objetivo a ser alcançado em todas as relações marcadas pelo direito. Adotar-se-á a ideia de liberdade social como esposada por Axel Honneth, por entender ser essa a mais efetiva, tanto para o sujeito individual como para a sociedade.

O trabalho inicia com uma análise crítica do direito no Brasil, uma atualização histórica acerca do direito para fins de verificação da justificação apontada para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, demonstrando a relação entre o direito e o poder.

Apontam-se os reflexos dessa cultura jurídica no direito processual, principalmente no direito clássico individual, o que determinou, inclusive, o modo de agir da sociedade ante suas demandas. O direito coletivo e o processo coletivo também sofreram influência desse modo de pensar e agir, que culminou com a adoção da teoria do direito coletivo atual e com um significativo arcabouço legislativo, sobretudo nas décadas de 80 e 90 do século XX. Investiga-se a atuação e o papel dos poderes envolvidos na implementação ou não desses direitos. Ao fim, demonstram-se, portanto, as dificuldades teóricas do modelo adotado e a ausência de garantia da liberdade dos envolvidos no litígio.

Em razão da inadequação e da conseqüente ineficácia do direito coletivo no Brasil, apresenta-se a nova tipologia dos litígios coletivos proposta por Edilson Vitorelli³, que norteará o presente trabalho. O autor inverte a lógica até então consolidada para, a partir da concretude dos litígios, desenvolver sua teoria, superando a abstrativização imperante. Propõe uma reconstrução do conceito de direitos transindividuais, com ênfase em sua titularidade, baseado em um marco teórico sociológico, a partir das diversas concepções de sociedade.

Alicerçado na proposta apresentada por Edilson Vitorelli, o enfoque aqui será dado aos litígios coletivos de difusão irradiada, que são os mais conflituosos e complexos, conseqüentemente os mais difíceis e desafiadores, tanto para a sociedade quanto para o Poder Judiciário.

Após, é apresentada a teoria honnethiana acerca da liberdade, que será adotada como fundamento e justificativa para um novo modelo de processo coletivo mais adequado à realidade social e baseado na ideia de liberdade social.

Axel Honneth, por meio da sua metodologia da reconstrução normativa, tem como alicerce a ideia de liberdade social, um avanço em termos de pensamento da liberdade, compreendida com base em instituições cujas práticas normativas assegurem aos indivíduos o reconhecimento recíproco. Assim, as características fundamentais da liberdade social são a intersubjetividade e a institucionalidade.

Verificar-se-á se o modelo dos litígios apresentado por Edilson Vitorelli é compatível com a ideia de liberdade social como apresentada por Axel Honneth.

Apresentar-se-á o processo estrutural e a possibilidade de sua adoção pelo Poder Judiciário nos casos de litígios coletivos de difusão irradiada. Em seguida, será demonstrado

³ VITORELLI, E. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

como o modelo de *town meeting* pode adequar-se para fins de compatibilização dessa nova forma de conceber o processo coletivo e a ideia de liberdade social.

2 ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO NO BRASIL

Para compreender o direito nacional e conseqüentemente o direito processual nacional, é importante conhecer a história da formação da cultura jurídica no Brasil, já que o seu desenvolvimento é reflexo das escolhas realizadas pelos detentores do poder, das crenças e da estrutura social existentes.

O direito é uma ciência prática. É um saber para a ação e para o comportamento social. No exercício dessa prática, orienta-se por determinados princípios e regras que formam um projeto político-filosófico, cuja finalidade é realizar determinadas ideias ou objetivos fundamentais para a sociedade. O direito é, assim, uma realidade social e cultural, que somente se compreende com referência aos valores que constituem sua finalidade e razão de ser.

Nesse sentido, o modo de entender e de aplicar o direito é um reflexo de valores, pensamentos e hierarquias sociais. É fruto das práticas sociais determinadas pelos valores e pelas ideias comuns compartilhadas e universais, como entende Axel Honneth. E o processo é um produto dessa construção social, que no Brasil foi forjado pelos detentores de poder, com propósitos definidos, muitas vezes desconhecidos pela maioria da população.

Assim, para Rogério Gesta Leal, o direito nacional é um modelo técnico-burocrata e racional de poder que informa o processo de formação das instituições públicas brasileiras desde o Império, conhecido como o Estado patrimonialista-estamental e escravocrata⁴.

Nesse sentido, é importante a análise de Claudio Valentim Cristani sobre o tema:

A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social. Com a devida precaução, salvo exceções que confirmam a regra, foi uma vontade monolítica imposta que formou as bases culturais e jurídicas do Brasil colonial⁵.

Também tratando do mesmo momento histórico, José Wanderley Kosima esclarece que a formação e a organização do Poder Judiciário, como ocorreu no governo em geral, deram-se, na Colônia, por meio da burocracia e das relações de parentesco. Os magistrados vieram de Portugal a fim de ocupar os postos no Poder Judiciário local, com a finalidade

⁴ LEAL, R. G. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

⁵ CRISTANI, C. V. O direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, A. C. **Fundamentos da história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 213-215.

precípua de representar interesses da metrópole e não as aspirações locais. Por isso, o autor assevera:

Por todos esses fatores, pode-se dizer que os magistrados de então não eram pessoas afastadas dos interesses da elite dominante, antes dela faziam parte. Decorre daí que o mito da imparcialidade e da neutralidade era totalmente destruído pela prática vigente de troca de favores e tráfico de influências⁶.

Constata-se, portanto, que, desde a época em que o Brasil ainda era colônia de Portugal, com um sistema jurídico embrionário e por causa de sua sujeição política, o direito em terras brasileiras era utilizado como forma de compadrio e de manifestação de poder das elites dominantes. Tratava-se de um compromisso aristocrático e oligárquico, que convivia com sistemas normativos e de administração vindos da Coroa. O rei era o único proprietário do governo e do Estado, e seu quadro administrativo era formado por pessoas ligadas a ele por relações pessoais de confiança.

Após a independência do Brasil em 1822, e até praticamente o final do século XX, já no período da República, a autonomia administrativa e financeira das províncias era limitada; não existia a livre escolha de seus administradores, as próprias estruturas de governo e judiciais eram frágeis, o que também acontecia com o Legislativo. O Brasil ainda permanecia um Estado eminentemente aristocrático e depois oligárquico.

Destaca-se que, somente com a edição do Decreto Federal n.º 848, de 11 de outubro de 1890, os estados tiveram sua competência reconhecida para organizarem sua justiça e legislarem sobre processo.

As elites dominantes, desde a independência até o início do século XX, encarregaram-se de criar um modelo de Estado centralizador e autoritário, com feições ora absolutistas, ora paternalistas, ora assistencialistas, praticamente até e durante o regime militar no país⁷.

Esse modelo centralizador pauta-se pelo princípio da separação dos poderes de forma quase absoluta. Essa compartimentação torna os poderes quase incomunicáveis na administração, com competências reservadas e exclusivas, marcadas por um viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional, o que acarreta um certo esvaziamento político dessas questões, atribuindo-lhes feições apenas tecnoburocratas.

Para Rogério Gesta Leal, uma decorrência lógica dessa separação determinada pelo sistema jurídico é a ausência de qualquer conexão ou interlocução cotidiana com os cidadãos, a não ser pelas fórmulas administrativas instituídas (petições, reclamações etc.), todas focadas

⁶ KOSIMA, J. W. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, A. C. **Fundamentos da história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 221.

⁷ BOSCHI, R.; DINIZ, E. **Estado e sociedade no Brasil: uma revisão crítica**. Rio de Janeiro: Edipaz, 2002.

em aspectos curativos, e não preventivos ou participativos da gestão dos interesses comunitários⁸.

Para o pensamento jurídico predominante, nesse sentido, o sistema jurídico como um todo é uma dimensão autônoma do sistema político e um fundamento de Estado. Assim, o culto à lei e à separação dos poderes assume um discurso ideológico que dissimula e inverte a natureza eminentemente política do direito.

Observa-se, portanto, que o direito está estritamente relacionado com o poder e a política. O direito é usado como instrumento de legitimação do poder.

Para Parsons o poder é a capacidade que tem um sistema social de mobilizar recursos para atingir objetivos coletivos. Ele diferencia quatro formas de exercícios do poder: persuasão, ativação de compromissos, incentivo e coação.

O propósito do poder é, em última análise, a consecução, ainda que mediante o emprego da violência e da coerção, de interesses ou objetivos coletivos. O poder e a política são compreendidos como expedientes para que determinado sistema social atue em favor de objetivos coletivamente apreciados⁹.

Nessa toada, a política aparece como um simples subsistema social, como a procura de objetivos coletivos e a mobilização dos atores e dos recursos da sociedade tendo em vista abrigar esses objetivos. A política abrange, pois, todas as tomadas de decisões, de organização e de mobilização dos recursos do sistema, existindo política tanto numa simples empresa como no Estado.

No Estado contemporâneo, a legitimidade do poder é fundada na legalidade, e o ordenamento jurídico legitima a dominação dos detentores do poder. O campo do direito, portanto, está totalmente imbricado com a política e ambos se retroalimentam reciprocamente.

Assim, há a crença de que a obediência política está diretamente ligada à obediência legal. E o Estado-Juiz potencializa, por meio de sua prerrogativa coercitiva, a dominação social.

A liberdade é cerceada pelo ideário da necessidade do cumprimento cego da lei, criada e pensada para manter a dominação dos detentores do poder. E o processo é um instrumento da manifestação da autoridade estatal, cuja finalidade é manter a ordem e garantir o fiel cumprimento da lei.

⁸ LEAL, 2007, p. 19.

⁹ PARSONS, Talcott. *Politics and Social Structure*. New York, Free Press, 1969, p. 348.

Nesse sentido, a liberdade então difundida é a liberdade negativa – conforme esposada por Axel Honneth e analisada no próximo capítulo –, que se reflete no ordenamento jurídico e na forma de tentar solucionar as demandas sociais. Não há que se falar, nesse momento, em liberdade coletiva, muito menos em liberdade individual fora dos limites legais, que eram impostos pelos detentores do poder. O que há, portanto, é uma pseudoliberalidade dos indivíduos.

No entanto, a partir da segunda metade do século XX, as relações sociais começam a ficar mais complexas e conflituosas, tensionando o tecido social. A sociedade mais atenta inicia uma tênue caminhada de contestação das bases relacionais existentes. Verifica-se uma crise de legitimação das instituições tradicionais da democracia contemporânea, porque as intervenções no tecido social e a expansão dos seus aparelhos não são acompanhadas de nenhum aprofundamento de participação política democrática.

Esse cenário acarreta o aumento de atitudes não conformes com a lei, a anomia, em razão da desconfiança na racionalidade das instituições. Assim, dado o descompasso entre a fundamentação ideológica e a realidade fática, e a superação da crença ingênua na neutralidade da lei (legalismo), eclodem movimentos de contestação do *status quo* e de descumprimento dos ditames legais impostos.

Após o regime militar, iniciou-se o processo de redemocratização no Brasil, e a Constituição “Cidadã” foi promulgada em 1988, com a promessa de, além da tão sonhada democracia, trazer liberdade para todos. Já em seu artigo primeiro, proclama que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e um de seus objetivos, conforme o artigo 3.º, I, é construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

No entanto, a jovem democracia brasileira não mostrou avanços tão significativos quanto propagava. A participação social, base da cidadania, não é efetiva. A liberdade está apenas formalmente garantida. A legislação infraconstitucional, que deveria ser um meio de alcance dos ditames constitucionais, não acompanhou a Constituição da República, e as elites dominantes, agora talvez outras, continuam a manter a ordem que lhes convém, cerceando a liberdade da maioria.

Os tempos mudaram, mas as relações de poder e dominação permaneceram; o instrumento jurídico apenas se modernizou e apaziguou a tensão social, cumprindo o papel que lhe foi atribuído.

Atualmente, a anomia mais preocupante é a inversão da hierarquia democrática; não é mais a política que governa a economia e o sistema financeiro, é o inverso. Já não são os

representantes parlamentares que direcionam a política dos governos e ditam as regras aos poderes econômicos e financeiros, mas são esses poderes que ditam suas regras aos governos e parlamentos, até o ponto de exigirem reformas constitucionais que são garantias de máxima governança. Portanto, a onipotência da sociedade foi sobrepujada pela subordinação aos ditames da economia e das finanças.

Ante esses desdobramentos, a cidadania é colocada em uma situação estática de submissão. Entretanto, ela ainda sobrevive, em forma de resistência, que já não se faz individual ou passiva, mas constituindo-se como ação coletiva, organizada e dirigida à obtenção de projetos e resultados definidos. Isso é exemplificado com o movimento dos sem-terra, o movimento indigenista, o movimento associativo de bairros, entre tantos outros, que, apesar de subalternizados, resistem.

Essa cidadania pleiteia, por meio de mecanismos e de instrumentos de ação social, espaços de participação pública efetivos, para que se discutam e se formulem, da forma mais consensual possível, as normas de conduta e de comportamento pessoal e institucional que devem orientar a sociedade civil. Essa cidadania busca uma forma de liberdade distinta da atualmente imposta, com participação e influência, busca escutar, mas também ser ouvida e ter seus posicionamentos considerados. Em outras palavras, e à luz da teoria honnethiana, anseia por liberdade social.

O caminho é longo e cheio de batalhas e obstáculos. Tratar-se-á neste trabalho de apenas uma faceta desse movimento, que é o enorme desejo de emancipação social. Examinar-se-á a atuação do Poder Judiciário na resolução de conflitos de natureza coletiva. Atualmente, como já dito neste capítulo, o sistema jurídico reflete os interesses dos detentores do poder, o que esvazia o sentido da tutela coletiva e acarreta o cerceamento da liberdade dos envolvidos.

Embora, como amplamente demonstrado, o Poder Judiciário tenha servido à manutenção do *status quo* de estabilidade política, entendida como permanência e legitimação dos detentores do poder, com viés legalista e formalista, a partir da Constituição Federal de 1988, abre-se, pela via da interpretação mais democrática do sistema jurídico, a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, em uma jurisdição democrática.

A nossa atual Constituição compreende um projeto político, um modelo de desenvolvimento, visando à construção de um futuro democrático e garantidor de direitos fundamentais. Por conseguinte, entende-se que o Poder Judiciário está comprometido não mais tão somente com a manutenção da pacificação das relações sociais, mas sobretudo com a

mudança estrutural das relações de força mantidas na sociedade. Deve, portanto, assegurar as escolhas públicas já tomadas e inseridas na Constituição, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa.

A nossa democracia representativa está baseada na ideia de participação político-social por veículos institucionais e não institucionais, que têm o dever de demarcar o que se pretende em termos de sociedade e país. Assim, as relações de poder devem ser estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político pautado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, a interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, o atendimento das demandas públicas da maior parte possível da população. Apenas em um ambiente assim descrito, pode-se garantir o exercício da liberdade. Ouvir, ser ouvido e poder de forma efetiva influir na tomada de decisões, nisso consiste o início do exercício da liberdade.

2.1 Os reflexos da cultura jurídica no direito processual penal

As relações de poder, histórica e fortemente imbricadas no direito nacional, refletem-se no direito processual.

A independência conquistada pelo Brasil em 1823 não teve como consequência a revogação imediata de toda a legislação portuguesa. Ao revés, o Decreto de 20 de outubro de 1823 assegurou a continuidade da vigência do sistema normativo lusitano em tudo o que não contestasse a soberania ou contrariasse o regime brasileiro. No âmbito processual, assim, o novo país herdou de Portugal o modelo processual disciplinado nas Ordenações Filipinas e em algumas leis complementares¹⁰.

Em 1832, foi editado o Código de Processo Criminal do Império. O modelo processual civil, a seu turno, foi afetado por inovações ocorridas durante o ano de 1850, quando, depois de sancionado o Código Comercial brasileiro, foi editado o famoso Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850. Esse diploma, que corresponde ao primeiro Código Nacional de Processo Civil, criou um novo modelo de inegável técnica processual, no qual se destaca a economia processual e a simplicidade procedimental¹¹.

¹⁰ TUCCI, J. R. C. e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 23.

¹¹ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

A Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, com o intuito de estabelecer um espírito liberal, levou o governo a designar o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas para realizar um trabalho de reunião das normas processuais civis, que resultou na Consolidação das Leis do Processo Civil, diploma que passou a ter eficácia de lei por meio da Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876¹².

Com a proclamação da República, ocorreram novas alterações. Por meio do Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, estendeu-se a disciplina do Regulamento n.º 737 às demandas cíveis. Criou-se a Justiça Federal por meio do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890.

A Constituição Republicana de 1891 passou a consagrar o modelo da dualidade das Justiças (Estadual e Federal) e repartiu a competência legislativa para legislar sobre processo civil, o que deu origem a diversos modelos processuais.

A Constituição Federal de 1934 eliminou a dualidade de competência legislativa, concentrando tal poder na União Federal. Como consequência, surgiu o Código de Processo Civil (CPC) de 1939, desenvolvido com inspiração nos modelos processuais da Áustria, da Alemanha e de Portugal, prevalecendo no modelo adotado a regra da oralidade e da pluralidade de procedimentos especiais¹³.

Cumprir destacar que essa codificação processual ocorreu na ditadura fascista do presidente Getúlio Vargas. Não obstante, a Constituição de 1937, que criou o “Estado Novo” getulista, tinha caráter centralizador e autoritário, suprimindo a liberdade partidária, a independência entre os três poderes e o próprio federalismo existente no país, entre outras medidas ditatoriais. Assim, as restrições à liberdade e à centralização da união federal também foram sentidas na legislação processual getulista.

Exemplo disso é o fato de o então ministro da justiça Francisco Campos, chamando o jurista italiano Giuseppe Chiovenda em apoio ao projeto de código de processo que encomendou de Pedro Batista Martins, excluir que a maior autoridade dada aos juízes no processo diga respeito ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos¹⁴.

No início da Segunda Guerra Mundial, chegou ao Brasil Enrico Tullio Liebman, doutrinador e professor italiano que, após curta estada em Minas Gerais, foi para São Paulo, onde ministrou curso de extensão na faculdade de Direito até 1946, quando retornou à Itália.

¹² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, loc. cit.

¹³ SILVA, O. A. B. da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 115.

¹⁴ SILVA, 2004, p. 123.

Foi notadamente por obra de Liebman – que na sua estada no país anotou a edição brasileira das *Instituições* de Chiovenda e aqui publicou muitas de suas próprias obras – e de seus alunos brasileiros que essa escola enraizou-se e difundiu-se amplamente nos meios universitários e alcançou a legislação processual de 1973, posta no governo militar do general Emílio Médici, resultante do anteprojeto de código, redigido pelo então ministro da justiça, Alfredo Buzaid¹⁵.

O código de Buzaid permaneceu vigente por mais de quarenta anos e teve algumas alterações importantes, pontuais, na década de 90 do século XX e na primeira década do século XXI.

Apenas após a Constituição da República de 1988, já sob o regime democrático, o Código de Processo Civil de 2015 traz um arcabouço principiológico e legal de cunho menos autoritário, mesclando normas de caráter publicista e privatista.

Observa-se, portanto, na curta história do direito processual no Brasil, sua forte ligação com a política: nasceu com contornos fortemente autoritários, no sentido de que o processo é a forma de expressão da autoridade estatal, com características notadamente publicistas, principalmente com o código de 1939; passou por um período mais sistemático a partir da influência de Liebman, mas ainda com densa formatação publicista. Ambas as codificações mantiveram o entendimento de que o processo, em sendo autônomo, distancia-se do direito material.

Atualmente, já no regime democrático, com o Código de Processo Civil de 2015, de conotação mais liberal, houve a inclusão de normas de caráter privado e a lógica de que direito processual e direito material, embora autônomos, estão fortemente imbricados, devendo estar em consonância para a efetividade da justiça.

Constata-se, portanto, que no Brasil tivemos uma construção tardia do direito processual e uma necessidade de afirmação desse direito como direito autônomo. Os códigos de 1939 e de 1973 são reflexo do esforço de demonstrar que o direito processual era um ramo autônomo e independente em relação ao direito material. No entanto, nesse mesmo período, os países que serviram de guia para a doutrina brasileira já haviam avançado no entendimento de que, apesar da autonomia do direito processual e do direito material, ambos devem garantir a efetividade mútua, sendo, portanto, interdependentes e obedientes à norma constitucional.

¹⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 124.

2.2 O direito coletivo e o processo coletivo no Brasil

O foco do presente trabalho é o processo coletivo, no entanto, fez-se necessária uma pequena explanação sobre os contornos do direito processual no Brasil em razão de sua forte influência no direito processual coletivo que, apesar de mais recente, herdou características importantes do processo individual.

O início dos debates acerca do processo coletivo brasileiro deu-se entre os anos de 1977 e 1981. Naquela época, o debate era livre, já que ainda não havia norma legal trazendo a definição dos direitos coletivos e difusos. Entre meados da década de 80 e início da década de 90, foi aprovado um expressivo arcabouço legislativo que constitui até hoje a base do sistema de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁶ já demonstrava preocupação com o crescimento de situações envolvendo coletividades mais ou menos amplas de pessoas, em que os interesses tuteláveis não se davam em razão do vínculo de seus titulares, mas a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis. Já compreendia, portanto, a natureza diversa dos conflitos coletivos e importava-se com a insuficiência do processo civil tradicional para acolher tais situações.

Outros autores nacionais também demonstraram preocupações similares, contribuindo para o debate que se iniciava, como Ada Pellegrini Grinover¹⁷ e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior¹⁸. Assim, ao longo da década de 80, o assunto ganhou destaque e foi tema de discussões acadêmicas, ciclos de palestras e projetos de lei.

As ações coletivas no direito brasileiro tiveram como precursora a Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965), que inaugurou a tutela de “interesses difusos”. A partir daí, vieram as seguintes leis: a lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/1981); a lei que disciplina a ação civil pública (Lei n.º 7.347/1985); a lei que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei n.º 7.913/1989); por fim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). Todas formam o que se chama “microssistema da tutela coletiva” no Brasil.

¹⁶ MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual civil**: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110-123.

¹⁷ GRINOVER, A. P. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 12, p. 111-144, 1979.

¹⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, W. M. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. **Estudos sobre o amanhã**: ano 2000. Caderno 2. São Paulo, 1978.

É importante destacar que o microsistema de direito coletivo no Brasil é composto basicamente por normas híbridas, que mesclam direito material e direito processual, em razão principalmente da ausência de uma codificação processual coletiva, como existe no processo individual, que é utilizado de forma subsidiária.

No entanto, a utilização das normas que regem o processo individual é inadequada e insuficiente para matérias que afetam a coletividade.

Acerca do tema, assim esclarece Rodolfo de Camargo Mancuso:

Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5.º, XXI; LXX, ‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo¹⁹.

No mesmo sentido, Álvaro Luiz Valery Mirra aponta a inadequação do processo individual para a tutela de direitos coletivos:

Como apontado pela doutrina especializada, o processo civil, entre nós, na sua origem e nas codificações que se sucederam, foi estruturado para ser palco e veículo de disputas envolvendo direitos individuais e conflitos intersubjetivos, dentro de uma concepção individualista e formal, de inspiração liberal, que invariavelmente privilegiava a tutela de situações de confronto entre indivíduos isolados ou dispostos em grupos bem definidos ou entre estes e o Estado, considerado ele mesmo, no âmbito processual, uma pessoa singular. O próprio direito de ação inclusive, norma tradicional do processo civil individualista, em tal contexto, sempre foi definido como um direito subjetivo, colocado à disposição da pessoa, a fim de que esta faça valer seus direitos próprios e individuais contra todos que porventura os violem²⁰.

Assim, o modelo adotado no Brasil mostra-se insuficiente. Explica-se. De acordo com Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr²¹, a referência para a criação do modelo brasileiro foi italiana, com base nos estudos sobre as ações coletivas americanas realizados por pesquisadores italianos, entre os quais Mauro Cappelletti, Michele Taruffo, Vincenzo Vigoriti e Proto Pisani.

¹⁹ MANCUSO, R. de C. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380.

²⁰ MIRRA, A. L. V. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 118.

²¹ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25.

Ocorre que a Itália adota como modelo o sistema do contencioso administrativo, também denominado sistema de dualidade de jurisdição ou sistema francês, que se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa, em que funcionam juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justiças, as decisões proferidas ganham o revestimento da *res iudicata*, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação “sistema de dualidade de jurisdição”: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa.

No modelo italiano, a Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos. Nunca serão, todavia, litígios somente entre particulares; nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público. Compete-lhe julgar causas que visem à invalidação e à interpretação de atos administrativos e aquelas em que o interessado requer a restauração da legalidade quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa. Julga, ainda, os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder. A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que tem contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do direito administrativo²².

Decorre daí a nomenclatura utilizada no nosso Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 81, utiliza o termo “interesses” ou direitos. O termo “interesse” é utilizado na jurisdição administrativa italiana, quando se trata de conflitos envolvendo o Poder Público. No Brasil, o termo foi objeto de estudo pelos doutrinadores que entendem tratar-se de direitos de interesse público primário ou direitos coletivos *lato sensu*²³.

Nota-se, portanto, que no Brasil foi feita uma adaptação da legislação italiana, sem uma apuração quanto às peculiaridades nacionais, sem um amadurecimento da doutrina e até mesmo sem uma análise das práticas judiciárias. É importante considerar que os debates dos doutrinadores nacionais estavam ocorrendo concomitantemente com o processo de redemocratização do Brasil. Assim, a década de 80 do século XX foi dedicada à batalha política de reconhecimento legislativo da tutela coletiva no Brasil que, de certa forma, teria de ocorrer com agilidade em virtude da insegurança vivida na época e da importância desse novo instrumento para a efetivação de direitos fundamentais.

²² CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 931-932.

²³ MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, p. 603.

A década de 90 foi marcada pela tentativa de consolidação das diretrizes teóricas e práticas da tutela coletiva no Brasil. Entretanto, a década que seria promissora para a efetivação da tutela coletiva no Brasil foi marcada pelo ataque à plena efetividade das normas de proteção coletiva, a formação de uma jurisprudência conservadora e as inúmeras tentativas de alterações legislativas para restrição do âmbito de aplicação da tutela coletiva.

Pode-se citar como exemplo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) contra a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação civil pública, tratando de interesses individuais homogêneos, apesar de previsão legal e ampla doutrina favorável. Esse entendimento só foi alterado em 2014 no Recurso Extraordinário (RE) 631111, de relatoria do ministro Teori Zavascki²⁴. Outro exemplo foi o ajuizamento pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943, questionando a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública, julgada improcedente em 7 de maio de 2015²⁵.

Na seara administrativa, cita-se a Medida Provisória n.º 1.570-5, de 1997, convertida na Lei n.º 9.494/1997, cujo artigo 2.º alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública para estabelecer que os efeitos *erga omnes* da decisão coletiva não ultrapassarão “os limites da competência territorial do órgão prolator”, tendo em vista a redução do alcance das decisões. O mencionado artigo teve a constitucionalidade reconhecida pela ADI 1.576-1²⁶. No entanto, tal reconhecimento ocorreu em sede liminar, e a referida ação foi julgada extinta sem resolução do mérito por falta de aditamento do pedido. Assim, o artigo 16, com a redação dada pela Lei n.º 9.494/1997, continua sendo objeto de severas críticas doutrinárias.

No campo político, relevante mencionar a existência do Projeto de Lei n.º 5.139/2009, que tinha como propósito inicial ser o código de processo coletivo brasileiro. Mas, após passar pela revisão da Casa Civil do Governo, teve diversas regras alteradas para atender a interesses da administração pública, o que mudou o espírito geral do anteprojeto, que acabou por ser rejeitado em 17 de março de 2010 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados²⁷.

²⁴ STF. RE 631111 GO. Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 7 ago. 2014. Publicação: **DJe** n. 213, 30 out. 2014.

²⁵ STF. ADI 3943 DF. Pleno. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Publicação: **DJe** n. 97, 22 maio 2015.

²⁶ STF. ADI 1.576-1 UF. Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16 abr. 1997. Publicação: **DJU** 24 abr. 1997.

²⁷ Merece transcrição parte do voto do relator acerca das razões de mérito para rejeição do anteprojeto: “Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as

Observa-se, portanto, que os avanços da década de 80 não se estenderam às seguintes, havendo um forte recrudescimento legislativo e jurisprudencial que acabou por paralisar o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil.

Por outro lado, a sociedade brasileira, tão aguerrida na década de 80 e no início dos anos 90, arrefeceu nos anos seguintes, fato que também contribuiu para o declínio dos avanços da tutela coletiva.

Aliados a tudo isso, a classificação dos direitos coletivos, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81²⁸, e o modelo de legitimação extraordinária previsto no artigo 82²⁹ do mesmo diploma, com a despersonalização da titularidade dos direitos, acarretaram um afastamento da coletividade impactada pelo conflito que, apesar de ausente no processo, suporta o ônus de seu resultado.

tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu. O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio ambiente. Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante. [...] Outro ponto de preocupação: se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela. O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar. [...] Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos. Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3052ED831194DE1EE52AF30F19E96784.proposicoesWebExterno2?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010. Acesso em:

²⁸ 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”.

²⁹ Art. 82: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei n.º 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei n.º 13.105, de 2015) (Vigência) I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 2º (Vetado). § 3º (Vetado)”.

A classificação insatisfatória do Código de Defesa do Consumidor, que categoriza os direitos coletivos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, fez estagnar a efetivação dos direitos coletivos, em razão da perda no caso concreto de referencial para a adequação da tutela em relação às pessoas que efetivamente são atingidas pela decisão.

Há um rompimento da relação pessoal do verdadeiro legitimado no processo coletivo atual, uma despersonalização, que reforça o caráter paternalista e autoritário do nosso sistema jurídico. Tal fato gera, em inúmeros casos, resultados indesejados pelos membros da coletividade ausentes no processo, que sofrerão o ônus da decisão.

Atualmente, vivem-se as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 17 de março de 2016 e reformulou as bases do processo civil no Brasil.

Como já esclarecido, o projeto de código de processo coletivo brasileiro foi rejeitado na Câmara de Deputados. O Novo Código de Processo Civil não abarca a tutela coletiva; no entanto, por tratar-se de norma geral acerca do processo civil, trará repercussões para o processo coletivo. Em razão disso, faremos uma brevíssima explanação acerca do impacto do novo código no sistema de ações coletivas, alertando para o risco de retrocesso na aplicação de novas regras, caso não haja respeito às garantias constitucionais dos autores ideológicos.

O artigo 333³⁰ do projeto criava um incidente de conversão de ação individual em ação coletiva e foi severamente criticado pela doutrina, acabando vetado pela Presidência da

³⁰ Art. 333: “Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1.º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2.º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3.º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4.º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5.º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6.º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7.º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8.º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9.º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado”.

República. Nas razões do veto, suscitou-se que, da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes, e o tema exigiria disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas.

O artigo 139, inciso X, determina que, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, o juiz deve oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública e, na medida do possível, a outros legitimados para promoverem a ação coletiva, entendendo-se isso como dever de dar publicidade a questões que se multiplicam e que possivelmente serão substituídas por uma só ação coletiva, a critério do legitimado coletivo.

O artigo 138 autoriza o magistrado a solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, como *amicus curiae*, com a finalidade de auxiliar na instrução do processo. Tal artigo incidirá largamente nas ações coletivas, já que produzem efeitos sociais, e será um avanço, tendo em vista o possível aumento de visões a serem consideradas.

O artigo 373, parágrafo primeiro, trata da distribuição dinâmica do ônus da prova e determina:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

No entanto, a questão da distribuição do ônus probatório deve ser entendida de forma diversa nas ações coletivas, pois o autor ideológico, não sendo o titular do direito material invocado, não tem a mesma proximidade com os fatos que o litigante individual; logo, não é razoável que receba o mesmo tratamento que este, no tocante ao ônus da prova. Assim, em tese, os autores coletivos beneficiar-se-ão com tal regra. Ademais, nos casos de inversão legal do ônus da prova, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, essa regra processual não deverá ser aplicada.

O artigo 334 trata dos meios alternativos de resolução dos litígios e deve ser interpretado em harmonia com os mecanismos próprios de solução extrajudicial já existentes no sistema coletivo, como o compromisso de ajustamento de conduta.

O artigo 976 e seguintes tratam do incidente de resolução de demandas repetitivas, prevendo que as partes, o juiz, o Ministério Público e a Defensoria Pública têm legitimidade

para requerer ao Presidente do Tribunal a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas nos casos de efetiva repetição de processos que possuam a mesma questão jurídica controvertida comum e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O efeito prático imediato é a suspensão de todos os processos pendentes, individuais e coletivos, que tramitam no Estado ou na Região.

Entende-se, entretanto, que, no aspecto processual, não se sustenta a interpretação literal do artigo 982, parágrafo terceiro, por razões lógicas – não poderá haver identidade de pedidos entre uma ação individual e outra coletiva; logo, a questão controvertida jamais será comum, principalmente porque a maioria das ações coletivas nunca buscam apenas um tipo de interesse, mas cumulam os interesses, então essa possibilidade demonstra-se irrazoável.

Tais artigos seriam novidades que poderiam entrar em choque com o processo coletivo. Nesse sentido, deve haver um diálogo de complementaridade entre o Novo Código de Processo Civil e as normas do microsistema coletivo, para que não haja inconstitucionalidades ou ilegalidades, como essa suspensão.

Defende-se que a via coletiva é a única possibilidade de resposta à massificação dos conflitos e a busca da prevalência dos valores sociais deve ser constantemente afirmada no plano jurídico.

2.3 Nova tipologia dos litígios coletivos: Edilson Vitorelli

Em razão dos problemas gerados pela falha conceitual adotada no Código de Defesa do Consumidor acerca da titularidade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que acarretam a inefetividade na resolução dos conflitos e a descrença em todo o arcabouço de garantias à coletividade, Edilson Vitorelli apresenta sua proposta de uma nova tipologia dos litígios coletivos em sua obra intitulada *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*, publicada em 2016³¹, um dos principais referenciais teóricos do presente trabalho.

A nova tipologia de Edilson Vitorelli tem como fundamento não as categorias do direito como trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas os tipos de litígios. Assim, apoiando-se na Sociologia de Anthony Elliot e Bryan Turner³², Vitorelli parte dos diferentes tipos de sociedade que titulariza os direitos debatidos, com o objetivo de extrair dessa

³¹ VITORELLI, E. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³² ELLIOT, A.; TURNER, B. **On society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

tipologia as consequências para a condução adequada do processo coletivo³³. Volta-se, portanto, não para a abstração, mas para a realidade do caso concreto.

Ele aponta a insuficiência conceitual dos direitos transindividuais, esclarece que nos debates iniciais esses direitos mostraram-se muito simplificados, não enfrentando as dificuldades de entendimento acerca dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, afastando da discussão a natureza ou a titularidade desses direitos ou interesses, desde que eles tivessem a tutela adequada. E isso ficou sem resposta até a atualidade.

Esses debates iniciais culminaram com a redação do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, conceituando os direitos ou “interesses” difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma abrangente o bastante para eliminar quaisquer interpretações que sustentassem a impossibilidade jurídica de tutela desses direitos.

No entanto, a pergunta sobre o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais permaneceu sem resposta. Como já mencionado, inúmeros autores afastaram a discussão acerca da natureza jurídica ou titularidade desses interesses em prol de uma tutela adequada, como por exemplo, Barbosa Moreira:

O problema, aliás, muito relevante em nível teórico, já o é menos ao nível prático: desde que se esteja persuadido – e o consenso, a tal respeito, vai se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra³⁴.

A discussão, como visto, toma como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza. Esse pragmatismo fez com que determinados problemas ficassem sem solução. O principal deles refere-se à titularidade dos direitos transindividuais.

O conceito legal não definiu quem são os titulares, e, sem essa definição, não existe referencial concreto para que se avalie a adequação da pretensão posta em juízo pelo legitimado coletivo, bem como o conteúdo da tutela jurisdicionalmente outorgada, principalmente nos litígios complexos, em que nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos³⁵.

Em um litígio coletivo complexo, há a possibilidade de que a tutela seja revista de múltiplas formas e nunca será claro, *ex ante*, qual das possibilidades é a mais eficaz para a

³³ VITORELLI, op. cit., p. 39-50.

³⁴ MOREIRA, 1988, p. 113.

³⁵ VITORELLI, 2016, p. 20-25.

reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará clara qual a pretensão desejada pela coletividade lesada.

E a extensão dessa legitimidade atribuída aos entes intermediários? É possível que se definam, livremente, a extensão e a modalidade de tutela jurisdicional a ser pleiteada em relação ao conflito coletivo? Com a concessão dessa tutela jurisdicional, será atendido, de modo automático, o interesse da coletividade? A atuação dos legitimados deveria dar conta dessa pluralidade.

Não há critério para orientar a tutela jurisdicional pleiteada. O problema agrava-se em relação aos direitos transindividuais, em razão da maior extensão da coisa julgada coletiva e da indefinição da titularidade desses direitos.

No Brasil, as discussões originárias acerca da titularidade dos direitos de grupo, transindividuais, foram abandonadas, ainda que fossem reputadas relevantes, em favor de uma abordagem pragmática, que garantisse a tutela a esses direitos, independentemente da delimitação de seu conceito. Aceitou-se que esses direitos são de todos, mas não houve explicação quanto a sua abrangência.

Nesse sentido, Edilson Vitorelli pretende reconstruir o conceito de direitos transindividuais, enfatizando sua titularidade, a partir de um marco teórico sociológico. Para isso, o autor demonstra que o conceito de sociedade nunca foi unívoco entre os teóricos da sociologia³⁶.

O nascimento da Sociologia como ciência é atribuído à Auguste Comte³⁷, que cunhou o termo no contexto do surgimento do positivismo científico. Em sua investigação, buscava leis que regeriam o fenômeno social, permitindo o desenvolvimento da ordem. Para Comte, a sociedade transcende amplamente a simples agregação de pessoas; é uma realidade independente dos indivíduos que a compõem.

Assim como Comte, Émile Durkheim³⁸ separa os fatos sociais dos indivíduos. Para ele, a sociedade é uma unidade coletiva que submete os indivíduos por meio dos fatos sociais. O fato social seria toda maneira de exercer coerção exterior. A sociedade tem, portanto, uma existência própria independente dos indivíduos.

³⁶ Ibid., p. 39.

³⁷ COMTE, A. Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. In: COMTE, A. **Comte**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, passim.

³⁸ VITORELLI, 2016, p. 39.

Para Gabriel Tarde³⁹, ao contrário, a realidade social advém dos indivíduos (subjatividade) e das relações intermentais entre eles. Os fatos sociais são laços sociais formados entre os indivíduos.

Há, portanto, um cisma na Sociologia clássica acerca da concepção de sociedade. Entretanto, para falar de sociedade, é necessário que se tenha uma concepção sociológica do termo. Por isso, Edilson Vitorelli, na esteira do pensamento de Anthony Elliot e Bryan Turner⁴⁰, entende que as diversas concepções de sociedade, encontradas em variados sociólogos, podem ser classificadas em três grupos, que mais tarde subsidiarão a análise da titularização dos direitos transindividuais⁴¹: a sociedade como estrutura, a sociedade como solidariedade e a sociedade como criação.

A sociedade como estrutura pode ser definida como o conjunto de concepções que veem a sociedade como um discurso de ordem social, normas e estrutura, em que se prioriza o conjunto em detrimento do indivíduo. Esse grupo tem uma forte interseção com a teoria do Estado, que é a sua manifestação mais evidente⁴².

A sociedade como solidariedade pode ser definida como um discurso de busca pela realização de um ideal de cuidado, sentimento, afeição e simpatia, capaz de criar a comunidade de sentimento. Uma sociedade em que se valoriza a lealdade do membro para com o grupo. A afeição natural e o diálogo existentes nas comunidades são a base para a democracia, daí um forte sentimento de pertencimento e de ausência de individualismo⁴³.

Na sociedade como criação, as relações sociais estão em constante mutação, o que a torna radicalmente descentralizada, indeterminada e fluida. Trata-se de uma teia de interações entre indivíduos, onde o Estado é uma unidade porque entre seus cidadãos existe a correspondente relação de ações mútuas. Assim, a sociedade é somente o nome para círculos de indivíduos vinculados entre si por esses tipos de interações recíprocas⁴⁴.

Cabe destacar que tal base sociológica de entendimento acerca dos tipos de sociedades existentes tem compatibilidade com a adotada por Axel Honneth em sua teoria sobre a liberdade social, outro pilar fundamental do presente trabalho. Honneth adota a visão sociológica de Talcott Parsons⁴⁵, que considera a sociedade como um sistema social

³⁹ TARDE, G. **Monadologia e sociologia**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 112.

⁴⁰ ELLIOT; TURNER, 2012.

⁴¹ VITORELLI, op. cit., p. 39.

⁴² Ibid., p. 42-44.

⁴³ Ibid., p. 45-47.

⁴⁴ VITORELLI, 2016, p. 47-51.

⁴⁵ PARSONS, T. **The social system**. Glencoe: The Free Press, 1951.

caracterizado pelo mais elevado nível de autossuficiência em relação ao seu ambiente e que consistiria numa pluralidade de atores individuais em interação uns com os outros.

Elliot e Turner, base do entendimento sociológico de Vitorelli, não negam o sistema social de Parsons, que também busca a diferenciação das sociedades na capacidade de adaptação de sua organização social, de tal modo que à maior capacidade de adaptação generalizada corresponde uma complexidade crescente.

De acordo com as teorias de Parsons, a sociedade é formada por sistemas e subsistemas, que vão proporcionar, às pessoas de um modo geral, uma qualidade melhor de vida por meio de diferentes buscas.

Nesse sentido, entende-se que, com relação à compreensão de sociedade, não há incompatibilidade entre o pensamento de Talcott Parsons e o de Elliot e Turner, razão pela qual se afigura possível um diálogo entre eles, notadamente com o intuito de viabilizar uma maior interlocução entre Vitorelli e Honneth, como se verificará à frente.

Outro grande entrave no desenvolvimento dos direitos transindividuais é o dogma da indivisibilidade. Sempre se afirmou que a principal característica dos direitos transindividuais é o fato de serem absolutamente indivisíveis, uma vez que não podem ser separados em cotas destinadas a cada titular. Por isso, a satisfação de um implica a satisfação de todos, e a lesão de um constitui a lesão de toda a coletividade.

Tal visão decorre, historicamente, da condição de patrimônio público (como nas Constituições de 1934 e de 1946, e na Lei de Ação Popular) atribuída à proteção desses direitos. A novidade trazida na década de 80 é permitir que eles sejam tutelados independentemente de pertencerem ou de serem equiparados ao patrimônio público. São direitos de todos: o meio ambiente, bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico. No entanto, a expressão *todos* acaba sendo sinônimo de *ninguém*, porque o todo não tem rosto, não é identificável.

Essa indivisibilidade dos direitos transindividuais remonta ao período anterior à década de 80, com a noção de patrimônio público, portanto, indivisível e tutelado pelo Estado. Na década de 80, com o debate incipiente sobre a sua titularidade, permaneceu a pecha da indivisibilidade. Nos nossos tempos, essa mesma “característica” acaba por trazer problemas teóricos e práticos que apenas podem ser solucionados com a superação desse dogma da indivisibilidade.

Edilson Vitorelli esclarece que a afirmação da indivisibilidade dos direitos transindividuais atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade.

Exemplifica com o meio ambiente: embora não se saiba quem são os titulares, passa a ser essencial que se sustente que a lesão a esse bem interessa a todas as pessoas e sua reparação atinge a todos na mesma medida. Para o autor, sem essa igualdade, o conceito inicial desmorona, já que, para definir formas distintas pelas quais pessoas diferentes sofrem lesões ambientais, seria preciso especificar quem são todos, ou dar maior precisão aos contornos do grupo, da sociedade ou de qualquer outra abstração que se pretenda utilizar. Conclui seu pensamento afirmando que a realidade desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos ou toda a sociedade experimente, na mesma intensidade, e com o mesmo interesse, lesões a direitos transindividuais⁴⁶.

Outra característica suscitada por Edilson Vitorelli é a conflituosidade. Para o autor, a conflituosidade, por seu turno, é um indício do equívoco da forma como foi definida a titularidade dos direitos transindividuais; não é um complemento da indivisibilidade dos direitos difusos, mas uma mitigação dela. Se há diferentes interesses no seio do mesmo conflito coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela⁴⁷.

A experiência prática brasileira aponta que existem mais situações em que a solução para a demanda coletiva é incerta e conflituosa do que situações em que a solução é evidente e seria alcançada pela simples não realização da conduta. Apenas a decisão de permitir, impedir ou condicionar a realização do empreendimento é indivisível, não o impacto que acarreta na vida das pessoas envolvidas.

A variação da intensidade do conflito é essencial para a correta compreensão dos direitos transindividuais. Nas demandas de alta conflituosidade, o processo deverá tratar esses conflitos atribuindo-lhes soluções parciais, que decorram do seu próprio escopo finito no tempo, mas o direito, após o processo, poderá ser tão ou mais conflituoso do que era antes dele⁴⁸.

Na década de 80, quando se falava de sociedade, os autores referiam-se, inconscientemente, à linha sociológica de sociedade como estrutura. Imaginava-se uma sociedade orgânica, existente independente dos indivíduos que a compõem e, por isso, com um interesse que poderia ser investigado não com base em fatos, mas com base em abstrações. O único modo de aplicar esse conceito de sociedade ao processo coletivo é entender que a sociedade coincide com o Estado, o que não é correto, principalmente porque,

⁴⁶ VITORELLI, 2016, p. 61-62.

⁴⁷ Ibid., p. 66-71.

⁴⁸ VITORELLI, 2016, p. 68.

em inúmeras ocasiões, o Estado é considerado o responsável pela própria violação de direitos coletivos. Por isso, adotar uma posição organicista significa regredir na proteção dos direitos transindividuais.

Edilson Vitorelli propõe que os direitos transindividuais, devido ao seu perfil variado, devem ser cindidos em três categorias, de acordo com a sociedade que os titulariza, sob a perspectiva da lesão ou ameaça de lesão que é afirmada no processo e que sustenta a pretensão da tutela. A compreensão dessas categorias demanda o estabelecimento de duas premissas: a primeira, relacionada ao objeto, e a segunda, relativa aos conceitos de conflituosidade e de complexidade.

Vitorelli propõe que, em primeiro lugar, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo. O ponto de partida, portanto, é a lesão ou ameaça de lesão. Os direitos transindividuais enquanto íntegros não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não possuem valor econômico, não podem ser usufruídos em cotas. Por isso, o ponto de partida é a violação, e a variação da intensidade da lesão é pressuposto da conceituação dos direitos transindividuais, ou seja, a sociedade que titulariza aquele bem que foi violado nasce com a violação⁴⁹.

Em segundo lugar, a complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente. Quanto mais variados forem os aspectos da violação e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio. A complexidade é um aspecto externo, exógeno⁵⁰.

Em terceiro lugar, a conflituosidade é um elemento que deve ser analisado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto mais variado for o modo como foram atingidos pela violação, maior será a conflituosidade (diversidade de interesses e de posições). A conflituosidade é, portanto, um aspecto interno⁵¹.

Nesse sentido, a complexidade e a conflituosidade são elementos variáveis nos litígios transindividuais. Conclui-se, portanto, de acordo com o posicionamento de Edilson Vitorelli, que os litígios transindividuais existem na sociedade em um estado de indeterminação, não sendo possível precisar a quem pertencem ou qual o seu exato conteúdo. Entretanto, a

⁴⁹ Ibid., p. 73.

⁵⁰ Ibid., p. 74.

⁵¹ VITORELLI, 2016, p. 75.

violação interfere nesse estado e permite que os direitos transindividuais sejam definidos e sua titularidade, delimitada, pelo menos em alguma medida, de acordo com cada conflito.

Assim, cada violação interage com o direito transindividual para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise.

Elliot e Turner dividiram os diferentes conceitos de sociedade em três categorias, fixando três categorias de litígios transindividuais, que correspondem a suas distintas titularidades, de acordo com a natureza do conflito, e que corresponderiam às três concepções de sociedade apresentada pelos sociólogos. Da mesma forma, Edilson Vitorelli propõe três categorias: os litígios de difusão global, os litígios de difusão local e os litígios de difusão irradiada.

A primeira categoria de direitos transindividuais – os litígios de difusão global – é dada pelas situações nas quais a violação não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. A titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura (essa categoria aproxima-se das formulações atuais do processo coletivo). O grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos de modo uniforme e praticamente não há interesse pessoal no conflito. A complexidade, embora possa variar, tende a ser baixa. A sociedade que é relevante para o processo coletivo, porque titulariza o direito material subjacente, nasce com a violação, subdividindo-se em subgrupos correspondentes à sociedade que integra cada Estado nacional⁵².

A segunda categoria são os litígios de difusão local, em que as lesões atingem de modo específico e grave comunidades, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e com fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno (comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas, por exemplo). Aqui se utiliza a aceção de sociedade como solidariedade. A conflituosidade é média, porque a comunidade envolvida é altamente coesa e há um fator de homogeneidade em relação ao resultado do processo. Nesse tipo de litígio, podem ser incluídos litígios decorrentes de direitos transindividuais pertencentes a outras minorias, se existe uma perspectiva social compartilhada por seus integrantes, mesmo que seu vínculo subjetivo seja mais tênue. Exemplos: mulheres, trabalhadores⁵³.

A terceira categoria é a dos litígios de difusão irradiada decorrente da lesão que afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não

⁵² Ibid., p. 76-80.

⁵³ VITORELLI, 2016, p. 80-85.

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. Há alta conflituosidade e complexidade, há múltiplos resultados possíveis para o litígio, e a sociedade titular dos direitos em questão tem interesses marcadamente variados e antagônicos quanto ao seu resultado. O conceito mais adequado de sociedade para identificar essas pessoas que titularizam esses direitos é a sociedade enquanto criação, sociedade elástica, descentralizada e fluida. Suas estruturas são apenas a cristalização dessas interações sociais⁵⁴.

Nesse sentido, a melhor determinação da titularidade dos direitos difusos não só é possível, como também importante para evidenciar a mitigação da indivisibilidade dos direitos transindividuais, quando encarados na perspectiva da violação.

A indivisibilidade é uma indeterminação que tem sido uma fórmula de eliminação da complexidade social no âmbito do processo, sendo prejudicial à qualidade do seu resultado, já que reduz informações disponíveis para orientar a atuação dos sujeitos processuais, no sentido da obtenção de uma solução adequada, à luz da complexidade dos fatos.

A despersonalização do litígio contribui para subtrair do processo a crítica pública, pois reduz o peso das objeções de pessoas efetivamente afetadas pelas consequências negativas da lesão ao direito transindividual subjacente.

Com a nova conceituação apresentada por Edilson Vitorelli, perde relevância a distinção entre direitos difusos e coletivos, pois qualquer um deles poderá ser enquadrado em qualquer uma das três categorias, de acordo com a forma pela qual se apresenta e o tipo de sociedade à qual o direito lesado pode ser atribuído.

Tal classificação, baseada nas características concretas do litígio, 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, vontades e perspectivas dos ausentes, titulares dos direitos materiais, que serão obrigados a conviver com a decisão. Em última análise, a busca pelo devido processo legal coletivo e a efetivação da justiça.

O objeto do presente trabalho restringir-se-á à questão dos litígios de difusão irradiada, por entender-se que são os que ocorrem em maior número e os mais difíceis de serem solucionados, dada sua alta complexidade e conflituosidade.

⁵⁴ Ibid., p. 85-94.

Como já expressei, o trabalho tem como eixos fundamentais os valores justiça e liberdade, aplicados ao processo coletivo brasileiro. Nesse sentido, examinou-se a história do modelo de processo coletivo adotado no Brasil, que culminou com uma fragilidade teórica e prática, acarretando uma pouca efetividade e atingindo o valor justiça, que não é alcançado nos casos concretos.

Edilson Vitorelli, à vista desses problemas, apresenta uma nova tipologia dos litígios coletivos, que será adotada daqui para frente. No entanto, a pesquisa deter-se-á em apenas uma categoria – os litígios de difusão irradiada, que são os mais difíceis de serem enfrentados, além de representarem a maioria dos conflitos hoje no Brasil.

Entende-se que o direito em si e o modelo adotado de processo coletivo, por serem questões de natureza política, interferem não apenas na justiça, mas também diretamente na liberdade dos envolvidos. O tema é bastante complexo e delicado. Com efeito, a discussão dos direitos coletivos, na maioria das vezes, envolve interesses de grandes grupos econômicos ou mesmo do Poder Público.

Embora nossa Constituição Federal assevere, em seu artigo 1.º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, o enunciado não passa de uma ficção. Os atores acima mencionados, grandes grupos econômicos e Poder Público, como foi constatado historicamente, são os dirigentes reais do sistema político e, conseqüentemente, do sistema jurídico, atuando para satisfazer interesses próprios, e não o interesse do povo.

Nesse sentido, o arcabouço legislativo do processo coletivo, apesar de inovador para a época em que foi desenvolvido, tendo trazido efetivamente progresso para o tema, acabou sofrendo limitações que não permitiram o seu avanço. Essas limitações são reflexos dos interesses antagônicos dos reais detentores do poder, que tentam abafar o progresso do direito e do processo coletivo no Brasil, e estão diretamente relacionadas com o cerceamento da liberdade. As tentativas de homogeneização da titularidade dos direitos em conflito, ignorando suas divergências internas, escondem uma falsa definição da pretensão coletiva posta em juízo e, por via de consequência, uma violação de direitos. Ao fim e ao cabo, culminam com o desrespeito da própria liberdade dos membros da sociedade.

Em razão disso, o próximo capítulo concentrar-se-á na análise do valor liberdade. Será apresentada a teoria de Axel Honneth. Buscar-se-á depreender das várias liberdades existentes no pensamento contemporâneo a liberdade que se pretende alcançar com o processo coletivo e que conduzirá à realização da justiça.

3 A LIBERDADE COMO VALOR FUNDAMENTAL

Muitas foram as tentativas de construir um conceito único de liberdade, entretanto, não obtiveram êxito. A liberdade foi abordada de diversas maneiras ao longo da existência humana. Muitos filósofos deram sua contribuição ao tentar refinar e aprofundar o que seria o conteúdo da liberdade. No entanto, após séculos de especulação e de teorização, a liberdade ainda é um tema controverso.

A liberdade é um tema consagrado, portanto, entre os pensadores. Parece ser o valor mais estudado desde a Antiguidade em Aristóteles, passando por Hobbes, Rousseau, Kant e, contemporaneamente, por autores como John Rawls, Hannah Arendt e Axel Honneth, apenas para citar alguns poucos exemplos.

No mundo da prática, por seu turno, a liberdade também não tem contornos bem definidos, uma vez que a sociedade contemporânea caminha a passos lentos na busca de um equilíbrio que passa pelo entendimento da liberdade humana e de seu necessário respeito. Cada sociedade entende a liberdade de acordo com crenças construídas ao longo de séculos. No presente trabalho, o foco será a sociedade ocidental, uma vez que o Brasil está inserido nesse contexto e apoia-se fortemente nos valores fomentados principalmente na Europa Ocidental, notadamente no que diz respeito ao seu ordenamento jurídico.

A partir do século XX, com a nova e frenética dinâmica social, a liberdade parece mais cara e mais difícil de ser alcançada. Nestes novos tempos, a própria sociedade parece restringir a liberdade do homem. Daí o conceito de espaço ou de esfera pública, e a possibilidade de qualquer um debater sobre temas discutíveis, ainda que não sejam conhecidos. Trata-se, portanto, de uma temática de discussão ou de agenda pública.

Cada um dos vários pensadores que tratam do tema tem sua própria definição de liberdade, da qual derivam suas teorias para a efetivação da justiça. O valor liberdade é a viga mestra para a sustentação de todos os direitos pensados e perseguidos pelo homem. A liberdade precisa ser pressuposta para a edificação de qualquer sociedade; antes de deliberar ou anuir, voluntaria ou involuntariamente, o indivíduo precisa ser livre.

Como buscar a igualdade sem pressupor a liberdade entre os envolvidos? Como conquistar a justiça social sem indivíduos livres? Como pensar em formação de vontade pública sem indivíduos livres? E democracia? É de suma importância uma concepção de liberdade que possa dar sustentação a qualquer ordenamento jurídico sério e comprometido com suas premissas.

No presente trabalho, a liberdade entendida como a liberdade social de Axel Honneth é a base da concepção teórica que se pretende desenvolver visando a elaboração de um processo coletivo efetivamente justo. Tentar-se-á aliar a teoria honnethiana à prática do processo coletivo brasileiro.

Defende-se que o processo coletivo precisa deixar de ser um apêndice do processo individual clássico e emancipar-se de acordo com suas necessidades, o que implica a reformulação de suas premissas e o entendimento de que a formação da vontade coletiva deve ser um elemento central que, como se verá, pode resultar do reconhecimento recíproco.

Honneth toma como ponto de partida para suas investigações filosóficas a ideia de emancipação do indivíduo pelo reconhecimento intersubjetivo. Assim, o autor empreende um esforço teórico com o objetivo de sustentar que os valores morais e os princípios normativos que regem a vida em sociedade seriam deduzidos das próprias práticas e relações que se estabelecem nas instituições sociais.

Assim, a concepção de Honneth ancora-se em uma racionalidade imanente às práticas sociais, resultando em uma teoria de natureza social e dialógica, na qual as instituições sociais e as práticas internas seriam a fonte da normatividade moral e da eticidade.

Honneth propõe que a investigação focalize as instituições sociais, depreendendo-se das relações intersubjetivas e das práticas sociais o conteúdo normativo que nelas está implícito. As ideias gerais e os valores aceitos no âmbito de dada sociedade, portanto, seriam reconstruídos a partir da análise empírica das diversas esferas institucionais que marcam a vivência na sociedade contemporânea.

Daí o caráter completo e analítico da teoria honnethiana que alia teoria e concretude da vida real, aspectos importantes para o desenvolvimento de uma possível teoria do direito coletivo capaz de ser utilizada de forma prática.

Para tanto, Honneth faz uma atualização histórica do conceito de liberdade, observando que, no discurso moral da modernidade, foram constituídos três modelos claramente delimitados para os conflitos em torno do significado de liberdade: a liberdade negativa, a partir da autonomia individual e da posituação dos direitos subjetivos; a liberdade reflexiva, relacionada à afirmação pessoal e racional do sujeito; a liberdade social, que procede da eticidade estabelecida no plano social.

A liberdade social consistiria, portanto, na liberdade decorrente da interação intersubjetiva, ancorada em uma teoria do discurso. Seu pano de fundo é a ideia de sociedade democrática e cooperativa. Nessa concepção, social é a circunstância segundo a qual

determinada instituição da realidade social já não é considerada mero aditivo, mas condição e meio para o exercício da liberdade.

Após, trata-se da liberdade jurídica, que parte da ideia liberal de liberdade negativa. De fato, os indivíduos teriam a sua liberdade assegurada por um conjunto de direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado, constituindo-se a partir daí uma esfera privada de ação e autorreflexão, bem como os problemas que dela decorrem face ao obstáculo posto para as relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco.

Honneth parte da concretude social para sua reconstrução normativa. Apresenta uma teoria com conteúdo, elege o valor liberdade como determinante para propiciar o bem da sociedade. Entretanto, a liberdade defendida por Honneth vai muito além das concepções até então apresentadas e disseminadas na sociedade. Assim, eleito o valor liberdade como viga mestra para a realização dos demais valores adotados em cada sociedade, o autor, embasando-se na filosofia do direito de Hegel, apresenta sua teoria.

Sua concepção de justiça fundamenta-se na teoria crítica social. Nesse sentido, parte da análise concreta da realidade social para, por meio da reconstrução normativa, desvelar e criticar a realidade a fim de propor formas de justiça social.

Esse mecanismo de análise, a partir da concretude social, traz uma real visibilidade; em outras palavras, permite desvelar os conflitos sociais atuais existentes na sociedade. Honneth defende que somente podemos ter consciência das exigências de uma justiça social, por meio da análise das lutas reivindicatórias e que ainda não foram satisfeitas no processo histórico de demanda social⁵⁵.

É certo que em todas as sociedades existem conflitos sociais e eles são legítimos e inerentes ao convívio social. Entretanto, a clara compreensão desses litígios propicia o entendimento das exigências futuras da justiça social, que é o que se busca pôr em prática.

Apenas com uma abordagem ancorada na realidade social, é possível de forma concreta propor alternativas para uma concepção de justiça viável, fundada nos valores determinantes em cada sociedade.

O método utilizado por Honneth é a reconstrução normativa, entendida como o processo pelo qual se procura implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade, já que os valores justificados de modo imanente são, de

⁵⁵ HONNETH, 2015, p. 11.

maneira direta, tomados como o fio condutor da elaboração e da classificação do material empírico⁵⁶.

3.1 A liberdade em Axel Honneth

A filosofia política contemporânea está distante da análise concreta da sociedade, e isso se deve ao fato de seus pensadores partirem de pressupostos meramente normativos. O mundo da teoria é muito diverso da realidade social; o padrão de sociedade ou de indivíduo, apenas para exemplificar, não é encontrado na massa de indivíduos concretos viventes no mundo real. Assim, pressupostos, condutas e expectativas pensadas e reveladas teoricamente não encontram guarida na dia a dia do mundo real.

Esse distanciamento entre a teoria e a prática dificulta a análise eficaz da sociedade real pelos pensadores contemporâneos, que poderiam trazer proposições ou mesmo elementos contundentes para o entendimento social e perspectivas para o seu desenvolvimento. O modelo abstrato de ser humano precisa dar lugar aos indivíduos reais que compõem a sociedade contemporânea para fins de análise e tentativa de superação de suas mazelas.

Embora faça da liberdade o ponto de partida de sua teoria, Honneth, distanciando-se da forma de abordagem dos seus contemporâneos, adota uma concepção de justiça pela via da teoria crítica social. Nesse sentido, o autor parte da análise concreta da realidade social para, por meio da reconstrução normativa, desvelar e criticar a realidade a fim de propor formas de justiça social.

Esse mecanismo de análise, a partir da concretude social, traz uma real visibilidade; em outras palavras, permite desvelar os conflitos sociais atuais existentes na sociedade. Honneth defende que somente podemos ter consciência das exigências de uma justiça social, por meio da análise das lutas reivindicatórias e que ainda não foram satisfeitas no processo histórico de demanda social⁵⁷.

Nesse sentido, apenas com uma abordagem ancorada na realidade social é possível de forma concreta propor alternativas para uma concepção de justiça viável, fundada nos valores determinantes em cada sociedade.

O método utilizado por Honneth, a reconstrução normativa, já foi apresentado na parte introdutória do presente trabalho. Apenas para retomar a questão, lembramos que esse método consiste em procurar implantar as intenções normativas de uma teoria mediante a teoria da

⁵⁶ Ibid., p. 24.

⁵⁷ HONNETH, 2015, p. 11.

sociedade, já que os valores justificados de modo imanente são, de maneira direta, tomados como o fio condutor da elaboração e da classificação do material empírico⁵⁸.

Nesse sentido, é necessário compreender que a sociedade é orientada por determinadas ideias e valores comuns, por isso tende a ser um todo integrado com um núcleo duro que une seus integrantes, tendo em vista fins comuns não apenas individuais, mas também institucionais, o que garante a legitimidade da ordem social.

Ademais, tais valores compartilhados devem fazer parte do conteúdo da ideia de justiça, orientando a atuação individual e institucional. É importante ressaltar que os valores e normas de referência só se tornam garantidores da reprodução social quando se cristalizam a partir de relações de reconhecimento: o estabelecimento de obrigações de papéis mutuamente complementares fazem com que os indivíduos sejam capazes de distinguir nas atividades livres de seus parceiros de cooperação uma condição para a efetivação das próprias finalidades.

A reconstrução normativa deve ser entendida, então, como o processo de ordenação das rotinas e instituições indispensáveis à reprodução social, ancoradas nos valores aceitos como universais e partilhados pela sociedade.

Por fim, o procedimento seguido por Honneth – a reconstrução normativa – pode também representar uma oportunidade de aplicação crítica. Assim, o procedimento proposto não apenas desvela, pela via reconstrutiva, as instâncias da eticidade já existentes, mas também torna possível criticá-las à luz dos valores incorporados em cada caso.

Nesse sentido, a reconstrução normativa fundamenta-se na realidade social, nos valores universais e partilhados pela sociedade, na atuação de suas instituições e, de forma crítica, pode apontar inconsistências, mas também formas de superação das mazelas vividas.

Em sua teoria, inspirando-se em Hegel, Honneth assume como valor central a liberdade entendida como liberdade social. Seu ponto de partida é a crítica às duas modalidades de liberdade conhecidas: a liberdade negativa, isenta de conteúdo (abstencionista), e a liberdade reflexiva, ampliada para o interior, sem estender-se para fora, para a esfera da objetividade.

3.1.1 A liberdade negativa

⁵⁸ HONNETH, 2015, p. 24.

A ideia de liberdade negativa surgiu no período das guerras civis religiosas dos séculos XVI e XVII. A liberdade, em seu nível mais elementar, é a ausência de resistências externas que poderiam obstruir os movimentos possíveis dos corpos individuais. Obstáculos internos não deveriam ser considerados restrições à liberdade.

Assim Hobbes descreve a liberdade: “Conformemente a este significado próprio e geralmente aceito da palavra, um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer”⁵⁹.

Hobbes tenta evitar que tenha relevância o tipo de objetivos perseguidos pelo indivíduo. A ideia central sempre foi a de assegurar aos sujeitos uma margem de ação protegida para ações egocêntricas, liberadas de pressões por responsabilidade.

Em Hobbes, o livre estabelecimento de objetivos (que podem valer como fins legítimos de ações livres) acabou por inspirar, de forma contrária às suas convicções, o surgimento do pensamento de liberdade cuja principal preocupação é a defesa de idiosincrasias. A doutrina hobbesiana também expressa a tendência a conceder aos sujeitos a possibilidade de personalismo e de excentricismo (século XXI, apogeu da individualização).

O entendimento acerca da liberdade nesse período histórico é então negativo já que não se deve voltar a questionar os seus objetivos quanto à capacidade de satisfazer ou não suas condições de liberdade. Tampouco o devem ser quanto à escolha existencial e aos desejos que serão satisfeitos, bastando o ato puro e desimpedido de decidir para que a ação resultante seja qualificada como livre.

Para Hobbes, o molde vazio, criado para representar a liberdade individual, é limitado para o interior, ainda que pela condição de uma racionalidade do interesse próprio.

Quase todas as teorias que defendem a liberdade negativa utilizam como instrumento a ficção de um estado de natureza – apresentam como poderia ter sido o convívio social se não houvesse a força coercitiva do Estado (teorias contratualistas).

As teorias de justiça que remontam a Hobbes tendem a apresentar o homem como um ser atômico – que não possui interesse além de agir sem restrições segundo suas próprias preferências circunstanciais.

As teorias que partem desse núcleo duro podem até divergir quanto ao modo como deve ser concebido o estado fictício de partida, mas sempre a ficção de um estado natural deve assumir um papel central na teoria da liberdade negativa.

⁵⁹ HOBBS, T. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004, p. 73.

O conceito de liberdade repercute diretamente na acepção de justiça em cada caso. É evidente que o conceito negativo de liberdade afeta igualmente a natureza e a extensão das concepções de justiça desenvolvidas.

Na liberdade negativa, não há permissão para que os cidadãos do Estado sejam autores e renovadores de seus próprios princípios jurídicos. Para isso, seria necessária a existência de um interesse de cooperação com todos os demais, o que é incompatível com a liberdade apenas negativa⁶⁰.

O ordenamento jurídico, nesses casos, é diminuto e serve apenas como mediador para que os indivíduos consigam conviver de forma minimamente harmoniosa. A tarefa que cabe a essa concepção liberal de justiça consiste em justificar uma liberdade individual que permita as restrições necessárias para uma convivência pacífica de todos os sujeitos individuais.

Nesse sentido, não há que se falar em valores partilhados ou em noção de reconhecimento do outro, em alteridade. O que importa é tão somente a permissividade da conduta individual desamparada de qualquer valor pressuposto.

Honneth assim esclarece o papel do direito na acepção de liberdade negativa:

O direito que aqui é socialmente concedido à liberdade individual reduz-se a uma determinada esfera de perseguição irrestrita dos próprios objetivos, que eventualmente são também arbitrários e idiossincráticos; tal direito não se estende nem à cooperação para a regulamentação estatal, nem qualquer interação com os demais cidadãos, seus pares no direito. [...] Isso leva ao negativismo da concepção de justiça: aquilo que normativamente se visa é uma restrição, por política de segurança, daquela liberdade negativa cuja manutenção é seu eixo gravitacional e ponto cardeal⁶¹.

Em nenhum caso, a liberdade do sujeito permite estabelecer seus próprios fins. Portanto, o que ele deseja realizar no mundo é sempre causalidade, seja da natureza interna, seja do espírito anônimo que conduz o sujeito à escolha de seus objetivos e ações.

Tal forma de entender a liberdade reflete no ordenamento jurídico desenvolvido pela sociedade. Em uma sociedade que busca a liberdade negativa, o ordenamento jurídico tende a ser mínimo, exatamente para abrir espaço para o exercício pleno da liberdade individual, sem muitas restrições, apenas para garantir o convívio mínimo entre liberdades individuais. O “corpo social” como um todo (e seus possíveis valores) é deixado de lado para preservar o indivíduo e suas vontades, desprovidas de qualquer critério valorativo, já que a ideia de valor não é apreciada.

⁶⁰ HONNETH, 2015, p. 55.

⁶¹ Ibid., p. 56-57.

Apenas a título exemplificativo, em uma sociedade que preza a liberdade negativa, não há que se pensar em processo coletivo. A ideia de coletivo ou de coletivização de direitos não existe, já que o que se compreende é o direito individual garantido pela mínima intervenção estatal nos aspectos da vida privada. Não se concebe compartilhamento de direitos ou valores.

Pode-se afirmar que durante muito tempo o ideário da liberdade negativa prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da Constituição Federal de 1988, abriram-se novas possibilidades, principalmente com a consagração de direitos e garantias coletivas. No entanto, apesar do que consta no texto escrito da Constituição, a teoria não condiz com a prática, e ainda se precisa de muito esforço social e político para tentar efetivar direitos sociais e coletivos.

Com o passar do tempo e as mudanças sociais, tal forma de pensar a liberdade foi cedendo espaço para outras perspectivas. Para além dessas fronteiras, começa-se a delinear o conceito a que se faz referência na modernidade – a autodeterminação individual. Tal conceito abarca duas formas diferentes de liberdade. A primeira delas é a reflexiva.

3.1.2 A liberdade reflexiva

A ideia de liberdade reflexiva remonta à pré-história do pensamento intelectual da Idade Moderna. Aristóteles entendia que, para ser livre, o indivíduo tinha de chegar às suas próprias decisões e poder realizar sua vontade. Para ele, é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir ou não agir, isto é, aquele que é causa interna de sua ação ou da decisão de não agir. A liberdade é, pois, concebida como o poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma ou para ser autodeterminada⁶².

A ideia de liberdade reflexiva, portanto, pode ser entendida da seguinte forma: é livre o indivíduo que consegue se relacionar consigo mesmo de modo que em seu agir ele se deixe conduzir apenas por suas próprias intenções⁶³.

Constata-se, pois, que a partir de então a intenção do indivíduo em sua liberdade de agir deve ser considerada, ao contrário da liberdade negativa, em que as intenções eram totalmente desconsideradas. Assim, o caráter moral das ações livres dos indivíduos começa a ser levado em conta para fins de apreciação da conduta, o que gerará, mais à frente,

⁶² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014.

⁶³ HONNETH, 2015, p. 58-59.

considerações jurídicas sobre a conduta e o exercício da liberdade, bem como um reflexo na esfera jurídica do outro.

O cerne da ideia de liberdade reflexiva surgiu primeiramente na proposta de diferenciação entre ações autônomas e heterônomas, que teve como precursor Rousseau. Nas suas obras *Emílio ou da educação* e *O contrato social*, Rousseau sustentava que o homem não pode ser considerado livre enquanto depender da “ânsia dos meros apetites”; ele só alcança a liberdade na medida em que exerce a “obediência às leis que ele próprio se impôs”⁶⁴. Trata-se de uma cisão da natureza humana: liberdade ética em conflito com os “apetites”. Para Rousseau, a diferença entre ações heterônomas e autônomas decorre de uma diferença na autopercepção do sujeito ativo.

Apesar das limitações de Honneth, suas reflexões tateantes sobre autolegislação e sua definição do livre agir apontam o caminho para estabelecer o fundamento das duas versões da noção de liberdade reflexiva⁶⁵.

Honneth prossegue em seu raciocínio, esclarecendo que Kant parte da ideia de Rousseau de que a liberdade é resultado da autolegislação para desenvolver seu conceito de autodeterminação e depois chegar ao imperativo categórico. Ao mesmo tempo, pré-românticos e adeptos do idealismo alemão entendem que a liberdade depende da articulação de desejos genuínos ou autênticos (autenticidade). E a distinção de Rousseau sobre ações autônomas e heterônomas abre dois caminhos intelectuais. Ambos explicam a estrutura reflexiva da liberdade individual.

Kant acrescenta aos elementos da teoria da liberdade de Rousseau a interpretação da liberdade individual segundo um modelo de autolegislação. O homem deve ser considerado livre uma vez que possui fortuna e na medida em que tem capacidade para formular leis para seu agir e fazer-se ativo em conformidade com elas⁶⁶.

Assim, Kant chega ao imperativo categórico, prescrevendo que se deve agir de tal maneira “que tornas a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente meio”⁶⁷. O homem é realmente livre ao orientar sua ação por leis morais que ele se deu no exercício de sua vontade.

Para Kant, a liberdade reflexiva consiste na adoção da perspectiva segundo a qual “eu tenho o dever moral de tratar todos os demais sujeitos da mesma maneira, como autônomos,

⁶⁴ ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. Tradução: Tiago Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

⁶⁵ HONNETH, 2015, p. 63.

⁶⁶ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50-68.

⁶⁷ KANT, loc. cit.

como eu próprio esperaria ser tratado por eles”. Essa perspectiva distingue-se claramente da aceção de liberdade negativa, em que o outro não é considerado, mas apenas a livre vontade individual. Nesse sentido, a figura do outro e da moralidade começa a surgir.

Honneth apresenta um outro caminho, seguido por aqueles que veem em Rousseau o defensor da sinceridade – e não o teórico da autolegislação. A reflexividade da liberdade individual consiste em tornar-se um indivíduo real, que se apropria de sua vontade própria e autêntica e a articula em um processo de reflexão. Para Rousseau, o exercício da liberdade só termina quando o indivíduo tem o sentimento de haver realizado precisamente os desejos e as intenções que verdadeiramente residem em si mesmo. Essa ideia de autorrealização opõe-se à autonomia moral de Kant, na medida em que antepõe normativamente o bem próprio ao bem universal⁶⁸.

Ambos os modelos de liberdade surgidos a partir de Rousseau concebem a liberdade individual como mero produto de um esforço reflexivo, compreendendo que a liberdade negativa não penetra no âmbito do estabelecimento de objetivos ou finalidades. O sujeito é representado de uma perspectiva externa como livre, sem que se considere se as intenções por ele realizadas chegam a satisfazer as condições de liberdade.

Ambos partem da ideia de Rousseau de que a liberdade individual está atrelada aos requisitos de uma vontade livre: em seu agir, o indivíduo limita-se às intenções ou fins livres de qualquer coação.

De acordo com Honneth, por um caminho de descentralização do Ser, enveredaram os filósofos Karl-Otto Apel, Habermas, Peirce e Mead, que passaram a identificar o sujeito moral no mundo a toda comunidade de comunicação. Esse movimento ficou conhecido como a “virada linguística”⁶⁹.

Amplia-se o “eu” para o “nós”, a figura do outro passa a ser considerada para fins de apreciação da liberdade. O que até então devia ser esforço de um sujeito solitário, autorreferente, passa a ser interpretado mediante uma viragem teórica linguística, como produto comunicativo dos membros de uma comunidade linguística.

A ideia de liberdade reflexiva, que em Kant é inteiramente monológica, adquire um significado teórico intersubjetivo que lhe permite ancorar-se fortemente nas estruturas sociais do mundo real.

⁶⁸ HONNETH, 2015, p. 65-66.

⁶⁹ Ibid., p. 69-70.

O sujeito só chega à autonomia da autolegislação ao socializar-se numa comunidade comunicativa na qual aprende a compreender-se como destinatário das normas gerais que, simultaneamente, foi ele próprio que constituiu com todos os demais.

Mas, para Honneth, a ampliação do “eu” para o “nós” ainda não é suficiente. O que se mantém oculto é que tanto o “eu” como o “nós” só podem realizar sua autodeterminação se encontrarem, na realidade social, as condições institucionais que proporcionem aos seus objetivos uma oportunidade de realização⁷⁰.

Assim como a liberdade negativa possui uma concepção de justiça, os diferentes conceitos de liberdade reflexiva levaram a diferentes formas de conceber a justiça social. A ideia de liberdade negativa leva a uma concepção de justiça que promove um sistema social egoístico. Já a ideia de autonomia moral encontra-se sempre em uma concepção processual que serve a tal sistema social de cooperação ou de deliberação democrática.

Nesse caso, o sistema mantém-se indeterminado quanto ao conteúdo – por motivos conceituais, a teoria não deve antecipar as decisões a que os sujeitos autônomos só deveriam chegar sozinhos (a partir da dinâmica processual, da cooperação e da deliberação democrática)⁷¹.

As ideias de liberdade e de justiça tornam-se ambíguas no campo da autodeterminação, tão logo a liberdade reflexiva do indivíduo é interpretada segundo o padrão da “autorrealização” ou da “autenticidade”.

Há uma cisão das concepções de justiça que, ao remeter ao ideal de autorrealização, são divididas em suas subclasses: individualista e coletivista.

Na concepção individualista, a reflexividade da autorrealização é percebida como um esforço produzido por um sujeito individual. A própria concepção de justiça correspondente possui corte individualista: o ordenamento justo deve ser pensado como uma soma de recursos sociais e precondições culturais que devem permitir ao sujeito individual articular, sem coerções, seu autêntico si mesmo ao longo de sua vida⁷².

Na concepção coletivista, o esforço inerente à autorrealização é visto como empreendimento de uma comunidade, sendo assim cooperativo. O indivíduo em si mesmo não tem a capacidade de autorrealizar-se, depende da comunidade. A liberdade é sempre e tão somente resultado de um esforço reflexivo, que só pode ser consumado por um coletivo. Aqui a concepção de justiça pode assumir diferentes formas: a versão democrática dessa

⁷⁰ HONNETH, 2015, p. 78-80.

⁷¹ Ibid., p. 74-75.

⁷² Ibid., p. 75-76.

representação de justiça é a que se tem no republicanismo liberal (Hannah Arendt e Michael Sandel). Os membros da sociedade aspiram a discutir e negociar publicamente todas as questões comuns, de modo que a deliberação intersubjetiva no espaço público só deve ser compreendida como forma coletiva de autorrealização⁷³.

Assim, as pontes para a tematização da justiça só são feitas se os arranjos institucionais de uma dada sociedade puderem manter a solidariedade necessária à cidadania. É justo o que tender socialmente a promover as posições solidárias que compõem uma condição necessária para a atividade comum no espaço público. Então o estofado dessa noção abstrata de justiça dependerá também do que vier a ser considerado para garantir a integração social da comunidade política.

No entanto, para Honneth, em nenhum dos dois modelos de liberdade reflexiva, foram indicadas as condições sociais que possibilitariam o exercício da liberdade em cada caso, já como componentes da liberdade. Essas condições só entram em jogo com a questão do ordenamento jurídico quando se tematizam também as oportunidades de realização social.

Em ambos os casos, circunstâncias desse tipo (condições sociais que possibilitem o exercício da liberdade) só entram em cena quando o exercício da liberdade já foi completamente determinado. Elas são como aditivos, acrescentados como elementos de justiça social, e não pensados como seu momento interno⁷⁴.

No campo da liberdade reflexiva, uma exceção a essa lógica da posteridade reside numa determinação teórico-discursiva da liberdade: uma vez que a execução dos esforços reflexivos está atrelada à condição de participação em estruturas discursivas, a interpretação social do discurso não é meramente um prolongamento externo, mas um componente da própria liberdade.

É essa ampliação institucional do conceito de liberdade que servirá de diretriz ao terceiro conceito de liberdade, que é social. Segundo essa concepção, a ideia de liberdade reflexiva não se deixa desdobrar sem incluir as formas institucionais que possibilitam o seu exercício⁷⁵.

O que Honneth busca é exatamente a ligação entre teoria e prática. Não basta apenas abstrativizar o que deveria ser, é preciso mostrar a forma possível de realização da liberdade social por meio de ambientes institucionais propícios para tanto, o que refletiria diretamente no ordenamento jurídico e na construção da justiça social. Essas alterações são mais

⁷³ HONNETH, 2015, p. 77-78.

⁷⁴ Ibid., p. 80.

⁷⁵ HONNETH, loc. cit.

claramente percebidas na forma de condução do processo coletivo, como mais à frente se analisará.

3.1.3 A liberdade social

A liberdade social seria resultado de um esforço teórico para compreender que o critério subjacente ao pensamento da liberdade reflexiva deveria ser ampliado até mesmo às esferas que tradicionalmente se contrapõem ao sujeito como liberdade externa⁷⁶.

A chave da concepção de liberdade social está na formulação do “estar consigo mesmo no outro”. Baseia-se na ideia de instituições sociais que permitem aos sujeitos se relacionarem uns com os outros, já que eles poderiam compreender sua contraparte como outro em si mesmo⁷⁷.

O reconhecimento recíproco é a chave da ideia de liberdade. Na liberdade reflexiva, o homem mantém-se separado do mundo exterior, dos dispositivos e instituições sociais. Os sujeitos reconhecem a necessidade de complementaridade de seus respectivos fins e visualizam na contraparte o outro de si mesmo⁷⁸.

A liberdade até então reflexiva amplia-se para converter-se numa liberdade intersubjetiva. Essa concepção intersubjetiva estende-se para um conceito social de liberdade. Essa ampliação reflexiva → intersubjetiva → social é um elemento fundamental na teoria de Honneth.

Nessa medida, o sujeito só é livre quando, no contexto de práticas institucionais, encontra uma contrapartida com a qual se conecta por uma relação de reconhecimento recíproco, para que, nos fins dessa contrapartida, ele possa vislumbrar uma condição para realizar seus próprios fins. Em outras palavras, a verdadeira liberdade ocorre quando os sujeitos envolvidos reconhecem a complementaridade de seus respectivos fins.

Para Hegel, essa estrutura social da liberdade reproduz o modelo do amor entre homem e mulher. Hegel amplia sua teoria do reconhecimento ao dar-se conta da economia nacional, pois o mercado econômico constitui essa instituição de reconhecimento. Na esfera do mercado, os sujeitos devem ter de reconhecer-se reciprocamente, pois, em sua contraparte,

⁷⁶ HONNETH, 2015, p. 80-81.

⁷⁷ Ibid., p. 85.

⁷⁸ Ibid., p. 85-86.

eles percebem aqueles que, por meio de sua oferta econômica, garantem a satisfação de suas necessidades puramente egocêntricas⁷⁹.

Compreender o mercado como uma forma nova e indireta do “em-si-do-si mesmo no outro” significa “aprender a entender que essa instituição cria uma relação de reconhecimento pela qual os indivíduos podem ampliar a sua liberdade”⁸⁰.

Em suma, para Honneth, a liberdade do indivíduo só é estabelecida onde ele pode participar de instituições cujas práticas normativas assegurem uma relação de reconhecimento recíproco. Em outras palavras, os indivíduos só podem vivenciar e realizar a liberdade quando participam de instituições sociais caracterizadas por práticas de reconhecimento recíproco.

Por isso, Honneth apresenta um terceiro conceito de liberdade, no qual a subjetividade e a objetividade particular e universal estão reconciliadas (reconciliação entre liberdade subjetiva e objetividade).

Nessa toada, as diversas concepções de liberdade dão origem a diversas concepções de justiça. Para Hegel e também, em nosso entendimento, para Honneth, não é justo o ordenamento social moderno que se manifesta como reflexo fiel do resultado de um contrato social fictício ou de uma construção da vontade democrática. As propostas de construção estão fadadas ao fracasso por prometerem aos sujeitos, em sua condição de colaboradores em tais processos, uma liberdade que eles não obteriam sem participar de instituições que já são justas⁸¹.

Toda a teoria de Hegel decorre de uma apresentação de relações éticas, de uma reconstrução normativa daquele ordenamento escalonado de instituições, nas quais os sujeitos podem realizar sua liberdade social experimentando o reconhecimento recíproco. E é o que busca Honneth.

Hegel também deseja integrar a seu sistema de eticidade as outras duas formas de liberdade, a negativa e a reflexiva. Por meio da concessão de “direitos abstratos”, os sujeitos devem poder, sob circunstâncias precárias, fazer uso de sua liberdade negativa. Por meio do reconhecimento de sua “moralidade”, ao contrário, devem poder fazer valer suas convicções suscitadas por uma reflexão contrária ao ordenamento imperante.

Ambas devem acompanhar o sistema ordenado das instituições éticas, somente são admitidas enquanto não colocarem em risco a real liberdade, a social. Assim, Hegel integra a liberdade negativa, a reflexiva e a social a sua concepção de justiça social.

⁷⁹ Ibid., p. 87.

⁸⁰ HONNETH, 2015, p. 89.

⁸¹ Ibid., p. 109-110.

O pensamento de Hegel é adotado por Honneth, que o atualiza metodologicamente e apresenta sua própria teoria com base na reconstrução normativa, com base na concepção de intersubjetividade e de institucionalidade.

Portanto, além da reconstrução normativa, a intersubjetividade e a institucionalidade são primordiais na teoria de Honneth. A sua teoria ganha concretude com base na noção de que a aspiração de liberdade do indivíduo só é satisfeita no seio de instituições ou com o amparo delas. Apenas por meio de práticas institucionais, o sujeito encontra a contrapartida com a qual pode conectar-se em uma relação de reconhecimento recíproco, e seus fins podem encontrar-se com os fins de sua contrapartida.

O Estado Democrático de Direito apareceu quando se firmou um novo sistema de liberdades subjetivas, no qual os destinatários dos direitos positivos podiam compreender-se simultaneamente como seus autores⁸². Dito de outro modo, os sujeitos deixam o plano passivo, em que apenas suportam as determinações do ordenamento jurídico, e passam a poder de forma ativa participar e influir na construção do direito.

Assim, na condição de autores, os indivíduos poderiam entender-se apenas na cooperação ativa com os outros partícipes do direito. Dessa forma, além da autonomia privada, aos partícipes da sociedade é concedida uma autonomia coletiva, graças à qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos e como deverão ser executados. Trata-se dos direitos políticos.

Na categoria dos direitos políticos, a relação jurídica indica uma esfera social de liberdade, cuja condição de existência é todo um conjunto de formas éticas de comportamento⁸³.

Essa esfera da liberdade, considerando a existência de regulamentos de ação sancionados pelo Estado, suscita a necessidade do conhecimento de um sistema de ações institucionalizado. Adotar um sistema de ações institucionalizado, segundo Honneth, é servir-se da liberdade jurídica e praticá-la, tomando parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada, regulada por normas de reconhecimento recíproco⁸⁴.

Assim, em uma acepção ética de direitos subjetivos, a liberdade jurídica não significa apenas uma ação individual e isolada do sujeito ante os demais integrantes da sociedade. Ao revés, a liberdade jurídica decorre de um sistema de ações institucionalizado; portanto, para exercê-la, deve-se tomar parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada.

⁸² HONNETH, 2015, p. 129.

⁸³ Ibid., p. 146.

⁸⁴ Ibid., p. 147.

Nessa medida, a liberdade jurídica só pode ser exercida no seio de instituições reguladas de forma intersubjetiva. Para tanto, tais sistemas de ação devem satisfazer a três condições: (1) os sistemas institucionalizados devem ser baseados em uma norma compartilhada comum; (2) a relação de reconhecimento deve consistir em uma recíproca atribuição de estatuto, todos podem prever os comportamentos e esperar por uma consideração normativa; (3) a autorrelação deve ser específica, desembocando na formação de competências e de atitudes necessárias à participação nas práticas constitutivas⁸⁵.

No entanto, esse sistema de liberdades jurídicas permite que os sujeitos ocultem suas verdadeiras intenções, já que na interação social os sujeitos podem não considerar motivos e orientações de valores pessoais. Isso ocorre porque os sujeitos participantes concedem-se reciprocamente o estatuto normativo, agindo sem que haja pressão de justificação no âmbito público, desde que não violem os princípios de direito aprovados pela sociedade.

Assim, em que pese a existência de uma garantia estatal – que, com seu poder de coerção, age para que os direitos sociais de participação e liberdade assegurem a cada sujeito, em igual medida, um espaço de proteção individual, ficando a juízo de cada um os seus próprios planos de vida –, acaba sendo impossível o acesso ao mundo de ligações e responsabilidades intersubjetivas.

Nesse sentido, os planos de vida alternativos são realizados apenas de modo monológico. Por isso, Honneth entende que, com base apenas na liberdade jurídica, já não é possível conduzir reflexões éticas em forma de diálogos. Segundo ele, devemos sair do papel de entidades jurídicas para poder encarar as tentativas de uma discussão transferida para o âmbito interno de nossos objetivos de vida⁸⁶.

Para Honneth, de modo algum, a liberdade jurídica apresenta-se como uma esfera ou um lugar de autorrealização individual, uma vez que não abre a oportunidade para a realização de bens ou de objetivos. Por isso, devemos abandonar a esfera da liberdade jurídica para adotarmos deveres de uma justificação intersubjetiva⁸⁷.

A liberdade jurídica está diretamente ligada à gramática dos direitos e à ideia de posições jurídicas, o que conduzirá ao que Honneth chama “patologia”, que será mais bem detalhado no próximo tópico.

⁸⁵ HONNETH, 2015, p. 147-148.

⁸⁶ Ibid., p. 153-154.

⁸⁷ Ibid., p. 154-155.

Nesse sentido, o sistema institucionalizado da liberdade jurídica representa uma porta de entrada para patologias, exigindo dos participantes um elevado grau de abstração, razão pela qual se vão acumulando regularmente erros de interpretação⁸⁸.

Honneth denuncia o processo de juridificação dos setores da vida que outrora se organizavam de maneira amplamente comunicativa e sua forte influência na atualidade, com o efeito “ideológico” da crescente orientação de discursos políticos para a seara do direito⁸⁹.

A submissão dos processos da vida real ao meio jurídico produz a obrigação de prescindir de experiências concretas dos participantes, de permitir que suas necessidades valham apenas na medida em que se ajustam ao esquema de interesses de tipificação geral, dissociando-se dos contextos comunicativos da vida:

em vez de necessidades individualizadas, são valorizados interesses generalizáveis e, em vez das normas e valores existentes, recorre-se a princípios de conformidade ao direito; no lugar de regulamentações conflituosas nas comunicações surgem, rápida e quase exclusivamente, procedimentos de conciliação judicial⁹⁰.

Nesse panorama, perdem-se as relações intersubjetivas que legitimavam a aplicação e o processo jurídico. E os indivíduos utilizam o direito como forma de repelir qualquer tipo de relação com o outro, como um trunfo para fazer valer suas expectativas previstas no direito sem qualquer forma de justificação valorativa.

Assim, a subjetividade do indivíduo não é imobilizada em função da entidade jurídica, apenas reproduz o caráter suspensivo do direito, ao manter-se livre de toda decisão vinculadora⁹¹.

Os direitos subjetivos servem somente para questionar e revisar as ideias de bem, não servem para preparar e formular novas versões dela. O que se busca é o abandono da noção de entidade jurídica e, com isso, a interrupção da discussão pela evocação do direito subjetivo, o compartilhamento de motivos, com parceiros de interação que nos obrigam a fundamentar nossas divergências.

Considerando a dinamicidade do direito, as instituições devem garantir práticas e convicções democráticas para a atualização dos direitos. Nesse sentido, a liberdade só pode ser completa quando, para além da liberdade negativa, puramente privada, o indivíduo pode autorrealizar-se sem que isso acarrete danos aos demais, no seio de instituições, por meio do reconhecimento recíproco com os demais, realizando a verdadeira liberdade, a social.

⁸⁸ Ibid., p. 159.

⁸⁹ HONNETH, 2015, p. 163.

⁹⁰ Ibid., p. 164-165.

⁹¹ Ibid., p. 171.

3.1.4 A liberdade jurídica e suas patologias

Nas sociedades liberais atuais, julga-se que todas as liberdades necessitam de uma autonomia privada juridicamente garantida; são os direitos subjetivos. A eles apenas foram acrescentadas outras categorias pensadas como complementares, como a dos direitos sociais.

O conceito honnethiano de liberdade jurídica parte da concepção liberal de liberdade negativa: os indivíduos teriam a sua liberdade assegurada por um conjunto de direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado, constituindo-se a partir daí uma esfera privada de ação e autorreflexão.

Nesse sentido, Honneth esclarece:

Nas sociedades modernas e liberais prevalece, desde seus primórdios, uma unidade altamente abrangente, pois os indivíduos só podem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem de ação que, protegida pelo Estado, lhes possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções⁹².

Essa é a base de toda a positivação do sistema jurídico moderno: regras garantidas e sancionadas pelo Estado, assegurando em igual medida a autonomia privada de todo e qualquer cidadão. Daí a noção de ordenamento jurídico igualitário. Ao mesmo tempo, surgia o Estado Democrático de Direito, onde os destinatários dos direitos positivados também eram seus autores, simultaneamente.

Essa concepção não se alterou significativamente com o passar dos anos, e nos dias de hoje ainda guarda muita correspondência com o conceito liberal clássico. O que houve foi apenas uma modificação na abrangência dos direitos subjetivos que, ao longo do tempo, e com a pressão de movimentos sociais e de argumentos políticos morais, passaram a incluir novas categorias, o que resultou em um aumento significativo da intervenção do Estado e do direito na esfera privada.

O movimento de interferência estatal na esfera privada por meio do direito gerou um processo de hiperjuridificação nos últimos anos, como já apontado no tópico anterior. Essa hiperjuridificação trouxe como efeito colateral um problema sistêmico de redução do campo dialógico da vivência dos sujeitos em sociedade, dada a tendência que tal condição possui de gerar determinados transtornos ou disfunções, especialmente em razão do abandono, pelas

⁹² HONNETH, 2015, p. 128.

entidades que litigam no campo jurídico, do caráter intersubjetivo e afetivo que marca diversos tipos de relacionamento. Os sujeitos, entendendo-se como portadores de direitos subjetivos, tenderiam a sublimar os aspectos relacionados ao entendimento intersubjetivo, e a atuar apenas de forma estratégica, visando o alcance de seus objetivos a partir de um prisma puramente jurídico.

Honneth entende que essa mudança implica a “incompletude” da ideia de liberdade. Na sua concepção, não há como olvidar, para fins de reconhecimento de direitos e alcance da liberdade individual, o aspecto intersubjetivo que envolve a vida em sociedade, de modo que, para determinar com precisão as próprias metas, é necessária uma forma de interação social para a qual não é a liberdade jurídica que oferece as oportunidades⁹³.

Assim, o caráter incompleto da liberdade jurídica estaria no fato de sempre haver a tendência de minar e subverter a rede existente de relações sociais, de modo que isso pode gerar um bloqueio ou uma atenuação do exercício da própria subjetividade do indivíduo e, conseqüentemente, um afastamento do processo de interação social, fundamental para o reconhecimento e a emancipação individual.

Os direitos subjetivos pressupõem uma perspectiva interna dos indivíduos envolvidos e contrapostos, que se daria de maneira obscurecida, ou seja, os direitos reciprocamente concedidos constituem um manto protetor por trás do qual podem explorar as profundezas e superfícies de sua subjetividade. Essa obscuridade resultaria no desacoplamento dos sujeitos das relações de afeto que envolvem os relacionamentos interpessoais, de sorte que os sujeitos atuariam apenas de forma estratégica, buscando alcançar seus interesses, com base em uma racionalidade puramente jurídica.

Essa situação pode ser facilmente verificada tanto no nosso ordenamento jurídico processual quanto empiricamente no dia a dia jurídico. O aumento das demandas cíveis cresceu exponencialmente nos últimos anos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que reconheceu inúmeros direitos, inclusive sociais. Os brasileiros são agora potenciais jurisdicionados e recorrem à justiça para buscar a solução de toda sorte de conflitos. Os juizados especiais que foram criados para dar celeridade à resolução de conflitos de pequena monta, atualmente, estão com o mesmo problema de congestionamento das varas comuns. A ampliação do acesso à Justiça, com a instalação de Defensorias Públicas, apesar dos esforços de seus membros na busca extrajudicial dos conflitos, também aumentou o número de processos judiciais.

⁹³ HONNETH, 2015, p. 131.

O próprio novel Código de Processo Civil teve de normatizar a busca preferencial pela solução consensual dos conflitos, conforme seu artigo 3.º, § 2º.

Os sujeitos, em razão da garantia e do reconhecimento de seus direitos subjetivos, acabam por dispensar a interação com o outro na busca de soluções para suas demandas e ingressam com ações judiciais, afastando-se do reconhecimento e da emancipação individual.

Importa frisar que os direitos subjetivos não seriam desprovidos de conteúdo ético. Pelo contrário, Honneth entende que, na medida em que o indivíduo se vê como detentor de direitos subjetivos, passaria a contar com um espaço próprio, pessoal, onde poderia realizar uma autorreflexão sobre suas diversas concepções de vida boa ou de realização pessoal, e a defender seus valores morais com base em uma ideia de pluralismo ético. Nesse sentido:

Os direitos liberais de liberdade remetem conceitualmente a uma complementaridade dos direitos sociais, que garantem aos indivíduos a medida de segurança econômica e bem-estar material necessários para explorar seus próprios objetivos de vida de maneira privada e afastando-se das conexões de cooperação social⁹⁴.

Diante disso, em uma concepção ética de direitos subjetivos, a liberdade jurídica não significa tão somente uma ação individual isolada do sujeito ante os demais integrantes da sociedade. Pelo contrário, a liberdade decorre de um sistema de ações institucionalizado; portanto, servir-se da liberdade jurídica e praticá-la significa tomar parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada, como também entende Jürgen Habermas:

O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve como o medium para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos⁹⁵.

Assim, embora a atuação do indivíduo no exercício do seu direito subjetivo seja solitária e baseada em uma ação estratégica, deve haver uma limitação recíproca a uma posição da mera influência sobre o outro, a fim de chegar a um acordo bem-sucedido na comunicação. Então, o agir estratégico das entidades jurídicas encontraria no outro os seus limites, considerando-se que a ação na liberdade jurídica dá-se de forma intersubjetiva ou dialógica.

Para Honneth, ao final de sua reconstrução normativa, no sistema jurídico é concedido aos cidadãos e cidadãs partícipes da sociedade uma autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos e como deverão ser implementados. A instituição exigiria do direito moderno

⁹⁴ HONNETH, 2015, p. 143.

⁹⁵ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.47.

mais do que modos de cumprimento de orientação racional; ela dependerá muito mais de todo o circuito de atitudes, práticas e convicções democráticas, já que, sem isso, o impulso coletivo para a atualização conjunta de direitos extingui-se-ia⁹⁶.

Para Honneth, por trás da liberdade negativa, oculta-se o direito do indivíduo moderno a uma exploração puramente privada de sua própria vontade. A liberdade, nesse sentido, é limitada e incompleta, visto que, para determinar com precisão suas metas, o indivíduo sempre necessitará de alguma forma de interação social, que a liberdade jurídica não enseja. Essa concepção de liberdade acarreta sempre a tendência de minar e subverter a rede existente de relações sociais. De fato, nessa concepção, a liberdade é formulada apenas como forma de reivindicação de direitos, o que acaba por bloquear a subjetividade⁹⁷.

Assim, os direitos liberais de liberdade remetem conceitualmente a uma complementaridade dos direitos sociais, que garantem aos indivíduos a medida da segurança econômica e de bem-estar material necessários para explorar seus próprios objetivos de vida de maneira privada e afastando-se das conexões de cooperação social⁹⁸.

Essa lógica não pode ser a mesma aplicada aos direitos políticos, que oferecem aos sujeitos uma série de possibilidades legais de participar ativamente na formação da vontade público-democrática e, ao mesmo tempo, influir na legislação política. Quanto mais comprometidos os indivíduos estiverem com tal prática comum, mais intensamente farão uso de uma liberdade que, em sua dependência constitutiva em relação a outros sujeitos, nada mais tem em comum com a retração à esfera privada⁹⁹.

Por isso, na categoria dos direitos políticos, a relação jurídica indica uma esfera social de liberdade, cuja condição de existência é todo um conjunto de formas éticas de comportamento.

A autonomia privada, garantida pelo Estado e respaldada por suas sanções, protege o indivíduo das intromissões estatais e de outros atores, ao mesmo tempo que abre para o indivíduo um território de verificação puramente privada de seus objetivos de vida, permitindo-lhe, sobretudo, retirar-se de seus deveres e laços sociais, estabelecendo preferências meramente individuais¹⁰⁰.

Isso ocorre por meio de uma esfera de ação socialmente institucionalizada, regulada por normas de reconhecimento recíproco. Tal sistema tem como características a existência de

⁹⁶ HONNETH, 2015, p. 130.

⁹⁷ Ibid., p. 130-131.

⁹⁸ Ibid., p. 143.

⁹⁹ Ibid., p. 145.

¹⁰⁰ Ibid., p. 147.

uma norma compartilhada comum, a recíproca atribuição de um estatuto, que confere previsibilidade às ações, e a autorrelação específica, que suscita a formação das competências necessárias à participação nas práticas constitutivas¹⁰¹.

Essa liberdade jurídica institucionalizada acaba por dificultar o acesso ao mundo de ligações e responsabilidades intersubjetivas, obstaculizando reflexões éticas em forma de diálogo e busca de aconselhamentos virtuais. Os direitos subjetivos servem apenas para questionar e revisar nossas ideias de bem, não servem para preparar e formular nossas versões dela¹⁰².

A liberdade jurídica corresponde, portanto, a uma esfera de autorrealização individual, não é uma oportunidade de realização de bens ou objetivos. É necessária a superação do isolamento produzido pela liberdade jurídica e a adoção de deveres de justificação intersubjetiva e fundamentação de divergências.

Esse agir instrumental, o descolamento completo dos sujeitos da realidade social e das práticas intersubjetivas, tende a gerar patologias relacionadas à liberdade jurídica.

Não obstante, para Honneth, o sistema institucionalizado da liberdade jurídica representa uma porta de entrada para as patologias sociais, por exigir dos participantes um elevado grau de abstração, razão pela qual se vão acumulando regularmente erros de interpretação¹⁰³.

Para Honneth, a liberdade jurídica é insuficiente para assegurar uma forma de autonomia privada que só pode ser empregada e exercida de maneira sensata se, novamente, a base do direito que lhe é própria for abandonada. Se o direito cria um tipo de liberdade que proporciona ao indivíduo todo um espaço autônomo de autorreflexão, ao mesmo tempo o direito teria como efeito colateral uma atuação individual desprovida de eticidade e fundada tão somente em um agir estratégico que desconsidera as bases morais da vivência em sociedade, possibilitando, em algumas situações, que o indivíduo parta para uma ação unilateral, instrumental e desprovida de qualquer integração social.

Com efeito, a liberdade jurídica não permitiria reflexões éticas em forma de diálogo e busca de aconselhamentos virtuais. Nesse sentido, de modo algum a liberdade jurídica corresponderia a uma forma de autorrealização individual, não ensejando a realização de bens e objetivos.

¹⁰¹ HONNETH, 2015, p. 148.

¹⁰² Ibid., p. 154.

¹⁰³ Ibid., p. 159.

Por isso, Honneth apresenta o conceito de patologia da liberdade jurídica, um dos tipos de patologia social, a qual levaria à deterioração das capacidades racionais dos membros da sociedade que participam da cooperação social de maneira competente¹⁰⁴.

Honneth sustenta que a patologia social, entendida de forma genérica, resulta de uma dificuldade que o indivíduo tem de compreender o significado das práticas e normas sociais, ou mesmo jurídicas. É a ausência, no sujeito, de uma compreensão racional dos significados das práticas institucionalizadas; por força das influências sociais, o sujeito desaprende de praticar adequadamente a gramática normativa de um dos sistemas de ação intuitivamente familiar. Por conseguinte, os sintomas das patologias sociais estariam em determinadas tendências de rigidez comportamental e de inflexibilidade dos sujeitos em suas vidas, que podem refletir-se em estados de depressão ou de desorientação.

Assim como na prática social, o sistema de liberdade jurídica também seria um campo fértil para a proliferação de patologias sociais, que Honneth apresenta sob duas modalidades.

A primeira estaria na condição de que os verdadeiros motivos da contenda seriam esquecidos e tragados pelo discurso estratégico. As razões do agir comunicativo perder-se-iam ante uma ação que busca o alcance do direito pelo direito ou, em outras palavras, o meio passa a ser um fim, voltando-se o sujeito mais para as instituições jurídicas do que para a mediação intersubjetiva.

A segunda modalidade diz respeito a uma patologia do tipo indireto, que consiste essencialmente na função de exemplo da ideia de liberdade jurídica, nessa esfera, para o descobrimento cada vez mais difícil da identidade. Nesse caso, a postura do indivíduo é de passividade diante dos deveres que lhe impõe a vida em sociedade, como, por exemplo, buscar a interação social para a resolução dos conflitos que eventualmente venha a ter com outros sujeitos. Essa interação passa a ser considerada desnecessária, em virtude do escudo jurídico que é construído ao redor do indivíduo.

Nesses casos, os valores morais e a eticidade das práticas sociais e das instituições ficam em suspenso no âmbito interno do indivíduo, gerando uma situação de alienação em relação ao padrão normativo; em seu lugar, é admitida exclusivamente uma personalidade jurídica¹⁰⁵.

Tais patologias, de acordo com Honneth, decorrem da má compreensão, pelos sujeitos, do processo comunicativo no nível intersubjetivo, o que os leva a interpretar de modo

¹⁰⁴ HONNETH, 2015, p. 157.

¹⁰⁵ Ibid., p. 162.

equivocado seu papel social, ou mesmo a reconhecer-se apenas na condição de sujeito puramente jurídico. O indivíduo ou entidade jurídica vê, no direito, uma forma de livrar-se temporariamente de todas as imposições comunicativas de justificação e de realizar as próprias intenções, orientadas, porém, somente para o êxito. A interrupção da comunicação em cada caso é mal interpretada e concebida como forma de coordenação de todas as demais.

Essa patologia social desencadeou, como já mencionado, um processo de juridificação que, a partir dos anos 60 do século XX, começou a atingir família, escola, lazer, cultura, garantindo uma “proteção estatal” à parte mais vulnerável em cada um desses casos, o que culminou por conduzir os indivíduos a uma melhor compreensão do seu papel enquanto sujeitos detentores de direitos subjetivos, mas, por outro lado, acabou levando-os a perder, gradativamente, o sentido para assuntos e propósitos não sujeitos à articulação jurídica.

Para Honneth, o direito produz a obrigação de prescindir das experiências concretas dos participantes, o que os leva a dissociar-se dos contextos normativos da vida, ocasionando apatia e outros sintomas de isolamento e de individualismo egoístico em sua vivência¹⁰⁶. Ocorre, nesses casos, um deslocamento da racionalidade individual em relação às práticas sociais, mantendo-se, no entanto, a racionalidade jurídica como único sistema normativo que conduzirá a atuação do indivíduo na sua vida em sociedade.

É claro que a concepção de Honneth é baseada na sua vivência na Europa, como apontam os dados empíricos apresentados em sua obra. No entanto, sua concepção é aplicável a outros contextos sociais, principalmente o brasileiro, bastando que se tome como exemplo o que tem ocorrido na história do Brasil, notadamente nos anos posteriores à redemocratização do país.

A juridificação dos conflitos sociais – e as patologias daí decorrentes – tem-se tornado um traço da sociedade brasileira, principalmente após a consolidação de inúmeros direitos sociais a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal.

Nesse sentido, é comum no país a discussão e a aprovação de projetos de lei que tratam de questões e problemas alusivos à família e às relações privadas, como, por exemplo, a “lei da palmada” ou da “guarda compartilhada”, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal que versam sobre o aborto e outros litígios que envolvem o campo moral individual.

Ressalta-se que a existência dessa situação de juridificação não enseja necessariamente uma patologia jurídica. A patologia dá-se quando o detentor do direito subjetivo passa a absolutizar esse direito em sua vida. Assim, boa parte das normas positivadas decorreu do

¹⁰⁶ HONNETH, 2015, p. 164

reconhecimento, pelo legislador, de lutas sociais; essas normas, em muitos casos, levaram à emancipação de indivíduos que, ao longo da história, foram marginalizados e tiveram direitos amplamente negados. No entanto, a partir do momento em que o aspecto meramente jurídico passa a dominar a racionalidade do indivíduo, absolutizando-se e retirando-o da comunicação intersubjetiva, surgiria a patologia apresentada por Honneth.

No Brasil, as patologias da liberdade jurídica viraram epidemia. O crescimento de demandas judiciais tem sido exponencial em nosso território desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entendemos que isso está relacionado ao conjunto de novos direitos individuais, coletivos e sociais que foram reconhecidos no bojo da Constituição, o que cria o cenário propício para o surgimento das condutas desviantes descritas.

Houve uma ampliação do grau de juridificação da vida social e familiar dos sujeitos, que, tradicionalmente, tendem a uma acentuada valorização do papel das instituições jurídicas e do direito, colocando cada vez mais seus objetivos de vida sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o direito positivado parece ter sido alçado à condição de sistema normativo de maior relevância no seio da sociedade, potencializando, assim, o incremento das patologias da liberdade jurídica. Crescentemente a dependência do Poder Judiciário para a solução de litígios que poderiam encontrar bom termo na atividade inter-relacional, o que tende a gerar um déficit de construção social e intersubjetiva no reconhecimento e na realização efetiva da liberdade individual.

Esse panorama revela-se assustador quando transportado para o processo coletivo. As relações coletivas, para serem reconhecidas como direitos na seara jurídica, foram juridicizadas, ao mesmo tempo que, no Brasil, foi retirada a titularidade direta para a via processual, cerceando-se o agir comunicativo tanto de forma direta quanto indireta.

Nesse sentido, além do sequestro do objeto a ser discutido, sequestraram-se os interlocutores responsáveis pela participação na esfera jurídica e, conseqüentemente, pela liberdade jurídica das coletividades afetadas.

Por isso, a rediscussão acerca da liberdade que fundamenta o arcabouço jurídico é relevante para o exame dos caminhos que podem ser seguidos tendo em vista a superação dessa patologia social imposta ao processo coletivo brasileiro.

4 A LIBERDADE JURÍDICA E O PROCESSO JUDICIAL

Conforme já explanado, a teoria de Honneth sobre as patologias jurídicas é perfeitamente admissível no âmbito da sociedade brasileira, havendo, inclusive, exemplos mais robustos de sua ocorrência.

O Brasil vive, hoje, um intenso processo de juridificação das relações sociais. O Judiciário é chamado a pôr fim a pequenos conflitos de natureza estritamente privada, que poderiam ser resolvidos apenas com o diálogo entre as partes, norteado pelo reconhecimento recíproco entre os envolvidos. Essa situação acaba por aumentar vertiginosamente o número de demandas que o Judiciário já não dá conta de solucionar em tempo razoável.

Ao lado do Judiciário, outras instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público também possuem papel relevante no alcance de soluções debatidas e eficazes e no alcance da liberdade social, seja dentro, seja fora do processo judicial.

Aliás, as discussões acerca das escolhas e dos caminhos de cada sociedade devem dar-se, inicial e preferencialmente, no campo público político, ou seja, fora do processo judicial. No entanto, caso não aconteçam ou sejam apenas iniciadas, as discussões podem e devem passar para a seara judicial, onde deverão encontrar ambiente propício para a realização da liberdade social.

Para ratificar os aportes teóricos esposados, pragmaticamente, evoca-se o sucesso de ações da Defensoria Pública no campo das soluções consensuais, trazendo-se à lume a experiência do Estado do Rio Grande do Sul como relatada por Felipe Kirchner¹⁰⁷. Em suma, citam-se as seguintes ações: a) na área da saúde, a obtenção em algumas localidades, graças a um sistema de trabalho de cooperação e gestão sistêmica, de fármacos e consultas, em áreas como traumatologia e ortopedia, em que os pacientes ficavam na lista de espera por mais de cinco anos – de acordo com as estatísticas de levantamento estadual do ano de 2014, de 4.569 atendimentos, 3.981 foram com soluções extrajudiciais (87%) e apenas 588 com ajuizamentos, pela via judicial (faixa de 13%); b) na área do consumidor, as renegociações de dívidas, ante o endividamento excessivo; c) na seara de família, a criação do Dia do Consenso pela Defensoria Pública de Caxias do Sul, para a redução dos conflitos, e o rumo adversarial das demandas.

¹⁰⁷ KIRCHNER, F. Os métodos autocompositivos na nova sistematização processual civil e o papel da Defensoria Pública. In: SOUSA, J. A. G. de (Coord). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 252-259. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5).

A Defensoria Pública do Estado do Pará, na área da saúde, obteve êxito em mais de 60% das demandas por medicamentos e consultas médicas de forma administrativa, de acordo com o Primeiro Diagnóstico Analítico de Atuação da Defensoria Pública de Saúde da Capital¹⁰⁸.

Ainda no que diz respeito à saúde, no Estado do Pará, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (Cirads) tem atuado no atendimento administrativo, evitando a judicialização, nos tratamentos de saúde (fornecimento de medicamentos, insumos, materiais e serviços de saúde) previstos nas competências do Sistema Único de Saúde (SUS), porém não prestados, bem como naquelas hipóteses em que, por algum motivo, o médico indicou tratamento diverso dos que são oferecidos pelo SUS.

No entanto, todos esses exemplos de soluções dialogadas ocorrem no âmbito extrajudicial, ou seja, fora do processo judicial. E, ainda, com demandas que, apesar de terem certa repercussão coletiva, como nos casos de saúde, são individualizadas. O foco do estudo é a busca de soluções dialogadas no ambiente judicial, ou seja, com ações propostas e no âmbito coletivo.

É inegável que soluções extrajudiciais são melhores, para as partes, para todo o maquinário da justiça que não será utilizado e principalmente para a sociedade, já que o aumento de soluções extrajudiciais demonstra amadurecimento social. No entanto, em questões mais sensíveis, notadamente aquelas que possuem impacto social amplo, há uma enorme dificuldade em se atingir êxito nas tratativas extrajudiciais.

Dadas todas as limitações da liberdade jurídica, sua origem na liberdade negativa e tudo o que daí resulta, com restrições à liberdade, o desafio seguinte será conceber a possibilidade de, no âmbito da aplicação do direito, adotar a liberdade social como norteadora para a efetivação da justiça e como forma de superação da patologia social apresentada por Honneth.

4.1 Poder Judiciário, institucionalidade e liberdade social

Honneth considera o Estado moderno, em razão de suas condições de legitimação, um órgão ou uma corporação encarregada da implementação prática de resoluções

¹⁰⁸ PARÁ. Defensoria Pública. **Defensoria Pública de Saúde da Capital: 1.º diagnóstico analítico de atuação.** Belém, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BymSev7h91aZbTBtbEVsODVIVkU/view>. Acesso em: 12 ago. 2018.

democraticamente negociadas, sendo um instrumento que possibilita determinar as oportunidades de realizar a liberdade social na esfera da atividade estatal¹⁰⁹.

Pelo que se depreende da teoria da justiça de Honneth, e mais precisamente da sua concepção de instituição, o Poder Judiciário é uma das instituições do Estado moderno, que consiste em um conjunto de práticas sociais reiteradas e reconhecidas pelos membros da sociedade e chanceladas pelo Estado, sendo uma extensão desse Estado.

Segundo Honneth, assim como o aparato administrativo, a Justiça, já desde seus fundamentos constitucionais, era considerada como uma instância neutra, cuja tarefa deveria consistir na aplicação, em conformidade com o direito, das decisões governamentais tomadas de maneira democrática quanto à multiplicidade de conflitos sociais: para cada caso individual, “com autoridade”, mas à luz de leis promulgadas, a justiça deveria decidir “o que em cada caso” seria justo ou injusto¹¹⁰.

Entretanto, existem instituições justas e injustas. Embora o Judiciário tenha sido concebido para a efetivação da justiça, isso pode não se concretizar.

O desenvolvimento histórico do Estado moderno, em sua atual feição de Estado Democrático do Direito, levou a um deslocamento do centro de decisões do Poder Legislativo (no Estado Liberal) e do Poder Executivo (no Estado Social) para o Judiciário no Estado Democrático de Direito¹¹¹. Com isso, o Poder Judiciário é atualmente chamado a atender os anseios sociais e a efetivar os direitos fundamentais, que deveriam ser debatidos na esfera da formação da vontade pública democrática. Entretanto, apesar desse papel atual, o Judiciário está longe de efetivar o bem comum e as garantias fundamentais.

Nas sociedades liberais democráticas, ao Judiciário é imposto o dever de aplicação do direito que a sociedade democraticamente aprovou. Utiliza-se, portanto, do seu poder de coerção e do direito prescrito pela sociedade. No entanto, o Poder Judiciário está na esfera do Estado e fundamenta-se na liberdade jurídica.

Ocorre que, como já analisado, a liberdade jurídica não é garantia da liberdade efetiva. Ao revés, a liberdade jurídica como entendida e utilizada pela sociedade moderna, principalmente a brasileira, de forma patológica, como sugere Honneth, é uma forma limitadora da liberdade, uma vez que impossibilita o acesso ao mundo de ligações e de responsabilidades intersubjetivas. Nesse sentido, como defende Honneth, de modo algum a

¹⁰⁹ HONNETH, 2015, p. 586-587.

¹¹⁰ HONNETH, 2015, p. 598.

¹¹¹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1 (Teoria do processo civil), p. 59-64.

liberdade jurídica representa um lugar de autorrealização individual, por não permitir a realização de bens ou objetivos.

Ao Judiciário, incumbe o dever de subsunção, ou seja, a ligação do fato da vida à norma jurídica pertinente. Às partes no processo, quando intervêm, apenas cabe a alegação de que a determinada conduta ou fato aplica-se uma ou outra norma, ou não faz parte do espectro de aplicação da norma. Nesse sentido, não há via comunicativa entre os interessados, nem esfera de justificação intersubjetiva.

O Judiciário, portanto, utilizando-se da autoridade que lhe foi atribuída, sequestra a demanda e aplica o direito à situação em concreto. Assim, não há que se falar em liberdade real, mas apenas em liberdade jurídica, que é exatamente a abstenção da via comunicativa, em razão do direito invocado, chancelado pelo Estado-juiz.

Notadamente no contexto brasileiro, principalmente após a Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento de inúmeros direitos individuais e coletivos, e o conseqüente processo de juridificação já discutido nos tópicos anteriores, o Poder Judiciário é visto como o principal meio de solução de conflitos, de toda ordem, principalmente privados, fato que desvela uma característica forte da sociedade brasileira: a subordinação e a hierarquização, com a crença de que os conflitos, mesmo de âmbito estritamente privado, devem ser solucionados pelo Estado por intermédio do Poder Judiciário.

Assim, o processo de juridicização denunciado por Honneth é vivido pela sociedade nos dias atuais, aumentando o espectro de atuação do Judiciário e diminuindo a possibilidade de uma relação intersubjetiva entre os indivíduos ou grupos envolvidos no conflito.

Honneth já denunciava o efeito dessocializante dos direitos subjetivos, que garantiram ao indivíduo a proteção legal de sua esfera privada, dando-lhe a possibilidade de defender-se de expectativas e cargas inadmissíveis, ao mesmo tempo que o alhearam de seu ambiente comunicativo; seguindo essa tendência, deixaram-no na condição de um sujeito jurídico “monológico”. Efeitos semelhantes atingiram as medidas de proteção e prestações sociais¹¹².

Quando falamos em políticas públicas, tal situação fica ainda mais evidente. No Brasil, grande parte dos direitos sociais está prevista na Constituição Federal e já está inserida no campo jurídico, notadamente com a Constituição da República de 1988. A pauta de direitos sociais, que implica necessariamente políticas públicas, tem como palco original a esfera pública da formação da vontade democrática, na qual as questões deveriam ser levadas

¹¹² HONNETH, 2015, p. 439.

ao debate de forma efetiva, permitindo que todos os interessados participassem e influenciassem as decisões escolhidas.

Entretanto, essa pauta foi tomada pelo direito, juridicizada. No Brasil, com a nossa pouca maturidade democrática, tais questões foram colocadas nas mãos dos pretensos representantes do povo, do Legislativo e do Executivo, que notoriamente não se preocupam com o clamor social. Isso pode ser facilmente deduzido da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 287, enviada em 2016 pelo Executivo ao Congresso Nacional, que prevê um retrocesso em inúmeros direitos sociais, desagradando a enorme massa da população nacional.

Caso haja algum conflito com relação a essa ou a outra questão social, prevista em nosso ordenamento jurídico, o Judiciário, interpelado, não provocará o debate público, apenas aplicará ao caso concreto a legislação pertinente, inexistindo, portanto, qualquer possibilidade de relação intersubjetiva de reconhecimento recíproco, defendendo-se a liberdade jurídica patológica em detrimento da liberdade social.

Nesses termos, o Poder Judiciário não possui substrato para a realização da liberdade social. Ao revés, até o Código de Processo Civil de 1973, o Estado sequestrava o conflito entre as partes e dizia a resposta, alijando qualquer possibilidade de relação intersubjetiva entre as partes em conflito. Havia uma interrupção comunicativa proposital com fundamento na segurança jurídica e na legitimidade.

Nesse sentido, a liberdade jurídica que fundamenta o Poder Judiciário impede qualquer forma de reconhecimento recíproco que, por sua vez, afasta qualquer possibilidade de liberdade social. Atualmente, com o Novo Código de Processo Civil, essa realidade tem sofrido pequenas modificações; ao menos a própria legislação já estimula a solução consensual dos conflitos e, conseqüentemente, uma maior proximidade entre as partes.

Para Honneth, as vidas públicas democráticas, de acordo com sua ideia normativa, devem constituir uma esfera da liberdade social: ancorado de maneira rudimentar nas constituições, o direito do povo de conciliar, num intercâmbio público de opiniões, os princípios a que o governo deveria chegar foi concebido não só para aumentar a capacidade política de resolver problemas, mas também e justamente para fazer vigorar aquelas condições de comunicação sob as quais podem aclarar-se e realizar-se, de maneira não coercitiva e mediante a adoção recíproca de papéis de orador e ouvinte, as próprias intenções políticas¹¹³.

¹¹³ HONNETH, 2015, p. 515.

Assim, Honneth defende a instituição da vida pública democrática como um espaço social intermediário, em que cidadãos devem constituir convicções coletivamente aceitas mediante discussão deliberativa; essas convicções constituirão os princípios a serem seguidos pela legislação parlamentar em conformidade com os procedimentos do Estado de direito.

Entretanto, nas sociedades atuais, há um forte descrédito nas instituições estatais, em razão de suas distorções. O Estado Democrático de Direito, que foi originalmente pensado como meio e fim em si mesmo, hoje se apresenta como uma grande organização ocupada exclusivamente com a ampliação do próprio poder.

Isso acarreta um crescente desacoplamento entre o sistema político e a formação da vontade democrática. Ao contrário do que ocorre atualmente no Brasil, Honneth defende que as instituições governamentais deveriam implementar o resultado da liberdade social exercida pelos cidadãos que chegam a um entendimento recíproco.

Nesse sentido, sustenta-se que o Poder Judiciário, como órgão estatal, pode desempenhar a função de fomentador das relações de reconhecimento recíproco entre as partes envolvidas no conflito.

Defende-se uma reformulação da atuação do Poder Judiciário para, em conformidade com os ditames da liberdade social, propiciar o ambiente favorável para o debate comunicativo e viabilizar a justificação intersubjetiva. Assim, ao invés da existência de partes antagônicas defendendo sua própria liberdade jurídica patológica, os interessados poderão debater argumentos pela via comunicativa, exercendo sua liberdade social, por meio do reconhecimento recíproco, na medida em que compreendem que seus fins estão relacionados com os fins da contraparte.

Essa reformulação poderia iniciar com a implementação de tal prática nas demandas coletivas. As demandas coletivas, em sua grande maioria, possuem um impacto social importante. No Brasil, em razão do sistema de legitimação extraordinária e de todo o aparato legal subjacente, há uma ausência significativa de atuação dos afetados, o que acarreta um déficit de efetividade na resolução de tais demandas.

No entanto, se o Judiciário, reformulado como instituição capaz de fomentar a liberdade social, pudesse atuar de forma a trazer a coletividade ausente no processo clássico para a discussão e a interação com a outra parte envolvida no conflito, por meio de uma relação intersubjetiva, poder-se-ia resolver a questão de forma efetiva. Seria a implementação de uma democracia endoprocessual.

Nesse sentido, o Judiciário deve ser visto como um meio e não como um fim em si mesmo. Um meio, na medida em que deve fomentar as relações intersubjetivas, utilizando-se dos recursos já disponíveis proceduralmente no nosso sistema jurídico. Assim, nas demandas coletivas, por exemplo, deve utilizar de forma eficiente a publicização das demandas, para alcançar a maioria da sociedade e não apenas os operadores do direito. Acrescente-se a isso a correta utilização das audiências públicas, para que todos os que compareçam sejam ouvidos e seus fundamentos considerados, a aceitação do *amicus curiae* para que, de forma efetiva, sejam ouvidos e possam influenciar, entre outros aspectos.

Em outras palavras, os meios já disponíveis devem ser utilizados de forma material e não apenas formalmente e o juiz deve deixar de assumir o papel de tomador dos conflitos, sendo um intermediador organizacional entre as partes litigantes, com a mesma importância delas para o deslinde da questão debatida.

É notório que, atualmente, notadamente no Brasil, a esfera da formação da vontade pública democrática está enfraquecida não apenas pelos cidadãos – que já não acreditam que podem inserir-se no debate a fim de efetivamente participarem e influírem na formação das decisões políticas no Brasil –, como também pela classe política e pelos fortes grupos econômicos – que, sob o manto do pacto democrático, aliam-se à classe política para manterem seu *status quo*. Tudo isso oculta o problema, fundamental, da ausência de neutralidade ética do ordenamento jurídico e da política.

As grandes mudanças político-sociais, como a história demonstra, foram fruto não da mudança no campo no direito, mas das lutas sociais. No entanto, ao que parece, no Brasil, os movimentos sociais estão fragilizados, reflexo de uma sociedade descrente das suas possibilidades de alteração do cenário atual.

Nesse sentido, considerando o contexto atual da sociedade brasileira, entende-se que o início da superação do estado de apatia social poderia ser o empoderamento dos grupos sociais sob conflito, no processo judicial, reformulado como fomentador das relações intersubjetivas.

Além da possibilidade de dar efetividade às soluções nas demandas coletivas, seria o início de um movimento de abandono do estado letárgico de apatia social, na direção da compreensão da sociedade como autora e destinatária de suas próprias escolhas, por meio do reconhecimento recíproco, exercendo sua liberdade social e buscando a efetivação da justiça social.

O diferencial da teoria de Honneth é seu alicerce na realidade social; outros autores contemporâneos, ao contrário, baseiam suas teorias em princípios normativos.

A situação jurídica vigente, com o uso quase exclusivo das liberdades jurídicas de forma patológica, principalmente como pano de exceção, acarreta as injustiças que são cometidas diariamente, sem reflexão sobre o conteúdo moral ou ético, já que as contrapartes são vistas como atores antagônicos com interesses estratégicos.

Com base na teoria honnethiana, sustenta-se que o Judiciário pode ser entendido como uma instituição capaz de promover a justiça social; sendo um órgão estatal, pode fomentar a liberdade social por meio da democratização endoprocessual, propiciando um ambiente adequado para o estabelecimento de relações de reconhecimento recíproco e de justificações intersubjetivas.

Defende-se o resgate das relações intersubjetivas, principalmente na seara do conflito coletivo, com o retorno das discussões conflituosas nas comunicações, distanciando-se da mera aplicação de princípios de conformidade ao direito, que já se mostrou alienante, com a inversão de um meio num fim em si mesmo de todo agir.

A compatibilidade ou não com o direito não pode sobrepor-se às relações. A linguagem do direito marca cada vez mais a esfera público-político, e isso traz uma perda de conexão com as práticas comunicativas no ambiente social.

Existe uma tendência social para atribuir a tarefa de solucionar os litígios e conflitos sociais, de maneira rápida e quase automática, ao sistema de ação do direito. Nesse sentido, reformulando-se a atuação do Judiciário, como instituição, com a implementação de um processo democrático, será possível aproximar-se de uma justiça social calcada numa sociedade capaz de agir comunicativamente, compreendendo a complementaridade de todos os sujeitos e seus fins, conectados por relações de reconhecimento recíproco.

A principal razão para que a implementação da liberdade social, por intermédio do Judiciário, comece pelas demandas coletivas é, exatamente, a predisposição dos envolvidos, notadamente dos possíveis lesados, que têm um objetivo comum próximo e um interesse real em solucionar o conflito, em uma relação intersubjetiva.

É claro que os indivíduos de determinada sociedade, antes mesmo do evento danoso, já possuem algum tipo de relação. No entanto, quando existe algum tipo de conflito, os indivíduos envolvidos ficam mais próximos e tendem a iniciar um relacionamento mais estreito com a finalidade de superarem a situação posta.

Nesse sentido, entre os indivíduos que suportam o ônus do dano ou da ameaça a algum bem jurídico, nasce espontaneamente certo grau de relação intersubjetiva, que pode ser estimulada ainda mais pela forma de atuação do Poder Judiciário.

Apresentada a proposta de Edilson Vitorelli acerca da nova tipologia dos litígios coletivos, estreita-se a condução do presente estudo para a análise tão somente do que diz respeito aos litígios coletivos de difusão irradiada.

De acordo com a classificação de Edilson Vitorelli, num litígio coletivo complexo, a tutela pode ser revista de múltiplas formas e nunca será claro, *ex ante*, qual possibilidade é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada. Tais problemas geram, desde a apresentação da demanda, questões que não conseguirão ser resolvidas com um olhar apenas para dentro do processo, entendido de forma tradicional.

É necessário que se compreenda que o processo é feito não apenas de formas e condutas predeterminadas em lei, mas, principalmente, de indivíduos que, além de fazerem parte do litígio, suportarão o ônus ou o bônus do seu resultado.

No caso dos processos coletivos, ainda mais importância deve ser dada a esse aspecto. Um processo pode ser responsável pela alteração da vida de um número enorme de pessoas, de várias formas possíveis. É preciso que se tenha responsabilidade e consciência disso para que se busque a melhor forma de solução.

A discussão sobre a inadequação do processo coletivo atual já foi exposta e justificada neste trabalho, bem como já foi proposta a adoção de uma nova teoria acerca da tipologia dos litígios coletivos.

A escolha dos litígios coletivos de difusão irradiada deve-se à enorme dificuldade de tratá-los. Em uma sociedade em que não há fortes elos de ligação entre os sujeitos e em que os sujeitos são afetados pelo conflito de maneira diversa, o diálogo e a propensão ao desenvolvimento de relações intersubjetivas são mais difíceis.

A empatia entre os envolvidos já é o primeiro passo para o reconhecimento recíproco, o que não ocorre normalmente nos litígios coletivos de difusão irradiada. No entanto, há um traço de união entre os sujeitos: o objetivo de resolver a situação, fator importante de convergência, que propiciará o reconhecimento recíproco, principalmente por intermédio de uma instituição que assume o propósito de facilitar essas relações intersubjetivas.

Nesse sentido, com base na classificação dos litígios transindividuais de Edilson Vitorelli, o presente estudo analisa detidamente o melhor modelo, tendo como fundamento a

liberdade social de Honneth para solucionar tais demandas. Para tanto, aborda o processo estrutural, cujo objetivo é a mudança social por meio da reconstrução de instituições, o que vai ao encontro das necessidades de solução para os litígios transindividuais de difusão irradiada.

4.2 O processo estrutural

A *structural injunction* ou processo estrutural surgiu nos Estados Unidos em razão da necessidade de implementação de uma decisão da Suprema Corte, que, no caso *Brown v. Board Education*, declarou inconstitucional, em 1954, a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas. Os juízes federais iniciaram uma transformação no sistema nacional de ensino até então dividido em dois – escola para negros e escola para brancos –, tornando-o um sistema unitário e não racial. Portanto, foi uma necessidade prática – já que a Corte Suprema restringiu-se a dizer que a segregação racial é ilegal, sem discorrer acerca das medidas para sua solução – que levou o Judiciário federal a executar a decisão da Corte Suprema, transformando a medida liminar tradicional em uma ferramenta para gerenciar esse processo reconstrutivo.

Em apertada síntese, a Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Assim, determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, dando início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou *structural reform*¹¹⁴. Esse modelo de decisão expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Judiciário norte-americano, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais.

A Suprema Corte apenas disse “o quê”, mas não disse “como”. Devolveu os casos pendentes aos juízes de origem para que adotassem “as providências compatíveis com o julgamento, expedindo as ordens necessárias, de modo a fazer com que as partes ingressem em escolas públicas não segregadas com base em raça, com a máxima urgência”¹¹⁵. Verifica-

¹¹⁴ FISS, O. M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., F.; JORDÃO, E. F. (org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

¹¹⁵ FISS, O. M. The allure of individualism. *Iowa Law Review*, [s.l.], v. 18, n. 5, 1993, p. 965-980.

se, portanto, que não foi determinado qualquer parâmetro ou modo para que concretamente se produzisse a alteração prática necessária determinada no julgamento. Na prática, era necessária a alteração de todo o sistema educacional em diversos estados, o que afetaria milhares de crianças e suas famílias, além das instituições administrativas responsáveis pela gestão das escolas.

Os juízes locais tiveram de “criar” os modos de implementação da decisão, fazendo-o por meio das *injunctions*, ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer e de não fazer. As *injunctions* emitidas nesse contexto de afirmação de direitos fundamentais (*civil rights*), ou seja, de direito público (*public law litigation*), foram denominadas por Owen Fiss *civil rights injunctions*¹¹⁶.

É importante ressaltar que as *injunctions* já existiam no sistema norte-americano, sendo originárias das cortes de *Equity*, mas eram pouco utilizadas até a primeira metade do século XX. No entanto, após o caso Brown, passaram a ser o principal instrumento para a modificação do comportamento dos agentes públicos que defendiam a dessegregação e, por conseguinte, a reforma das instituições.

De acordo com Vitorelli, um litígio estrutural envolve a superposição de algumas características. A primeira delas é o fato de tratar-se de um conflito de elevada complexidade, com múltiplos polos de interesse, os quais se apresentam em oposição, mas também com alianças parciais; a segunda implica a implementação, pela via judicial, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, que não foram bem-sucedidos espontaneamente na sociedade.

Nesse sentido, o processo coletivo estrutural (*structural injunctions*) é aplicável aos casos em que a pretensão coletiva não é apenas de imposição de um comportamento, mas também a realização de uma alteração estrutural em uma organização, com o objetivo de potencializar o comportamento desejado no futuro. Por isso, o processo coletivo, apesar de suas imperfeições, é um instrumento de mudança social.

Essa mudança de papel exercido pelo sistema jurisdicional tem uma repercussão imediata sobre a estrutura e a operação do modelo processual de adjudicação, que passa a enfrentar novos desafios em sua operação e a oferecer respostas, de conteúdo inteiramente diverso daquele usual, na resolução de conflitos privados de partes individuais.

O objeto da ação judicial não é a disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, é uma reclamação acerca da operação de uma política pública. O reconhecimento

¹¹⁶ FISS, O. M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

dessa nova dimensão da atuação judicial é necessário para que a condução do processo e a interpretação de suas normas sejam feitas sob premissas corretas, sem que ocorra a omissão do caráter e da significação pública desse tipo de demanda. É preciso que o direito processual apresente respostas para o novo tipo de lide no sistema jurisdicional, buscando canais que permitam o completo desempenho das novas funções que lhe são atribuídas.

Em um processo estrutural, as decisões são voltadas para a formulação e a execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões em processos tradicionais.

A decisão estrutural prescreve, normalmente, uma norma jurídica de conteúdo aberto, uma meta ou um objetivo a ser alcançado. Trata-se de uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar o resultado pretendido, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado.

Afirma Edilson Vitorelli:

À medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão¹¹⁷.

Uma característica marcante das decisões estruturais é o fato de, na maioria das vezes, à decisão principal, seguirem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a concretização do resultado desejado pela decisão principal. É o que Sérgio Cruz Arenhart chama “provimentos em cascata”¹¹⁸, decisões que se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores. A decisão atual, muitas vezes, depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior.

Há exemplos, no Brasil, da adoção do denominado processo estrutural. No Supremo Tribunal Federal, pode-se citar o caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular n.º 3.388/RR) que admitiu a demarcação de terras em favor de grupos indígenas, estabelecendo “condições” para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada – de acordo com uma das condições, esse direito ficaria condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, uma vez que as terras em questão estão situadas em zona fronteira do país. Outro exemplo é o Mandado de Injunção n.º 708/DF, que trata do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis; apesar da omissão legislativa, determinou-se a aplicação da Lei n.º 7.783/1989 (que

¹¹⁷ VITORELLI, 2016, p. 533.

¹¹⁸ ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, nov. 2013, p. 400.

regulamenta o direito de greve dos celetistas em geral) com as devidas adaptações. Um terceiro exemplo é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 378, relativa ao processo de *impeachment* (Lei n.º 1.079/1950), já que fora determinado o modo de processamento.

Podem-se citar, ainda, os seguintes exemplos: a decisão que, visando a concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabeleceu um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros e prédios públicos de uma determinada localidade; a decisão que, assegurando o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, determinando condutas específicas às autoridades municipais; a decisão que, buscando salvaguardar o direito de minorias, impõe a inclusão, na estrutura curricular de ensino público, das disciplinas relacionadas à história dos povos africanos ou dos povos indígenas.

É importante observar que a admissão das decisões estruturais pressupõe a revisão de diversos conceitos arraigados no nosso processo civil tradicional.

Para Sérgio Cruz Arenhart, é necessário um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da “separação dos poderes”; não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos dos outros ramos do Poder Público¹¹⁹.

Nesse sentido, o próprio STF entendeu:

Não há violação ao princípio da separação de Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada aos adolescentes infratores, em unidade especializada, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 1.º, V, CF/88). A proibição da proteção insuficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição define como de absoluta prioridade¹²⁰.

Além disso, é necessário que se admita a atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige a correlação entre a decisão e a demanda que ela envolve, de modo a permitir ao magistrado uma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado, já que a lógica que envolve os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, com a possibilidade de apenas três soluções: deferimento, deferimento

¹¹⁹ ARENHART, 2013, p. 397.

¹²⁰ STF. S 235 TO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 8 jul. 2008. Publicação: **DJe** n. 143, 4 ago. 2008.

parcial ou indeferimento. O processo estrutural visa o alcance de uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas, que no início do processo não é tão clara e, portanto, não estará descrita na petição inicial.

Para Didier, Hermes e Rafael¹²¹, a flexibilidade da congruência objetiva supõe a interpretação do pedido (CPC, art. 322, § 2.º) que leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai aos poucos transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido, portanto, é seguido de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa-fé (CPC, art. 489, § 3.º).

Ademais, o próprio artigo 493 do CPC autoriza e impõe que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, ou seja, o julgador precisa interpretar a demanda, flexibilizando a regra da congruência. A dinamicidade dos fatos subjacentes ao pedido do processo estrutural torna o artigo 493 uma ferramenta imprescindível ao juiz para a efetivação de suas decisões.

É preciso lembrar que inexistente um modelo fechado de formatação de decisões estruturantes, que podem assumir dimensão mais ou menos complexa, conciliando um ou mais provimentos jurisdicionais de natureza distinta. Em outras palavras, a natureza da decisão é livre desde que seja apta a construir a efetividade da demanda de acordo com o caso concreto.

Outra característica fundamental dos processos estruturais é que a efetivação das decisões proferidas dá-se de forma dialética, a partir de um amplo debate, cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada, o que encontra guarida nos artigos 3, § 3.º, e 515, § 2.º, do CPC¹²². O processo estrutural, em razão do objeto próprio desse tipo de demanda, exige o modo dialógico em sua condução.

4.3 O modelo do *town meeting*

¹²¹ DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. Notas sobre decisões estruturantes. *In*: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.) **Processos estruturais**. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 362.

¹²² *Ibid.*, p. 363.

Town meeting foi a denominação utilizada pela primeira vez por Stephen Yeazell para designar o método dialógico de condução de processo¹²³. Nesse modelo, o juiz toma a frente do processo, delimitando as questões relevantes e conduzindo a produção de provas, com a intenção de fomentar ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos.

Para tanto, realizam-se audiências e eventos públicos que permitam a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados. Isso traz ao processo um enorme número de pessoas que são afetadas por ele e que ficariam de fora no processo tradicional, bem como é apresentada a diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram, o que amplia as possibilidades de solução da demanda.

Em outras palavras, esse modelo torna o processo uma arena pública de discussões, em que os interessados e impactados pela demanda, além de serem informados e incluídos nos debates, têm a oportunidade de serem efetivamente ouvidos e de terem suas considerações e opiniões levadas em consideração para a resolução da demanda. Trata-se da prática comunicativa da formação da vontade comum.

A comunidade envolvida, portanto, pode colaborar na conformação cooperativa dos direitos, participando ativamente da formação da vontade pública democrática, nos termos de Axel Honneth.

O ambiente propício para o desenvolvimento dessa atividade, como bem explica Honneth, é a seara público-política, entendida como espaço público de formação de vontade comum:

[...] encarnação [...] da instituição da vida pública democrática como um espaço social intermediário no qual cidadãos devem constituir convicções coletivamente aceitas mediante discussão deliberativa, as quais constituirão os princípios a ser obedecidos pela legislação parlamentar em conformidade com procedimentos do Estado de direito¹²⁴.

Nesse sentido, as discussões acerca dos conflitos coletivos deveriam ser travadas na arena pública. Ocorre, entretanto, como inclusive já explicitado na primeira parte deste trabalho, que o ambiente público, atualmente, não permite a participação ativa de pessoas ou de parcelas da sociedade sem “poder” econômico ou algum outro fator de diferenciação que traga visibilidade e apoio aos seus pleitos. Essa situação faz com que parte da população tenha voz ativa e outra seja invisibilizada. O ambiente público propício ao debate está deteriorado, e os conflitos migram para o campo jurídico.

¹²³ YEAZELL, 1977, p. 244-260.

¹²⁴ HONNETH, 2015, p. 485.

É claro que a parcela invisibilizada é a maioria vulnerável da população, sem poder, como a classe média trabalhadora, os desempregados, os índios, o grupo LGBT etc. Todos aqueles que não são úteis para os detentores do poder.

Existe também uma tendência social a atribuir a tarefa de solucionar litígios sociais, de maneira rápida e quase automática, ao Judiciário, e as vias alternativas para a resolução de conflitos são testadas quase institucionalmente. A linguagem do direito passa cada vez mais da esfera público-política para um cenário de reivindicações legais.

Aos excluídos da arena pública, que politicamente são sufocados, resta apenas o ambiente jurídico-processual, para a defesa de seus direitos em casos de ameaça ou lesão a direito. Nesses casos, o modelo processual tradicional não se mostra eficaz, já que transpõe para a seara jurídica as dificuldades enfrentadas na seara política, com a ausência de voz e sem a participação dos envolvidos.

Ademais, as partes processuais comportam-se apenas como entidades jurídicas estrategicamente posicionadas, perdendo a conexão com as práticas comunicativas de seu ambiente social.

Honneth esclarece a realidade do processo jurídico tradicional ao explicar a liberdade jurídica e o espaço de proteção individual, mostrando a ausência do dever de justificação do agir comunicativo, o que impossibilita reflexões éticas em forma de diálogos: “A instituição da liberdade jurídica deve dar aos indivíduos a oportunidade, controlada pelo Estado de direito, de suspender decisões éticas por determinado período, para que se possa realizar uma apreciação do próprio querer”¹²⁵.

É exatamente o retorno da necessidade de justificação da rede do agir comunicativo e o acesso ao mundo de ligações e de responsabilidades intersubjetivas, por meio do diálogo, que o modelo de *town meeting* inova dentro do processo e da, até então, liberdade meramente jurídica.

De acordo com Honneth, o sistema institucionalizado da liberdade jurídica representa uma porta de entrada para patologias, uma vez que se exige dos participantes um elevado grau de abstração, razão pela qual se vão acumulando regularmente erros de interpretação¹²⁶. O processo passa, então, a ser um fim e não um meio.

A submissão dos processos da vida real ao meio do direito produz a coerção de prescindir das experiências concretas dos participantes, de permitir que suas experiências

¹²⁵ HONNETH, 2015, p. 223.

¹²⁶ Ibid., p. 159.

valham a pena à medida que se ajustam ao esquema de interesses de tipificação geral, dissociando-as dos contextos comunicativos de vida¹²⁷.

O fracasso da efetividade do processo coletivo tradicional, no Brasil, resulta, exatamente, do seu caráter individualista, da ausência da sociedade impactada, das amarras das decisões tradicionais (obrigação de fazer, não fazer e indenizatória), mas também do dogma de que a decisão só pode emanar do Estado-juiz.

Admitir que o juiz, em razão de suas próprias limitações naturais, não deve decidir de forma unilateral, mas deve dar voz e participação aos envolvidos já é o primeiro passo para a construção da liberdade social intraprocessual. Os envolvidos devem decidir em conjunto, no intercâmbio discursivo de suas opiniões acerca da resolução do litígio, realizando as condições da liberdade social, por meio da participação ilimitada e não coercitiva na formação da vontade democrática.

O modelo de *town meeting* traz a possibilidade de implementação da liberdade social intraprocessual.

Para Honneth, considerar o Estado moderno, por suas condições de legitimidade, um “órgão” ou uma corporação encarregada da implementação prática de resoluções democraticamente negociadas é um instrumento que possibilita determinar as oportunidades de realizar a liberdade social na esfera de atividade de Estado¹²⁸.

Esse modelo também permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis. O juiz usa sua posição central no processo para lançar influência muito além dos limites imediatos do caso, avaliando o impacto dos resultados extraprocessuais. Em sendo objeto de tais litígios, o próprio desenvolvimento da vida em sociedade é dinâmico como a vida, e não apenas estático como uma sentença fria e sem efetividade.

No mundo, há vários exemplos da utilização desse método. Um deles é o caso *Mendoza*, acerca da contaminação ambiental na Argentina, no qual a sentença prolatada em 2008 foi apenas o ponto de partida para o plano de ação com vista a obter a ordenação territorial, o controle de atividades perigosas ou prejudiciais, estudos de impacto ambiental, atividades de educação ambiental e programas de difusão de informações ambientais¹²⁹. Outro

¹²⁷ HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1981. v. 2, p. 544.

¹²⁸ HONNETH, 2015, p. 586-587.

¹²⁹ BERGALLO, P. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, R. (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 245-291.

exemplo é o caso *Madrid v. Gomes*, que trata de litígio estrutural pela reforma do sistema prisional na Califórnia, tendo tido início na década de 90 do século XX.

Sérgio Cruz Arenhart¹³⁰ cita exemplos do que poderia ser considerado um protótipo de processo estrutural, como as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora do âmbito do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto. Na seara de proteção ao meio ambiente, muitas decisões em ação coletiva ambiental têm imposto a obrigação de sujeitar qualquer modificação na área afetada à prévia manifestação (ou orientação) do órgão ambiental competente ou ainda a de condicionar a prática de certos atos com repercussão ambiental à prévia autorização do órgão de fiscalização ambiental, como no caso da mineração do carvão na área de Criciúma (SC)¹³¹. Outro exemplo é o caso das creches no Estado de São Paulo¹³².

No Brasil, a questão do sistema prisional suscitada pela ADPF n.º 347, se fosse tratada pelo STF como um modelo de *town meeting*, proporcionaria aos ministros melhores condições para atuar. Não se trata apenas de ouvir presos ou de conhecer a realidade carcerária, nem de receber relatórios de vigilância sanitária, quanto à irregularidade da situação; é necessário ouvir todos os atores, acerca não apenas do ilícito, mas também da solução adotada na demanda. Nesse sentido, autoridades de segurança pública, de vigilância sanitária, o conselho penitenciário, os gestores das unidades e os próprios presos deveriam ter feito parte desse *town meeting*, a partir do qual o juiz proferiria uma decisão que levasse em consideração todos os fatores e seus respectivos impactos.

Afirma Yeazell, discutindo a reforma estrutural nas escolas:

Quando se compreende que a Corte está tomando o lugar da administração, não apenas para a elaboração das medidas de cumprimento, mas também como fórum inicial para a expressão de novas visões, o caráter ocasionalmente parecido com um circo dessas audiências se torna mais explicável, senão mesmo mais ordenado. Ela não se parece muito com uma audiência judicial, como ressaltou um juiz, por uma boa razão: ela realmente não é. Ela é o estágio de consulta em um processo legislativo ou administrativo¹³³.

É necessário compreender essa amplificação de perspectiva no sentido de que a intenção do processo não é apenas subsumir o caso ao ordenamento jurídico, mas realizar uma mudança social. Para tanto, também é importante ter consciência de que as decisões em um

¹³⁰ ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 483.

¹³¹ A propósito dessa ação, ver a página eletrônica <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>, criada durante a execução da sentença de procedência, para dar maior publicidade e conseguir a maior participação social no gerenciamento do problema da mineração de carvão naquela localidade.

¹³² TJ-SP. Apelação em Ação Civil Pública n.º 0150735-64-2008-8.26002. Julgamento: 16 dez. 2013.

¹³³ YEAZELL, 1977, p. 259.

processo dessa natureza têm impactos concretos e precisam ser avaliados em uma perspectiva sistêmica desapegada de noções estáticas de elementos da ação, coisa julgada e estabilização da demanda.

Para Edilson Vitorelli, transformar audiências judiciais em *town meetings* não é apenas uma ideia destinada a obter a legitimidade da decisão, ou a adesão, talvez vazia, à noção de participação como elemento essencial, e não instrumental, do devido processo legal; é antes uma necessidade decorrente do perfil do conflito a ser decidido¹³⁴.

De acordo com Margo Schlanger, o sucesso desse tipo de empreitada depende da reunião, por intermédio do processo, das ações e dos recursos de vários grupos e de vários atores sociais¹³⁵. Para muito além de agregar legitimidade, isso traz pluralidade, o que aumenta a possibilidade de sucesso da demanda. Nesse sentido, é necessário que o juiz e as partes se aprofundem no conhecimento da instituição, de seu funcionamento, de seus problemas, limites e possibilidades.

O método dialógico engloba inúmeros recursos, como a realização de reuniões, audiências públicas, inspeções *in loco*, pesquisas quantitativas e qualitativas com os integrantes da sociedade, busca de apoio dos órgãos públicos e entidades da sociedade civil, que permitam o adequado equacionamento das pretensões dos subgrupos.

O início do processo dá-se com a participação informada dos envolvidos; a informação é o elemento principal que desencadeará todos os demais. O objetivo é auxiliar o público a entender o problema, suas alternativas, oportunidades e soluções. Essa fase pode ser implementada de várias maneiras, com a distribuição de informativos resumidos, reuniões abertas etc. Após, é necessário que o público dê o *feedback* acerca da informação disponibilizada, o que pode ser feito por meio de consultas. Nessa etapa, há um contato próximo com as preocupações e aspirações dos envolvidos, o início, portanto, de uma troca de informações e saberes.

Depois dessa troca inicial, objetiva-se envolver a população destinatária do processo para que trabalhe em conjunto com o representante na investigação e na formulação da pretensão, o que garante que suas preocupações serão compreendidas, consideradas e refletidas no resultado final. Já se pode afirmar, portanto, a existência nesse nível de um agir

¹³⁴ VITORELLI, E. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 399.

¹³⁵ SCHLANGER, M. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Michigan Law Review**, [s.l.], v. 97, n. 6, p. 1994-2036, 1999.

comunicativo para o fim de construção de convicções coletivamente aceitas mediante discussão deliberativa.

A partir daí, já existe uma colaboração entre os envolvidos para cada aspecto das decisões que serão adotadas no processo, o que inclui a proposição de alternativas e a identificação da solução preferida, entre as possibilidades discutidas. Nesse momento, poderão ser empregadas técnicas de composição de comitês consultivos de cidadãos e de tomada de decisões participativas.

Com isso, coloca-se a decisão final nas mãos dos envolvidos, implementando-se o que for decidido. Trata-se de um verdadeiro empoderamento dos envolvidos, o que se esperava ocorrer na esfera pública ocorre dentro do processo.

Nesse sentido, o processo coletivo desenvolvido com base no modelo de *town meeting*, do método dialógico demonstra ser possível fomentar a interação entre os envolvidos na demanda que, por meio do reconhecimento recíproco, buscam a solução do litígio, à luz da liberdade social.

A liberdade social concebida por Axel Honneth não está restrita ao ambiente público de deliberação política, e não há impedimento teórico para a implementação de seu pensamento no campo jurídico-processual.

Se há deterioração das relações intersubjetivas na seara pública, em razão dos fatores aqui já descritos, o que já contaminou o modelo de processo tradicional de cunho individualista, o processo estrutural baseado no modelo de *town meeting* pode ser uma perspectiva nova de resgate dessas relações intersubjetivas dentro de uma instituição que garanta os direitos constitucionais, que proporcione o ambiente adequado para o reconhecimento recíproco dos envolvidos que, mediante discussão deliberativa, podem solucionar seus problemas.

Constata-se, portanto, a aplicação prática da liberdade social defendida por Honneth no processo coletivo brasileiro. Apesar das falsas amarras processuais do modelo legal atual, a simples mudança de perspectiva, conforme ao norte explicitado, possibilita sua implementação.

O Novo Código de Processo Civil traz uma onda renovatória do próprio processo individual que se espraia para o processo coletivo. São exemplos os modos consensuais de resolução de conflitos, a cooperação processual, a colaboração. Se já há previsão para o processo individual, mais razão há de ter a utilização no processo coletivo, uma vez que seu reflexo é maior e mais profundo na sociedade.

Se os cidadãos, apesar da carga que deveria ter tal nomenclatura, não são ouvidos ou nem sequer têm espaço na seara público-política, é justo que o Judiciário, instituição finalisticamente protetora dos direitos constitucionais, garanta aos cidadãos-litigantes seus direitos como tais.

A legislação deve garantir a concretização dos direitos constitucionais; para tanto, deve ser interpretada de modo a maximizar a efetivação desses direitos. Por isso, os magistrados devem ter em mente que a solução de conflitos coletivos não está dentro de seus gabinetes, está, sim, fora, na interação com os envolvidos na demanda; está não no prazo atribuído pelo Conselho Nacional de Justiça, mas no ritmo da interação e da participação eficiente, no ritmo da vida e não da meta imposta.

O impacto do processo e das decisões estruturais é enorme; são verdadeiras mudanças sociais, e tais mudanças não acontecem sem debate, sem amadurecimento, sem participação adequada, sem avanços e retrocessos, sem modificações ao longo do caminho, sem reavaliações constantes, características naturais da vida em sociedade que agora devem ser levadas ao processo coletivo.

A liberdade meramente jurídica, que afasta os indivíduos e interrompe as relações intersubjetivas e a esfera comunicativa, precisa ser repensada e superada para a realização de uma liberdade não individual, mas social.

O processo coletivo não é de uma parte ou do representante processual; é dos representados e de todos os envolvidos no conflito e, inclusive, daqueles que serão no futuro impactados por ele, que devem ser respeitados como cidadãos dentro do processo.

O anseio de mudança social que até então estava adstrito às lutas sociais, na seara política, pode ser transportado para a seara jurídica, por meio do processo coletivo estrutural, principalmente em países como o Brasil, onde a Constituição já enumera inúmeros direitos sociais que ainda estão como letra morta para muitos brasileiros.

Viver a cidadania também é socorrer-se do Judiciário, mas ele deve estar pronto para acolher de forma adequada os pleitos e anseios dos cidadãos que tiveram seus direitos violados ou ameaçados.

A letra fria da lei não basta. A legislação deve ser dinâmica, vívida, e a liberdade não deve ser apenas formal, deve ser efetiva e garantida a todos, indistintamente, inclusive e principalmente nas relações intersubjetivas.

Assim, a atividade jurisdicional passou a ser, em certas circunstâncias, a única instância de decisão social capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que,

por características estruturais, não obtêm um adequado tratamento no mercado ou no processo político.

É certo que não existe uma fórmula pronta e acabada para que o Judiciário efetivamente ajude a produzir mudanças sociais; há, todavia, necessidade de paciência, sensibilidade e atenção a diversos aspectos que não são usuais no contexto do processo judicial, como já mencionado.

Existe, pois, a possibilidade de se produzirem bons resultados de acordo com o caso e com as circunstâncias em que ele ocorre. O Judiciário não é capaz de resolver problemas políticos e econômicos que os outros poderes não solucionaram, mas, em algumas situações, os tribunais foram capazes de atuar na promoção de mudanças sociais significativas.

Se houver cooperação dos atores envolvidos, dispostos a impor custos para o descumprimento da ordem ou a oferecer benefícios para o seu cumprimento – cooperação que pode e deve ser desenvolvida ao longo do processo –, se as providências de implementação da decisão puderem ser deixadas a cargo do mercado, sem a necessidade de atuação direta dos controladores da entidade reformada, ou se houver autoridades de boa vontade, que entendam o valor da reforma e utilizem a decisão como um catalisador para realizá-la, as evidências empíricas demonstrarão a possibilidade de se alterar, e muito, a realidade, por intermédio do processo, tanto em países desenvolvidos, quanto em países em desenvolvimento. Os atores processuais devem buscar desenvolver boas condições para o deslinde favorável do processo. Essa condição favorável é exatamente a possibilidade de efetivação da liberdade social.

A liberdade social praticada pelos membros da sociedade na esfera institucional da vida pública democrática abrange muito mais do que apenas a adoção recíproca dos papéis de orador e ouvinte; também envolve sempre a realização de tarefas instrumentais, compostas de tal modo que, juntas, servem para o intercâmbio vital de opiniões concorrentes.

Nesse sentido, os atores processuais devem escolher e decidir participar da demanda, reconhecer-se reciprocamente e optar por colocar seus objetivos privados depois do bem-estar comum; assim, de forma cooperativa, trabalharão com os demais, tendo em vista a melhoria das condições sociais de vida.

No mundo e no Brasil, de modo geral, o progresso resultou unicamente de transformações mediadas por conflito na percepção e na mobilização coletiva dos princípios de liberdade. Frequentemente, o direito teve somente a função de legalização posterior de melhorias a que se já tinha chegado por meio da luta.

Segundo Honneth, o motor e o meio dos processos históricos da realização dos princípios da liberdade institucionalizada não é o direito, ao menos não em primeiro lugar; são as lutas sociais pela adequada compreensão desses princípios e das mudanças de comportamento daí resultantes.

Ocorre que, atualmente, a sociedade enquanto grupo com objetivos comuns está enfraquecida, seja em razão da enorme multiplicidade de interesses diversos que acabam por afastar grupos antagônicos, seja em razão da descrença de que a união em prol das reivindicações comuns possa ter um resultado favorável. Ademais, hoje, vive-se em um mundo demasiadamente individualista, característica, inclusive, alimentada pelos detentores do poder, que tentam manter a sociedade desarticulada politicamente.

Se não há, ou quase não há, luta política pelos motivos expostos, a mudança social precisa ser travada em outro ambiente. Além disso, no caso do Brasil, há um elemento facilitador: os principais direitos sociais estão previstos expressamente na Constituição Federal, ou seja, legislativamente, ao menos de forma abstrata, já existem garantias sociais. O maior desafio é a implementação desses direitos.

Se a luta social não está sendo travada na esfera público-política, o Judiciário é a última fronteira para a implementação dos direitos, em tese, já conquistados.

O reconhecimento recíproco no seio público político parece quase uma utopia. No entanto, quando concretamente os indivíduos têm um conflito em comum, nasce uma união que pode permitir que os sujeitos se relacionem uns com os outros, compreendendo a sua contraparte como o outro em si mesmo, em prol de um objetivo comum.

Nesse contexto, os sujeitos podem exercer sua liberdade por meio do reconhecimento da complementaridade de seus respectivos fins. Com efeito, na situação das práticas institucionais, o sujeito encontra uma contrapartida com a qual se conecta por uma relação de reconhecimento recíproco, porque nos fins dessa contrapartida ele pode vislumbrar uma condição para realizar seus próprios fins.

Como já apontado neste trabalho, a liberdade do indivíduo só é estabelecida onde ele pode participar de instituições cujas práticas normativas assegurem uma relação de reconhecimento recíproco.

A institucionalidade e a intersubjetividade são primordiais para a teoria honnethiana de liberdade que é adotada neste trabalho.

Para Honneth, a aspiração de liberdade do indivíduo só é satisfeita no seio de instituições ou com o amparo delas. O Poder Judiciário é uma instituição segundo o

entendimento do autor; por meio das práticas sociais dessa instituição, o sujeito pode encontrar a contrapartida com a qual pode conectar-se em uma relação de reconhecimento recíproco, em que seus fins da relação encontram os fins da contrapartida. Todavia, entende-se que isso só pode ocorrer nos casos de processos estruturais que adotam o método do *town meeting*.

Por outro lado, ao contrário do processo individual clássico em que não há deveres de uma justificação intersubjetiva, no processo coletivo estrutural no método do *town meeting*, os sujeitos partilham um objetivo comum, atribuem-se reciprocamente um estatuto e possuem uma autorrelação específica, que leva à formação de competências e atitudes necessárias para a participação nas práticas constitutivas. Os sujeitos agem com deveres de justificação intersubjetiva.

A satisfação de todas essas condições culmina com a própria realização da liberdade social, como concebida por Axel Honneth.

O processo estrutural, por meio do modelo de *town meeting*, tem o condão de, além de superar a carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, ser a instituição que permite a realização da liberdade social.

O sistema institucionalizado da liberdade jurídica, que possui um elevado grau de abstração, é superado no processo coletivo, que parte da realidade concreta, o que evita as patologias já comentadas neste trabalho.

Apesar do elevado grau de juridificação existente no ordenamento jurídico brasileiro, a suposta submissão dos processos da vida real ao meio jurídico não encontra sustentáculo no processo coletivo como aqui defendido. Como os litígios são pensados a partir de sua concretude, a experiência dos participantes tem grande valia, daí a importância dos contextos comunicativos para o deslinde da demanda.

Assim, as expectativas previstas no direito subordinam-se à justificação valorativa. Nesse sentido, o sujeito pode autorrealizar-se sem que isso acarrete danos aos demais, no seio do Poder Judiciário, por meio do reconhecimento recíproco com os demais.

5 CONCLUSÃO

É impossível compreender o direito sem uma análise do contexto de seu desenvolvimento. Assim como a vida, o direito também deve adequar-se às novas realidades; no entanto, de acordo com os detentores do poder, essa mudança dificilmente acontece de forma natural. Daí a importância das lutas sociais.

O ambiente adequado e concebido para o desenrolar das lutas sociais é a seara público-política. Os cidadãos têm o direito de serem ouvidos, e suas reivindicações devem ser consideradas por aqueles que podem alterar a realidade, seja o Legislativo, seja o Executivo, o que não acontece. Esse é um aspecto da liberdade individual que é violado diuturnamente. No entanto, atualmente, em razão do enfraquecimento dessa esfera, o Judiciário tem sido chamado para atender essas demandas sociais.

No Brasil, a Constituição da República, de forma expressa, já reconhece inúmeros direitos que são violados cotidianamente, seja pelo poder público, seja por particulares, o que faz com que o Poder Judiciário seja acionado.

Ocorre, porém, que, no que diz respeito aos litígios coletivos, o Poder Judiciário não está apto a enfrentar tais demandas com todas as nuances necessárias. Há, ainda, sério apego ao direito processual clássico individual e ao legalismo, o que faz com que os processos até cheguem a um deslinde final, mas sem ter efetividade real ou sem considerar inúmeras situações que nem chegaram a ser colocadas em juízo. Isso demonstra o processo de juridificação denunciado por Axel Honneth, bem como a patologia da liberdade jurídica, em que os envolvidos no processo, sem deveres de justificação intersubjetiva, apenas buscam seu melhor interesse.

Esse ciclo vicioso deve ser superado, principalmente no processo coletivo, em que estão em jogo mudanças sociais relevantes. O Judiciário é uma instituição importante e pode ser um veículo para a alteração dessa realidade. Daí a necessidade de se conceber o processo coletivo como um meio de alcance da liberdade social. Assim, apesar da necessidade de utilização do meio judicial, para que se faça presente a parte adversa e todos os mecanismos de possível constrição e obrigação que podem ser alcançados pelo processo, os envolvidos devem ter a oportunidade de dialogar e de reconhecer reciprocamente suas dificuldades e demandas.

Está em jogo a liberdade dos envolvidos. Os indivíduos são livres quando são autores e destinatários dos deveres sociais; podem, por meio do reconhecimento recíproco, compreender a sua contraparte com o outro em si mesmo, exercendo a sua liberdade social.

O Judiciário, como instituição, pode incentivar, nos processos coletivos, a participação dos envolvidos no processo, para que sejam ouvidos e considerados, para que possam assumir deveres de justificação intersubjetiva por meio do reconhecimento recíproco.

Principalmente nos litígios coletivos de difusão irradiada, com altos níveis de conflituosidade e complexidade, o processo deve ser encarado de forma diferente do processo individual clássico. Nesses casos, outro tipo de processo deve ser suscitado – o processo estrutural –, já que estão em jogo alterações sociais que demandam um novo olhar e uma nova forma de condução processual, com decisões que vão muito além de meras obrigações de fazer, não fazer e indenizar, que devem compor um plano de ação e podem ser alteradas no decorrer da lide. A intenção do processo é não apenas subsumir o caso ao ordenamento jurídico, mas sobretudo realizar uma mudança social. Mais que isso, o juiz, compreendendo que não possui todos os requisitos prévios para o entendimento global da demanda, deve, além de chamar todos os envolvidos para que efetivamente participem do processo, convocar *experts* ou *amicus curiae* e todos os que, de alguma forma, podem contribuir para solucionar a demanda.

Dessa feita, como seria possível esse exercício de reconhecimento dentro de um ambiente tido como “hostil” se pelo menos uma das partes está ali obrigada, colocada como ré, devedora de algum tipo de obrigação?

Sugere-se, como inclusive o Novo Código de Processo Civil preceitua em seu artigo 3.º, § 2.º e § 3.º, a busca pela solução consensual dos conflitos, pela conciliação, pela mediação ou por outros meios de solução consensual. Para tanto, aponta-se como início do procedimento, após a citação da parte requerida, a não exigência de apresentação de defesa, mas a marcação de data para a realização de um primeiro contato entre as partes, para um diálogo inicial, sem formalidades, com o objetivo de um entendimento amplo da demanda e a possibilidade de averiguação de eventuais outros interessados e a indicação de possíveis profissionais ou *experts* no assunto da lide.

Essa audiência preliminar ou simplesmente reunião inicial pode ser renovada quantas vezes forem necessárias para que o objetivo finalístico do ato seja alcançado. Com certeza, não poderia ser delongada por prazo indeterminado e irrazoável, mas o que se espera é que as partes, após os primeiros contatos, possam desarmar-se e iniciar um debate produtivo. Com a

ajuda de profissionais do direito capacitados, de operadores que estejam inclinados a facilitar a melhor solução para a demanda, de forma consensual, de *experts* no assunto da contenda, que consigam auxiliar com questões técnicas.

A intenção é que o procedimento seja livre e de acordo com cada demanda. Assim, após o contato inicial, é possível apresentar possíveis caminhos para a solução do litígio. Nessa fase, pode-se abrir uma agenda para acompanhamento dos compromissos que as partes ajustaram, com prazos razoáveis e possíveis de realização.

Tais tipos de demanda são e devem ser demoradas para que o máximo de situações seja considerado e deve haver um plano de ação para nortear os encaminhamentos que podem ser alterados à medida que as fases anteriores são efetivadas.

O principal intuito não é atingir de forma rápida uma possível solução, mas caminhar para uma solução duradoura, que possa inclusive contribuir para que outras demandas não ocorram. Afinal, o exercício da liberdade social pode trazer amadurecimento e pacificação social.

De outra banda, para que não se caia na patologia da liberdade jurídica denunciada por Axel Honneth, é importante um modelo diferenciado para o fomento das relações intersubjetivas. Daí a necessidade de implementação do modelo do *town meeting*, que proporciona ao juiz melhores condições para atuar nesse tipo de cenário. É necessária a oitiva de todos os atores envolvidos no caso, não apenas em relação ao ato ilícito que se quer combater, mas também à solução que se pretende adotar. Dessa forma, as demandas serão, em grande medida, resolvidas por elementos de consenso, e não pela imposição de ordens.

É necessário que se proporcione um ambiente adequado para que os envolvidos possam exercer sua liberdade social por meio do reconhecimento recíproco, para que se relacionem com deveres de justificação intersubjetiva e que compreendam sua contraparte como o outro em si mesmo. Assim, podem chegar a um real entendimento. E o modelo do *town meeting* permite essa forma de atuação. Transformar audiências judiciais em *town meetings* não é apenas uma ideia para se obter a legitimidade da decisão; o que importa é a adesão à participação como elemento essencial do devido processo.

O objetivo é discutir e descobrir as concessões que cada segmento está disposto a fazer, no intuito de construir uma solução aceitável por todos. Assim, por meio do reconhecimento recíproco, os envolvidos, compreendendo que a contraparte faz parte de si mesmos, chegam a um entendimento construído, que traz efetividade à solução encontrada.

Confirma-se, portanto, a viabilidade do exercício da liberdade social para a solução de litígios de difusão irradiada por meio do processo estrutural, aplicando-se o modelo do *town meeting*.

REFERÊNCIAS

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; COSTA, S. H. da (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 475-492.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014.

BERGALLO, P. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. *In*: GARGARELLA, R. (org.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 245-291.

BOSCHI, R.; DINIZ, E. **Estado e sociedade no Brasil: uma revisão crítica**. Rio de Janeiro: Edipaz, 2002.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMTE, A. Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. *In*: COMTE, A. **Comte**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 157-169.

CRISTANI, C. V. O direito no Brasil Colonial. *In*: WOLKMER, A. C. (org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. cap. 2, p. 31-77.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.) **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368.

ELLIOT, A.; TURNER, B. **On society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

FISS, O. M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, O. M. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 5, p. 965-980, 1993.

FISS, O. M. Two models of adjudication. *In*: DIDIER JR, F.; JORDÃO, E. F. (org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 1, p. 761-768.

GRINOVER, A. P. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 12, p. 111-144, 1979.

HABERMAS, J. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1981. v. 2.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flavio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004.

HONNETH, A. **O direito da liberdade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KIRCHNER, F. Os métodos autocompositivos na nova sistematização processual civil e o papel da Defensoria Pública. *In*: SOUSA, J. A. G. de (Coord). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 252-268. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5).

KOSIMA, J. W. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. *In*: WOLKMER, A. C. (org.). **Fundamentos da história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. cap. 3, p. 78-111.

LEAL, R. G. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MANCUSO, R. de C. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1 (Teoria do processo civil).

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRRA, A. L. V. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual civil: primeira série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA JUNIOR, W. M. de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. **Estudos sobre o amanhã: ano 2000**. Caderno 2. São Paulo, 1978.

PARÁ. Defensoria Pública. **Defensoria Pública de Saúde da Capital: 1.º diagnóstico analítico de atuação**. Belém, 2017. Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/0BymSev7h91aZbTBtbEVsODVIVkU/view>. Acesso em: 12 ago. 2018.

PARSONS, T. **The social system**. Glencoe: The Free Press, 1951.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social**. Tradução: Tiago Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

SCHLANGER, M. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Michigan Law Review**, [s.l.], v. 97, n. 6, p. 1994-2036, 1999.

SILVA, O. A. B. da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARDE, G. **Monadologia e sociologia**. Petrópolis: Vozes, 2003.

TUCCI, J. R. C. e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VITORELLI, E. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, E. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

PARSONS, Talcott. *Politics and Social Structure*. New York, Free Pass, 1969, p. 348.

YEAZELL, S. C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, [s.l.], v. 25, p. 244-260, 1977.