

GISELE AUGUSTA FONTES GATO

**A LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NA TUTELA
DOS DIREITOS DIFUSOS**

**Belém-Pará
2007**

GISELE AUGUSTA FONTES GATO

**A LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NA TUTELA
DOS DIREITOS DIFUSOS**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da UFPa., para obtenção do
título de Mestre em Direito**

Orientador: Prof. Dr. Ângela Maroja

**Belém-Pará
2007**

GATO, Gisele Augusta Fontes

A Legitimidade da Participação Processual na Tutela dos Direitos Difusos. Gisele Augusta Fontes Gato. Belém: [s.n.], 2007.

122 f.

Orientador: Ângela Maroja

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Filosofia Política. 2. Direitos Difusos. 3. Processo. 4. Participação.

I. Maroja, Ângela. II Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito. III A Legitimidade da Participação Processual na Tutela dos Direitos Difusos.

GISELE AUGUSTA FONTES GATO

A LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NA TUTELA DOS
DIREITOS DIFUSOS

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ângela Maroja

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Avaliação: _____

Belém-Pará
2007

RESUMO

A abordagem teórica da participação processual se encontra em um ponto de interseção entre uma teoria política e social e uma teoria do direito, pelo que, foi necessário iniciar pela teoria social de Habermas, para então transitar para sua teoria política e dela para a sua teoria sobre o direito. Nos termos de uma teoria discursiva, a correção da decisão judicial decorre não apenas da racionalidade da legislação, mas, também da reprodução, no âmbito do discurso jurídico, das condições do discurso racional, desde que observadas as limitações pragmáticas que incidem sobre o discurso jurídico, limitações essas que decorrem da especificidade do discurso jurídico, que, voltado para questões de decidibilidade, não pode se desenvolver sob os mesmos pressupostos da ética do discurso. Mesmo limitado pelas imposições pragmáticas do discurso jurídico, nele, assim como nos discursos práticos em geral, a argumentação é necessária à justificação racional e à correção da decisão judicial, e é neste aspecto que o discurso jurídico se conecta com a participação, essencial para a justificação racional e legitimidade da decisão judicial. Assim, a legislação processual deve ser submetida à crítica, para que se verifique se a participação processual prevista na legislação é capaz de garantir um procedimento legítimo. No caso da legislação nacional, há duas situações que não se justificam racionalmente, a primeira, referente ao procedimento judicial atual, calcado no paradigma individual, insuficiente para o processamento de lides formuladas em torno dos direitos difusos, pois impedem que a necessária discussão em torno dos paradigmas jurídicos que serão apresentados em juízo, e em torno da representação adequada, aconteçam. A segunda referente à restrição à participação individual na maioria das ações processuais voltadas à tutela dos direitos difusos que não se justifica racionalmente. Apesar de existir um indicativo de mudança, consistente em um anteprojeto de código de processo coletivo em que está prevista a ampliação da legitimação a qualquer membro da sociedade, esta ampliação não se estende a todas as ações que podem ser utilizadas para tutelar interesses e direitos difusos, pois ficaram de fora as ações de controle de constitucionalidade. Assim, a reflexão em torno do tema da participação processual não pode ser encerrada, nem mesmo quando o código de processo coletivo for promulgado, dada a essencialidade da participação de todos os interessados, ou de seus representantes legítimos, em qualquer procedimento judicial em que seus interesses ou direitos estejam sendo discutidos. De igual modo, apenas a continuidade da reflexão em torno da insuficiência do procedimento judicial pautado no paradigma liberal para a tutela de direitos difusos é capaz de criar uma discussão racional sobre o tema, cuja conclusão represente a vitória das melhores razões.

ABSTRACT

The theoretical approach of the procedural participation is found at a point of intersection between a social-political theory and a legal theory, in order to achieve that it was necessary to initiate from Habermas social theory, proceeding to his political theory and only then to his legal theory. In terms of a discursive theory, the perfection of judicial sentences derives not only from the rationality of the legislation, but also from the reproduction, in the scope of the legal speech, of the conditions of the rational speech, bearing in mind the pragmatic limitations that occur on the legal speech, limitations that arise from the specifics of the legal speech whose main purpose is resolving decision making issues, cannot be developed under the same basis of the ethical speech. Even though the Legal speech is limited by the pragmatic impositions in it, the same way the practical speeches in general, the argument is necessary to the rational justification and the perfection of the sentence, and it is in this aspect that the legal speech connects with the participation, essential for the rational justification and legitimacy of the sentence. Thus, the procedural legislation must be submitted to critics in order to verify if the procedural participation prescribed in the legislation is capable of guaranteeing a legitimate procedure. In our national legislation two situations are not justifiable rationally. First, the one that refers to the current judicial procedure, based in the individual paradigm, insufficient for processing deals formulated based on diffuse rights for they hinder the necessary argument about the legal paradigms and adequate representation that will be presented at court. Second, the restriction to the individual participation in the majority of the procedural actions involving the protection of the diffuse rights, which cannot be rationally justified. Although there is an indicative of change consisting of a first draft of a code of collective process considering legitimate the participation of any member of society. This extension of legitimacy does not apply to all actions that can be used to tutor diffuse interests and rights; the constitutional control was not among the changes. Therefore the discussion over the subject of procedural participation cannot be closed, not even after the promulgation of the code of collective process, due to the importance of the participation of all the interested parties, or of its legitimate representatives, in any judicial procedure where its interests or rights are being questioned. Only by continuing the discussion around the insufficiencies of the judicial procedure in the liberal paradigm for protecting the diffuse rights will we be able to create a rational argument on the subject, whose conclusion represents the victory of the best reasons.

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. Capítulo 1: A Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas.....	10
2.1. O processo de racionalização das sociedades complexas como pano de fundo do direito moderno.....	10
2.2. O potencial emancipatório do direito enquanto <i>medium</i> de integração social.....	20
2.3. O fundamento normativo da ordem jurídica segundo o modelo deliberativo de democracia	24
3. Capítulo 2. A participação processual legítima a partir dos pressupostos da teoria discursiva do direito	37
3.1. A aplicação do direito a partir de sua indeterminação	43
3.2. Os discursos de fundamentação e aplicação do direito.....	47
3.3. A importância da participação na teoria discursiva do direito.....	54
4. Capítulo 3: A participação processual voltada à tutela dos direitos difusos segundo os pressupostos da teoria discursiva do direito.....	58
4.1. A definição de interesses e direitos difusos.....	58
4.2. A teoria da argumentação jurídica, o procedimento judicial e a participação processual conforme a teoria discursiva do direito.....	61
4.2.1. A extensão dos pressupostos da ética do discurso à argumentação jurídica.....	62
4.2.2. A especificidade do discurso jurídico.....	68
A) A questão dos paradigmas.....	68
B) A questão da representatividade.....	75
C) A inadequação do paradigma individual de processo judicial para a solução das controvérsias que envolvem interesses e direitos metaindividuais.....	78
5. Capítulo 4: A disciplina da participação processual voltada à tutela dos direitos difusos no Direito brasileiro.....	88
5.1. O sistema de legitimação para a interposição das ações que tutelam os direitos difusos no Brasil.....	93
5.2. A restrição à participação individual.....	108
6. Conclusão.....	116
7. Bibliografia.....	119

INTRODUÇÃO

A participação da sociedade na criação e defesa de seus direitos encontra previsão legal, no que tange ao direito positivo brasileiro, no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*. Neste dispositivo, o ordenamento constitucional deixa clara a opção do legislador constituinte de 1988 pela possibilidade do exercício direto do poder político, de onde decorrem o direito legítimo e seus instrumentos jurídicos de exigibilidade e defesa.

Em conformidade com isso, o texto constitucional prevê uma série de modalidades de exercício da participação voltada à realização dos direitos metaindividuais na forma como estão consagrados na legislação: ações de controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais; arguição de descumprimento de preceito fundamental; mandado de injunção; ação popular; mandado de segurança coletivo; ação civil pública; iniciativa popular de lei; participação na elaboração das políticas públicas municipais, de proteção ao patrimônio cultural, de defesa e preservação do meio ambiente e nas políticas públicas das áreas da assistência social e da proteção à criança e ao adolescente.

Algumas das previsões de participação referem-se à participação da sociedade na deliberação política ó como a que prevê a iniciativa popular de lei. Outras se referem à participação da sociedade no âmbito da concretização administrativa dos direitos já legislados ó como as que prevêm a participação

da sociedade na definição das políticas públicas. Por fim, há a previsão da participação da sociedade na defesa e exigibilidade dos interesses e direitos que são de todos através do procedimento judicial. Esta última, denominada de participação processual na tutela dos direitos difusos, se constitui como objeto desta dissertação.

Porém, este não é o único sentido que relaciona a participação processual à noção de participação política, assim como a concebe o regime democrático. Partindo da compreensão de que fundamentação e aplicação do direito correspondem a momentos distintos, a participação processual possibilita a inserção da sociedade na argumentação acerca da correta¹ interpretação e aplicação do direito em cada caso concreto. Tal característica confere a esta modalidade de participação o mesmo status e papel exercido pela participação política no âmbito da fundamentação do direito, pois, no âmbito da sua aplicação, garante a argumentação em torno das melhores razões segundo as quais a lei deve ser interpretada e aplicada.

Habermas ilumina a distinção que existe entre fundamentação e aplicação do direito. A legitimidade do direito, no âmbito da fundamentação, não garante, por si só e de forma automática, a legitimidade da sua aplicação, pois a norma jurídica não é auto-aplicável. Dada sua indeterminação², a aplicação

¹ O sentido do correto aqui utilizado é o definido por Habermas: *õcorreçãoõ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos*. IN: *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 281.

² A indeterminação do direito decorre da impossibilidade de se exaurir todos os casos empíricos da aplicação de cada norma, pelo que, uma ação pode estar subordinada a uma diversidade de normas.

administrativa ou judicial do direito legislado exige uma consistente atividade interpretativa. O resultado da interpretação só obterá o assentimento racional de todos os atingidos pela decisão judicial ou pela atividade administrativa, se a participação destes na argumentação acerca da interpretação correta for amplamente garantida.

Isso significa que a justificação racional do direito não se esgota no âmbito político, com a realização da autolegislação, mas, que necessita também de um segundo momento de legitimação, quando da aplicação contingente do direito legislado. Esta observação obtém relevo ainda maior quando o objeto de investigação se refere à participação processual na tutela dos direitos cuja titularidade assiste à sociedade como um todo, os chamados direitos difusos.

A perspectiva abordada, assim, redimensiona o tema da participação processual, retirando-o do nicho eminentemente formal que lhe confere a compreensão de que a aplicação do direito é um mero exercício de subsunção da lei ao caso concreto, a partir de uma operação de silogismo jurídico, onde a participação processual cumpre apenas a função de veicular os interesses privados de cada parte em disputa.

Para tanto, a abordagem do tema será realizada tomando como referencial teórico a teoria normativa de Jürgen Habermas, por ser a teoria que promove este redimensionamento da participação processual no âmbito da aplicação do direito legislado. A teoria de Habermas será utilizada não apenas em sua

dimensão social de ação comunicativa, mas também a partir de sua proposta deliberativa de política e de sua teoria discursiva sobre o direito.

O primeiro capítulo será dedicado à exposição da teoria discursiva do direito a partir da descrição do papel que Habermas confere ao direito no contexto de sua teoria social sobre a modernidade. Em especial será enfatizado o potencial emancipatório que Habermas atribui ao direito moderno. Por emancipação, Habermas denomina a autodeterminação de diversos âmbitos da vida social como a arte, a moral, a religião, o direito etc, quando livres de qualquer imposição ou restrição impostas pelos âmbitos da economia e do poder político.

Em seguida, o segundo capítulo construirá os pressupostos de legitimidade da participação processual a partir da teoria discursiva do direito. No terceiro capítulo serão analisados os pressupostos de legitimidade da participação processual a partir das limitações pragmáticas impostas pela especificidade do discurso jurídico e pelo tema dos direitos difusos. No quarto capítulo, o ordenamento jurídico brasileiro será analisado à luz da elaboração teórica desenvolvida até então, quando será verificado se o ordenamento jurídico atual possibilita a participação processual da sociedade na tutela dos direitos difusos de uma forma que preserve o potencial emancipatório do direito.

Capítulo 1: A Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas

1.1. O processo de racionalização das sociedades complexas como pano de fundo do direito moderno

Em sua obra *Theorie des Kommunikativen Handelns* (1981), Habermas, visando fornecer uma nova interpretação da modernização social como racionalização, concebe as sociedades modernas a partir da dicotomia sistema e mundo da vida, de modo que a colonização do segundo pelo primeiro só pode ser evitada através da ação comunicativa³.

Mundo da vida, conceito extraído por Habermas da filosofia de Husserl, corresponde, ao mesmo tempo, ao mundo da vida hermenêutico ó ao pano de fundo da comunicação cotidiana, onde os sujeitos compartilham pré-concepções não tematizadas que já se encontram pressupostas na comunicação, e, ao mundo da vida sociológico ó ao espaço em que as ações sociais com vista ao entendimento são coordenadas pela linguagem, mediante consenso normativo⁴.

³ Esta é uma das conclusões do autor na obra em que o mesmo expõe sua teoria da ação comunicativa para a modernidade. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I e II, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003.

⁴ *Em este lugar he de contentarme com introducir el concepto de mundo de la vida solo como correlato de los procesos de entendimiento. Al actuar comunicativamente los sujetos se entienden siempre en el horizonte de un mundo de la vida. Su mundo de la vida está formado de convicciones de fondo, más o menos difusas, pero siempre aproblemáticas. El mundo de la vida, en tanto que transfondo, es la fuente de donde se obtienen las definiciones de la situación que los implicados presuponen como aproblemáticas. Em sus operaciones interpretativas los miembros de una comunidad de comunicación deslindan el mundo objetivo y mundos subjetivos de cada uno y frente a otros colectivos. Los conceptos de mundo y las correspondientes pretensiones de validez constiuyen el armazón formal de que los agentes se sirven en su acción comunicativa para afrontar em su mundo de la vida las situaciones que en cada caso se han tornado problemáticas, es decir, aquellas sobre las que se hace menester llegar a un acuerdo. El mundo de la vida acumula el trabajo de interpretación realizado por las generaciones pasadas; es el contrapeso conservador contra el riesgo de disentiimiento que comporta todo proceso de entendimiento que esta en curso. Pues en la acción comunicativa los agentes sólo pueden entenderse a través de tomadas de postura de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica.* IN: Idem, ibidem, T. I, p. 104. Para o aprofundamento destas considerações, ver o Item 1

Sistema corresponde ao espaço em que as ações têm natureza estratégica, visam ao êxito e são coordenadas por meios não-linguísticos (dinheiro/poder). Habermas admite a existência de dois sistemas, o sistema econômico, coordenado pelo meio não-linguístico *õdinheiroö*, e o sistema político, coordenado pelo meio não-linguístico *õpoderö*. Ambos os meios dispensam a integração linguística para atingir os fins que pretendem, por isso a ação comunicativa voltada ao consenso normativo é substituída pela ação estratégica voltada ao sucesso⁵.

Para Habermas, a cisão da sociedade em mundo da vida e sistemas é fruto de dois tipos distintos de racionalização, resultantes da passagem das sociedades tradicionais para as modernas. Segundo o filósofo, as sociedades pré-modernas se caracterizavam pela existência de um *ethos* abrangente, que relegava um papel secundário à comunicação entre os sujeitos com vista ao entendimento, uma vez que as ações sociais podiam ser coordenadas apenas pela força motivadora das tradições compartilhadas. Com a dissolução do *ethos* abrangente, deflagrada pela secularização a que Weber chamava de *õdesencantamento do mundoö*⁶, emergiu uma pluralidade de visões de mundo, que impede a existência de um acordo substancial que tenha como pano de fundo a tradição.

do Capítulo VI do Tomo II da obra *Teoría de la Acción Comunicativa*, denominado *El concepto de mundo de la vida y el idealismo hermenéutico de la sociología comprensiva*.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I e II, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 233 e ss.

⁶ WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Em substituição ao consenso ético que se tornou impossível, Habermas entende que, nas sociedades modernas, apenas a ação comunicativa⁷ é capaz de proporcionar o consenso e coordenar as ações, pois argumentos alcançados mediante discursos racionais são os únicos capazes de serem aceitos por todos, independentemente de sua vinculação a qualquer tradição. A ação comunicativa voltada para o entendimento representa a racionalização própria ao mundo da vida, pois,

*(...) un mundo de la vida puede considerarse racionalizado en la medida en que permite interacciones que no vienen regidas por un consenso normativamente adscrito, sino ó directa o indirectamente ó por un consenso comunicativamente alcanzado(...)*⁸

No entanto, segundo Habermas, esta racionalização comunicativa do mundo da vida não ocorre em relação aos domínios da economia e do Estado, pois tais domínios são submetidos a outro tipo de racionalização ó funcional ó em consequência da utilização de meios não-lingüísticos de comunicação (dinheiro/poder), os quais não se apóiam no consenso. Estes domínios conformam sistemas que se referem apenas a ações estratégicas, insensíveis a pontos de vista normativos, ou seja, que se justificam moralmente. As ações estratégicas orientadas para um fim prescindem do entendimento proporcionado pela ação comunicativa⁹.

⁷ Há diferença entre discurso e ação comunicativa. A ação comunicativa se dá a partir do pano de fundo de preconceções compartilhadas, enquanto o discurso se dá quando falta esse acordo de fundo de preconceções compartilhadas, enquanto o discurso se dá quando falta esse acordo de fundo. Assim, enquanto a ação comunicativa é um modo de coordenação da ação mediante a linguagem, o discurso é uma fixação prévia de acordos comunicativos que tornarão a ação comunicativa possível.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 434.

⁹ (...) solo cuando en la acción societária distinguimos entre acción orientada al entendimiento y acción orientada al éxito, cabe entender como desarrollos complementarios la racionalización comunicativa de la acción cotidiana y la formación de subsistemas em que se institucionalizan la acción econômica y la acción

Outrossim, aquela insensibilidade em relação ao ponto de vista normativo não significa a autonomia completa dos sistemas e das ações estratégicas que os reproduzem, em relação às ações comunicativas do mundo da vida. Segundo Habermas,

na perspectiva da teoria da comunicação, (...) as interações estratégicas somente podem surgir no interior do horizonte de mundos da vida já constituídos noutra parte ó e precisamente como alternativas para ações comunicativas fracassadas. Pode-se afirmar que elas ocupam posteriormente espaços sociais e tempos históricos, portanto, secções em dimensões do mundo da vida já constituído preliminarmente através do agir comunicativo.¹⁰

A tomada de posições do mundo da vida por interações estratégicas acontece quando as interações comunicativas do mundo da vida são neutralizadas, ou seja, perdem sua força coordenadora em relação à ação, deixando de ser a fonte garantidora do consenso¹¹ nas situações que caíram sob imperativos do agir orientados pelo sucesso¹².

Os meios não lingüísticos, ou códigos especializados, dinheiro e poder administrativo, ao prescindirem da ação comunicativa orientada ao entendimento normativo, isto é, um acordo sensível a razões morais, promovem

administrativa racionales com arreglo a fines. Ciertamente que ambos desarrollos reflejan una encarnación institucional de complejos de racionalidad, pero este es solo um lado de la cuestión, ya que e otro aspecto se trata de tendencias opuestas. Cuando los contextos normativos saltan por encima de las barreras de las instituciones consagradas por la tradición y la acción comunicativa se libera de ellas, lo que quiere decir: cuando tanto los unos como la outra se liberan del consenso adscrito, empieza a pesar sobre el mecanismo del entendimiento (y a desbordarlo) una creciente necesidad de coordinación. Por outra parte, en dos âmbitos de acción que resultan centrales, em vez de instituciones aparecen ñnstitutosö (Anstalten) y organizaciones de um nuevo tipo, las cuales se constituyen sobre la base de médios de comunicación que desenganchan la acción de los procesos de entendimiento y la coordinan a través de valores instrumentales generalizados como son el dinero y el poder. Estos médios de control sustituyen al lenguaje como mecanismo de coordinación de la acción. Liberan la acción social del tipo de integración que discurre a través del consenso sobre valores y la asientan sobre una racionalidad com arreglo a fines cuyos resultados gobiernan. IN: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 436.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p.97.

¹¹ Idem, ibidem, ibidem.

¹² Idem, ibidem, ibidem.

a diferenciação de sistemas de ação funcionalmente especificados e extraídos da sociedade como componentes do mundo da vida.¹³ Nos contextos diferenciados, o tipo de linguagem ordinária que é própria do mundo da vida cria dificuldades para esta diferenciação sistêmica.

Mundo da vida e sistemas são, portanto, complementares. Ao mundo da vida incumbe a reprodução simbólica, que garante a integração e a solidariedade sem as quais não seria possível a coordenação estratégica dos sistemas, enquanto aos sistemas incumbe a reprodução material, que garante a sobrevivência e o desenvolvimento necessários à manutenção do mundo da vida.

Tal complementaridade poderia sugerir a idéia de coexistência harmoniosa. Porém, é possível que a ação coordenada estrategicamente, que caracteriza o funcionamento sistêmico, se estenda ao ambiente do mundo da vida, colonizando-o. A colonização do mundo da vida pelo sistema ocorre quando as questões que deveriam ser deliberadas de forma comunicativa passam a ser definidas pelas relações funcionais sistêmicas, ditadas pela dinâmica do lucro e da eficácia.

Habermas identifica que, para este processo de colonização, contribuem os seguintes fatores: a desarticulação das formas tradicionais de vida, a ponto de ocorrer a diferenciação dos componentes estruturais do mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade), a diferenciação das regras de regulação das relações de intercâmbio entre subsistemas e mundo da vida, a disponibilização de força

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 99.

de trabalho e voto em troca de compensações propiciadas pelos meios de integração sistêmicos dinheiro e poder, o financiamento de tais compensações através das regras de consumidor e cliente¹⁴.

Todos esses sintomas são representativos da substituição da racionalidade comunicativa do mundo da vida, pautada na solidariedade, pela racionalidade estratégica dos sistemas econômico e político, pautada nos *mediuns* dinheiro e poder. No entanto, esta substituição de racionalidade só se opera porque discursos ideológicos conferem aparência de verdade à idéia de que a racionalidade estratégica é a única que rege as relações sociais. Portanto, os fatores que levam à colonização do mundo da vida, segundo Habermas, são processados através da dominação ideológica. Neste contexto, ideologias são discursos meramente justificativos da colonização.

La falsa conciencia ha sido sustituida hoy por una conciencia fragmentada que elude toda ilustración sobre el mecanismo de la cosificación. Solo entonces se cumplen las condiciones para una colonización del mundo de la vida: los imperativos de los subsistemas autonomizados, en cuanto quedan despojados de su velo ideológico, penetran desde fuera en el mundo de la vida ó como señores coloniales en una sociedad tribal ó e imponen la asimilación; y las perspectivas dispersas de la

¹⁴ *Los síntomas de cosificación que se presentan en las sociedades capitalistas desarrolladas los he explicado suponiendo que los subsistemas regidos por medios, es decir, la Economía y el Estado, penetran con medios monetarios y burocráticos en la reproducción simbólica del mundo de la vida. Ahora bien, según nuestra hipótesis, una òcolonización del mundo de la vidaó sólo puede producirse*

-cuando las formas tradicionales de vida están ya tan desarticuladas que há podido producirse una profunda diferenciación de los componentes estructurales del mundo de la vida (cultura, sociedad y personalidad);

-cuando las relaciones de intercambio entre subsistemas y mundo de la vida quedan reguladas a través de roles diferenciados (relativos a la actividad laboral en puestos de trabajo organizados, a la demanda de las economías domésticas, a las relaciones clientela con aãs burocracias públicas y a la participación formal en los procesos de legitimación);

-Cuando las abstracciones reales mediante las que la fuerza de trabajo de los empleados se torna disponible y el voto de los electores movilizable, son aceptadas por los afectados a cambio de compensaciones conformes al sistema;

*-Siendo financiadas tales compensaciones, de conformidad con las pautas próprias del Estado social, con los incrementos del crecimiento capitalista, y canalizadas a través de aquellos roles en que primariamente quedan depositadas las esperanzas privatizadas de autorrealización y autodeterminación retiradas del mundo del trabajo y del espacio público-político, esto es, a través de los roles de consumidor y cliente. IN: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. II , 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 502/503.*

*cultura nativa no pueden coordinarse hasta un punto que permitiera percibir y penetrar desde la periferia el juego de las metrópolis y del mercado mundial.*¹⁵

Assim, os fatores que contribuem para a colonização do mundo da vida, acima identificados, nada mais são do que sintomas claros do discurso ideológico nas sociedades modernas, que, quando ditos de outra forma, correspondem à aparência de que o sistema social é determinado pela lógica do progresso técnico-científico; o deslocamento da função da política dentro do sistema social para evitar disfuncionalidades e riscos no sistema econômico e a despolitização das massas, que recebem como compensação uma garantia de bem-estar e segurança social ou a promessa de crescimento e melhoria materiais.

Se a colonização do mundo da vida se processa ideologicamente, a resistência a esta colonização depende de procedimentos que impeçam e evidenciem os processos ideológicos voltados para tais fins. Assim, para Habermas, a resistência do mundo da vida a este processo de colonização sistêmica só pode ser levada a cabo pela formação discursiva de consensos normativos com pretensão de validade, ao que Habermas chama de emancipação.

Emancipação, em oposição à *dominação*, *colonização*, é a situação em que o mundo da vida se autodetermina a partir de sua própria dinâmica comunicativa, quer dizer, em que aqueles âmbitos da vida social que dependem

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. II , 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 502.

da reprodução simbólica (moral, direito, arte, religião, ciência etc) não são limitados e controlados de fora pelos imperativos sistêmicos.

A potencialidade emancipatória do discurso resulta de um procedimento discursivo em que a *correção formal da expressão simbólica utilizada*¹⁶, presente apenas nas sociedades tradicionais, é substituída por três pretensões de validade: verdade para o enunciado lançado ou para a pressuposição de sua existência, correção do ato de fala, isto é, a unidade mínima de significado do discurso, em relação ao contexto normativo vigente e correspondência entre o enunciado e o que o falante realmente pensa, que podem ser resumidos na correlação sinceridade/veracidade.¹⁷

Em uma interação comunicativa orientada ao entendimento a pretensão de validade do falante é estendida intersubjetivamente aos outros falantes:

Que el entendimiento funcione como mecanismo coordinador de la acción sólo puede significar que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente las pretensiones de validez con que se presentan unos frente a otros. (...) El concepto de acción comunicativa presupone el lenguaje como un medio dentro del cual tiene lugar un tipo de procesos de entendimiento en cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo, se presentan unos frente

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 144.

¹⁷ *Si prescindimos de la corrección formal de la expresión simbólica utilizada, el actor que en el sentido indicado se oriente al entendimiento, tiene que plantear explícitamente con su manifestación três pretensiones de validez, a saber: la pretension*

- de que el enunciado que hace es verdadero (o de que en efecto se cumplen las condiciones de existencia del contenido proposicional cuando este no se afirma sino solo se menciona);

- de que el acto de habla es correcto en relación con el contexto normativo vigente (o de que el próprio contexto normativo en cumplimiento del cual esse ato se ejecuta, es legítimo), y

- de que la intención expressada por el hablante coincide realmente con lo que este piensa.

El hablante pretende, pues, verdad para los enunciados o para las pressuposiciones de existencia, rectitud para las acciones legítimamente reguladas y para el contexto normativo de éstas, y veracidad para la manifestación de sus vivencias subjetivas. IN: Idem, ibidem, ibidem. Sobre o mesmo tema, ver também as obras: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 78 e ss. e *Pensamento Pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 65 e ss.

*a otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión.*¹⁸

Habermas entende que os participantes se sentem obrigados a se posicionar dessa forma quanto aos atos de fala dirigidos ao entendimento por uma necessidade ditada pelo próprio entendimento:

*...as limitações estruturais de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente levam os atores ó no sentido de uma necessidade transcendental t nue ó a abandonar o egocentrismo de uma orienta o pautada pelo fim racional de seu próprio sucesso e a se submeter aos critérios públicos da racionalidade do entendimento.*¹⁹

A sintetiza o desta abordagem foi assim realizada pelo autor:

*Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condi es mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de a o, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado e na base de interpreta es comuns da situa o. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos de defini o da situa o e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de processos de entendimento. O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da intera o unem-se através da validade pretendida de suas a es de fala ou tomam em considera o os dissensos constatados. Através das a es de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validez, que está em condi es de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos. O agir comunicativo distingue-se, pois, do estratégico, uma vez que a coordena o bem sucedida da a o não está apoiada na racionalidade teleológica dos planos individuais de a o, mas na força racionalmente motivadora de atos de entendimento, portanto, numa racionalidade que se manifesta nas condi es requeridas para um acordo obtido comunicativamente.*²⁰

Habermas concebe, assim, um procedimento capaz de produzir um consenso construído discursivamente a partir das melhores razões trazidas pelos participantes, que tiveram liberdade e igual possibilidade de participa o. Para tanto, o consenso normativo exige o compromisso dos participantes com

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I, 4  edic o. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 143.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 82/83.

²⁰ Idem ibidem, p. 72.

algumas pressuposições contrafactuais que torne possível a realização das pretensões de validade, tais como a exclusão de qualquer forma de coerção sobre os participantes, a não ser a coerção exercida pela força das melhores razões, e a garantia de uma posição de simetria entre os mesmos.

Tais pressuposições, identificadas pelo autor como *condições ideais de fala*²¹, correspondem a posições de igualdade, liberdade, não-coação externa e interna (auto-responsabilidade), por essa razão tidas por Habermas como condições de possibilidade da comunicação válida. Uma vez que nas sociedades modernas a ação social precisa ser coordenada pelo discurso para resistir à colonização sistêmica, a mesma terá que fazer jus a tais pressuposições, realizando-as nas ações e instituições ao longo do tempo.

Porém, a emancipação não decorre unicamente da resistência à colonização resultante da formação discursiva de consensos normativos no plano das ações sociais. No plano político, a ação comunicativa voltada para o entendimento, desde que assegurados os pressupostos que conferem validade ao procedimento, demonstra igual potencialidade emancipatória. Os pressupostos contrafactuais de validade do procedimento exigem a garantia de participação a todos, condições iguais de participação para todos e ausência de coações externas ou internas, o que implica o exercício democrático, pois a democracia é

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 111.

o único sistema político capaz de garantir, na esfera pública, a satisfação de tais pressupostos da comunicação válida.²²

Assim, se a ação social emancipatória, na modernidade, só pode ser discursiva, a ação política só pode ser democrática, dada sua indispensabilidade para a formação discursiva da opinião e da vontade política válidas, o que lhe confere, de forma análoga ao discurso, um potencial emancipatório.

Por sua vez, o resultado da deliberação política discursiva e democrática encontra sua força vinculante contra a colonização dos imperativos sistêmicos no direito positivo moderno, por duas razões: por força do ordenamento jurídico cogente que os participantes assumiram como regulador da convivência social, e por força dos direitos ou liberdades garantidos igualmente para todos. Estas afirmações precisam ser melhor especificadas, para que se garanta o seu correto entendimento. Porém, neste ponto, é possível adiantar que o processo de racionalização a que foram submetidas as sociedades complexas conferiu ao direito, segundo Habermas, o papel de *medium* de integração social, tema que será melhor detalhado no tópico seguinte.

1.2. O potencial emancipatório do direito enquanto *medium* de integração social

Como dito, nas sociedades complexas o resultado da deliberação política democrática encontra sua força vinculante no direito positivo. Nestas

²² HABERMAS, Jürgen. *L'Intégration Républicaine*. Essais de théorie politique. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 60.

sociedades, a pluralidade de visões de mundo, todas tidas como legítimas, torna necessária a existência de um procedimento deliberativo, que se apresenta como única alternativa para a formação de consensos válidos por duas razões: porque o pluralismo de visões de mundo e projetos de vida não permite apoiar-se em consensos substanciais de fundo e porque a legitimidade das decisões exige forçosamente a participação dos interessados, sob pena de violação de sua autonomia.

Neste sentido, nos quadros da modernidade, a necessidade do direito positivo decorre do papel que o sistema jurídico exerce como elemento estruturante do convívio social, por conter as regras obrigatórias de comportamento e de organização institucional que respondem ao mesmo tempo às ações comunicativas do mundo da vida e as ações estratégicas dos sistemas.

Responde às ações comunicativas do mundo da vida porque garante a legitimidade necessária aqueles que orientam suas ações ao entendimento, adotando uma atitude performativa de respeito à lei. E responde às ações estratégicas porque, dada a coercividade que caracteriza o direito moderno, permite que aqueles que orientam sua conduta estrategicamente por ações com vista à obtenção de êxito obedeçam às regras deliberadas democraticamente por um cálculo de custo/benefício, em que o temor da sanção impõe tal obediência.

Quando no âmbito político se satisfazem as pressuposições contrafactuais da formação discursiva emancipatória (que no ambiente da comunicação produzem a comunicação válida, e no ambiente político, por representarem o

sentido das condições necessárias ao exercício democrático, produzem opinião e vontade políticas com pretensão de validade), ao ordenamento jurídico se estende toda a potencialidade emancipatória do consenso discursivamente elaborado.

Em um contexto como o descrito acima, é permitido afirmar que os participantes assumem como obrigatório o conteúdo deliberado politicamente com o intuito de regular, através do direito legítimo, a convivência social. É neste sentido que o conteúdo da deliberação política vincula legitimamente a sociedade, impondo limitações normativas à colonização do mundo da vida pelos sistemas.

Não obstante, o conteúdo da deliberação política válida já contém, em si, as liberdades subjetivas que devem ser garantidas a todos. Assim o é porque as pressuposições contrafactuais do discurso e da deliberação política válida precisam permanecer livres de embaraço e inteiramente disponíveis aos seus titulares, para que seja possível reconstruir infinitamente as condições já referidas do consenso emancipatório. Portanto, tais condições devem tomar a forma de direitos subjetivos de liberdade e de participação política.

Disto resulta que, através do direito, é possível estabelecer a resistência institucionalizada e a limitação normativa ao avanço dos sistemas sobre o mundo da vida, pois, por um lado, o ordenamento jurídico resultante da vontade política constituída discursivamente conterà, na forma de direitos humanos (direitos subjetivos), as pressuposições contrafactuais que asseguram a validade

das futuras deliberações políticas. Por outro, o sistema jurídico torna vinculante o resultado da deliberação política democrática, impondo-o também às ações estratégicas que caracterizam os sistemas.

*... la legitimidad del orden jurídico y el fundamento práctico-moral de los ámbitos de acción juridizados, esto es, formalmente organizados, constituyen los eslabones que vinculan con el mundo de la vida al sistema económico diferenciado a través del medio dinero y al sistema administrativo diferenciado.*²³

Assim, se o direito funciona como *medium* de integração das sociedades modernas, a legitimidade do direito e a atribuição de direitos subjetivos são condições para que seja conferido ao ordenamento jurídico o poder emancipatório que Habermas lhe atribui.

Porém, é necessário ressaltar que o potencial emancipatório do direito moderno pode ceder lugar à reprodução dos imperativos sistêmicos, em razão da ambigüidade que o caracteriza. Este resultado só é possível por localizar a aparência de realização da democracia justamente no sistema jurídico. Como diz Habermas:

*...nos imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõe-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar a sua imposição meramente factual. Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas.*²⁴

²³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 436.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I, 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 62.

Deste ponto em diante, faz-se necessário detalhar a centralidade da democracia e dos direitos humanos como garantias da preservação do potencial emancipatório do direito, pois, apenas a partir destes dois elementos é possível conceber o direito como um *medium* de integração social que impõe limites aos imperativos econômicos e administrativos sistêmicos nas sociedades complexas.

1.3. O fundamento normativo da ordem jurídica segundo o modelo deliberativo de democracia

Para Habermas, existe uma relação de co-originariedade (nexo interno) entre poder político e direito²⁵. Assim, a abordagem teórica acerca de um sistema jurídico legítimo pressupõe inicialmente, para a perspectiva discursiva do direito, a compreensão do modelo político que lhe é equivalente.

Habermas apresentou sua proposta normativa de democracia em algumas de suas obras, em conjunto com a análise crítica dos modelos denominados de *republicano* e *liberal* sobre o tema, como parte de sua teoria política²⁶.

O que Habermas denomina de *modelo republicano* corresponde, especificamente no que se refere à fundamentação da ordem jurídica, à concepção de que a legitimidade do direito deriva da convenção social fundada em um *ethos* democrático, prioriza uma forma de procedimento como critério de legitimidade do jurídico e confere aos direitos relacionados à participação

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*, V. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.169-210.

²⁶ Ver em português, sobretudo, as seguintes obras: *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*, V. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 e *A Inclusão do Outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004.

política (as liberdades positivas), uma total prioridade sobre qualquer outro direito fruto da deliberação.²⁷

Habermas também explica a legitimidade do direito como resultante e dependente da satisfação de um procedimento. Em Habermas, porém, o procedimento vai resultar da apropriação que o filósofo fez do imperativo moral kantiano, cuja forma e determinação da vontade como razão prática, implica um teste de universalização, como critério de validade. Com Habermas, a estrutura universalista da norma será concebida, contudo, de modo pragmático e intersubjetivista e não mais monologicamente.²⁸

Por outro lado, o *modelo liberal* corresponde à proposição teórica de que a legitimidade do direito decorre de sua correspondência a, ou reconhecimento de, direitos pré-políticos, o que limita a esfera de possibilidades da própria deliberação²⁹. Tais direitos são tradicionalmente relacionados, pelos teóricos liberais, aos direitos individuais ou liberdades negativas.³⁰

Ao expor ambos os modelos e apoiado nas distinções anteriormente elaboradas por Frank Michelman³¹, Habermas aponta as críticas de um modelo

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *L'antégration Républicaine. Essais de théorie politique*. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 259-274.

²⁸ Idem. *A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política*. São Paulo: Loyola, 2004, p.64-124.

²⁹ Idem. *L'antégration Républicaine. Essais de théorie politique*. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 259-274.

³⁰ Ver, como exemplo, a obra de Benjamin Constant, onde o autor consagra o conceito de *liberdades negativas* no sentido aqui utilizado. *Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos*. IN: *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

³¹ *According to a rights-centered construction of the liberal/republican opposition, the crux of difference lies in the question not of the social basis of interests, but of the political basis of rights. For republicans, rights ultimately are nothing but determinations of prevailing political will, while for liberals, some rights are always grounded in a higher law of transpolitical reason or revelation. For republicans, the establishment and endurance of a constitutional right is strictly a matter of resolution on the part of the people politically engaged; the right has no grounding beyond actual human determination and therefore can exert no claims against the political resolutions that alone give it existence. In the opposed liberal understanding, the constitutional process (for example) do not so much create rights as institutionalize or positivize prepolitical claims of right.*

em relação ao outro. Para os republicanos, diz o filósofo, é problemática a prioridade dada pelo modelo liberal às liberdades negativas, porque tal prioridade significa impor, ao procedimento democrático, um conteúdo prévio de direitos individuais sem que os mesmos tenham sido deliberados legitimamente pela sociedade, o que viola a autonomia pública dos cidadãos e por isso retira a legitimidade do procedimento.³²

Essa violação ocorre justamente porque a fundamentação normativa do Estado democrático de direito, para o modelo liberal, pressupõe que a legitimidade das leis decorre de sua vinculação à realização dos direitos individuais, sem esclarecer, no entanto, a origem e a legitimidade de tais direitos, o que abre espaço, segundo os críticos, para a criação de constituições contrárias à própria idéia de Estado democrático. O modelo liberal ignora a essencialidade da formação democrática da vontade no procedimento deliberativo, o que pressupõe a autonomia pública dos participantes.³³

De igual modo, a prioridade dada pelo modelo republicano às liberdades positivas desconhece que o exercício de tais liberdades, para ser legítimo, pressupõe a autonomia privada dos indivíduos, pois não há deliberação legítima entre os membros de uma sociedade se os mesmos não estiverem na qualidade de cidadãos livres e iguais. Além disso, é difícil supor que a subordinação das

MICHELMAN, Frank. *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights*. Florida Law Review, 41, 1989, p. 446.

³² HABERMAS, Jürgen. *L'Intégration Républicaine. Essais de théorie politique*. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 268-270.

³³ Idem, *ibidem*, p. 262-263.

liberdades subjetivas à soberania popular conte com o assentimento racional de cada um dos participantes.³⁴

A fundamentação normativa do Estado democrático de direito, para o modelo republicano, pressupõe que a legitimidade das leis decorre apenas da formação democrática da vontade, por apostar na virtude cívica de cidadãos voltados ao bem comum que firmam entre si um acordo mútuo de caráter ético.³⁵ Porém, dada a impossibilidade da redução da política à ética, a aposta no virtuosismo cívico pode abrir espaço à tirania de uma maioria, resultado contrário à própria idéia de Estado de direito, por ignorar a essencialidade das liberdades subjetivas no procedimento democrático, o que pressupõe a autonomia privada dos participantes.

A democracia deliberativa soluciona as dificuldades apresentadas pelas críticas aos dois modelos, justamente porque revela a implicação recíproca, a co-originariedade, como diz Habermas, entre o exercício dos direitos de participação e comunicação que conformam a autonomia pública, e o exercício dos direitos de liberdade e igualdade que conformam a autonomia privada, ou seja, a vinculação entre soberania popular e direitos humanos, entre política e direito, o que torna a teoria da democracia e a teoria do direito as duas faces de

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *L'Intégration Républicaine. Essais de théorie politique*. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 262-263.

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 265.

uma mesma construção teórica que se coloca o desafio de fundamentar legitimamente a legalidade e a obrigatoriedade do direito positivo moderno.³⁶

Habermas se apóia na idéia já presente em Rousseau e Kant de autolegislação de jurisconsortes livres e iguais, associados voluntariamente, entendendo que o exercício da autonomia é o elemento de que decorrem não só a validade do procedimento democrático, como também a normatividade e o caráter obrigatório do conteúdo deliberado.³⁷

O elemento incorporado por Habermas à idéia de autolegislação consiste justamente na divisão da autonomia entre privada e pública, que o autor entende existir no âmbito jurídico-político, e que não encontra equivalência no âmbito propriamente da moral. Habermas justifica esta divisão argumentando que a obrigatoriedade das normas jurídicas não se apóia somente na compreensão daquilo que é igualmente bom para todos, mas também nas decisões coletivamente obrigatórias de instâncias que criam e aplicam o direito.³⁸

Deste modo, Habermas atribui à autonomia um papel central e fundamental em sua elaboração teórica. É a autonomia que garante, em todos os

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *L'intégration Républicaine. Essais de théorie politique*. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 276.

³⁷ *En rapport avec le concept de légalité, Kant avait déjà souligné le lien existant entre ces deux aspects sans lesquels on ne peut exiger l'obéissance au droit; il faut en effet que les norms juridiques puissent être conçues, sous différents aspects, à la fois comme des lois contraignantes et comme des lois de la liberté.* IN: Idem, ibidem, p. 277.

³⁸ *Comme la morale, le droit légitime protège lui aussi l'égalité autonome de chacun: aucun individu n'est libre tant que tous ne jouissent pas de la même liberté. Mais la positivité du droit entraîne une scission de l'autonomie, qui est intéressante car elle n'a pas d'équivalent dans le domaine de la morale. Le caractère obligatoire des normes juridiques ne renvoie pas seulement à l'idée de ce qui est également bon pour tous, mais à des décisions d'instances qui édictent et appliquent le droit, décisions dont la force d'obligation est collective. D'où le partage des rôles, nécessaire du point de vue conceptuel, entre les auteurs qui édictent et disent le droit, et les destinataires qui sont soumis au droit en vigueur. Alors que, dans le domaine moral, l'autonomie est pour ainsi dire toute d'un bloc, elle apparaît dans le domaine juridique sous la double forme de l'autonomie privée et de l'autonomie publique.* IN: HABERMAS, Jürgen. *Une époque de transitions. Écrits politiques (1998-2003)*. Fayard, 2005, p. 193.

âmbitos do convívio social, a pressuposição das condições necessárias de validade e legitimidade. No âmbito da formação discursiva dos consensos normativos, é a idéia de autonomia que impõe como pressupostos contrafactuais a liberdade, igualdade, não-coação e auto-responsabilidade, tidas como condições ideais de fala.

A transição deste âmbito para o político não significa que seja necessário promover uma conversão ilegítima de tais pressuposições em outras que se relacionem especificamente com o plano das deliberações políticas, pois, também aí, a idéia de autonomia exige que sejam pressupostas as condições contrafactuais necessárias à sua manifestação política, quais sejam: a possibilidade da participação de todos, condições iguais de participação para todos e ausência de coações externas ou internas. De igual modo, a transição para o âmbito jurídico apenas impõe que, nesta esfera, sejam pressupostas as condições de validade exigidas pela autonomia, quais sejam: o conjunto de direitos que conformam as liberdades negativas e positivas. Habermas extrai, em todos, as pressuposições decorrentes da idéia de autonomia, neste ponto intercambiáveis umas pelas outras, por se constituírem como condições de possibilidade de um consenso normativo legitimamente fundado.

Como decorrência desta compreensão de autonomia, Habermas reinterpreta os modelos liberal e republicano de democracia, a partir das suas insuficiências complementares e recíprocas implicações. Sua tarefa consistiu em evidenciar o modelo normativo de democracia que subjaz a ambas as

formulações, a partir da constatação da complementaridade entre as autonomias pública e privada.

Dito de outro modo, a obrigatoriedade das liberdades subjetivas pressupõe sua legitimidade, que, por sua vez, pressupõe a deliberação entre sujeitos autônomos. Portanto, como fundamento normativo do Estado democrático de direito encontram-se os processos de deliberação a que os participantes da prática constituinte se comprometeram, a fim de criar uma associação voluntária, composta de paridades jurídicas livres e iguais, e que se determina a si própria³⁹.

Em um procedimento com esta feição, os participantes buscam estabelecer, através da ação comunicativa, os direitos que devem se reconhecer uns aos outros, como sujeitos autônomos, com o fim de regulamentar a vida em comum de maneira legítima pelos meios do direito positivo. Tais direitos, tidos por fundamentais, são concebidos por Habermas como respostas às exigências impostas pela comunicação política.⁴⁰

Por isso, entre eles encontram-se os elementos do próprio processo de argumentação, já referidos, que possibilitam a formação discursiva e racional da vontade, que são: a possibilidade da participação de todos, condições iguais de

³⁹*J'ai proposé ailleurs de comprendre les fondements normatifs de l'État de droit démocratique comme le résultat de processus de délibération et de décision que les fondateurs - serait-se sur la base de raisons portant des traces de contingence historique - auraient engagés afin de créer une association volontaire, composée de pairs juridiques libres et égaux, et se déterminant elle-même. Auquel cas, il chercheraient donc une réponse raisonnable à la question suivant: quels sont les droits que nous devons nous reconnaître les uns aux autres si nous souhaitons régler notre vie en commun de façon légitime par les moyens du droit positif.* HABERMAS, Jürgen. *Une époque de transitions. Écrits politiques (1998-2003)*. Fayard, 2005, p. 180.

⁴⁰*Les droits fondamentaux sont en effet autant de réponses aux exigences imposées par la communication politique, lorsqu'elle se mène entre des personnes que n'unit aucun lien préalable et quelle constitue la seule base à partir de laquelle on puisse attendre des résultats rationnellement acceptables.* Idem, ibidem, p. 178.

participação para todos e ausência de coações externas ou internas, para que seja possível que o posicionamento assumido por cada um tenha como fundamento o convencimento atribuível às melhores razões.⁴¹

Como já dito anteriormente, se a reprodução da formação discursiva e racional da vontade tem que ser regulada pelo direito, e as condições pragmático-transcendentais da argumentação se estendem tanto aos direitos de liberdade contidos na autonomia privada, quanto aos direitos políticos contidos na autonomia pública, a reprodução do procedimento válido, ao mesmo tempo em que se constitui como condição do Estado democrático de direito, deve ser garantida pelo documento constitucional, na forma de direitos fundamentais.

Assim, é possível que os pressupostos da comunicação e, portanto, do procedimento, sejam convertidos pelo próprio procedimento democrático e constitucional em normas juridicamente vinculantes, a fim de institucionalizar as condições de possibilidade de procedimentos mais específicos pelo *medium* do direito positivo, no momento da legislação política.

Para Habermas, é a própria associação constitucional, enquanto projeto, na modernidade, que impõe aos participantes a criação de uma ordem jurídica que disponha acerca da posição de portador de direitos subjetivos para todo e qualquer membro da associação. A concretização de um sistema jurídico, assim concebido, remete à previsão de quatro grupos de direitos⁴²:

⁴¹ Idem. *L'Intégration Républicaine. Essais de théorie politique*. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 60.

⁴² Idem. *Une époque de transitions. Écrits politiques (1998-2003)*. Fayard, 2005, p. 184.

- direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto) que resultam do que a autonomia supõe como um direito igual para cada um, com o máximo de liberdade individual de ação;

- direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto) que resultam daquilo que a autonomia supõe como um estatuto para todo membro de uma associação voluntária;

- direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto) que resultam daquilo que a autonomia supõe como um igual direito de proteção individual, e que permitem a exigibilidade de direitos subjetivos;

- direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto) que resultam daquilo que a autonomia supõe como um igual direito de participação de cada um, em igualdade de condições, na legislação política.

Através do exercício deste último grupo de direitos ó os direitos de participação, é possível preencher o conteúdo concreto de todos os outros grupos de direitos fundamentais⁴³. Deve ser ressaltado que este conteúdo, e tudo o que lhe diz respeito, é suscetível de suspeita, ou seja, falível, pois, apesar do próprio procedimento ser o critério determinante da legitimidade das normas, seus resultados se circunscrevem à falibilidade humana, das condições histórico culturais concretas.

⁴³ *A co-originariade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (grifo nosso).* IN: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139.

Assim, ao mesmo tempo em que o caráter fundamental destes direitos é decorrência de sua exigência para a legitimidade da reprodução do procedimento democrático, o seu conteúdo concreto é falível e passível de fixação e revisão através da participação política. Neste sentido, cada associação política terá condições de delinear este conteúdo concreto a partir de suas singularidades, assim como cada geração terá a possibilidade de atualizar a substância normativa do sistema de direitos fundamentais positivados na carta constitucional, adaptando-a as novas circunstâncias.

Tal elaboração é de fundamental importância para uma teoria normativa dos direitos humanos, pois garante o universalismo normativo, ao mesmo tempo em que preserva a autonomia de cada sociedade e de cada geração.

Superar os modelos jurídico-democráticos das tradições liberal e republicana através de uma concepção de Estado democrático de direito fundada na autonomia significa conferir não apenas à democracia, mas também ao direito positivo, um potencial emancipatório que não é possível lhes conferir a partir dos modelos clássicos.

Se o direito é o *medium* de integração social capaz de vincular mundo da vida e sistemas, a conformação de um ordenamento jurídico que facilite a colonização sistêmica apresenta sintomas que podem ser percebidos no próprio direito institucionalizado. Nestas situações,

Cabe esperar, por tanto, que la sustitución de la integración social por la integración sistêmica adopte la formas de procesos de juridización. De modo que los efectos cosificadores pronosticados tendrían que hacerse patentes también en este

*plano analítico, y, por cierto, en forma de secuelas sintomáticas de un determinado tipo de juridización.*⁴⁴

Tais sintomas se encontram presentes tanto no modelo liberal quanto no modelo republicano de democracia e direito. Por fundar a legitimidade da democracia e do direito no reconhecimento de direitos pré-políticos, o modelo liberal clássico possibilita que as liberdades subjetivas dos membros da sociedade econômica moderna funcionem como uma via para a colonização do mundo da vida pelo sistema econômico.⁴⁵

Por outro lado, ao fundar a legitimidade da democracia e do direito apenas na deliberação política de cidadãos de uma entidade democrática, possibilitando-lhes uma *carta branca* para tomarem qualquer decisão, o modelo republicano clássico apenas transfere para o âmbito coletivo o livre arbítrio que é atribuído ao indivíduo no modelo liberal. Afirma Habermas *que a garantia jurídica da possibilidade de fazer e deixar de fazer o que se quer nos limites da lei é o que está no cerne da autonomia privada, não da autonomia pública.*⁴⁶

Assim, o republicanismo clássico produz o mesmo efeito que o liberalismo, qual seja, funciona como uma via para a colonização sistêmica do mundo da vida. O problema posto pela concessão da carta branca tenta ser solucionado pelos seus teóricos através da vinculação do procedimento a um

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, T. I , 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003, p. 504.

⁴⁵ *Le paradigme libéral du droit suppose une société économique 'institutionnalisée en termes de droit privé, en particulier par le biais des droits de propriété et de la liberté contracter, société livrée à l'action spontanée des mécanismes du marché. Cette société fondée sur le droit privé est conçue pour servir l'autonomie de sujets de droit qui, dans leur rôle d'acteurs du marché, poursuivent leurs objectifs personnels de façon plus ou moins rationnelle. S'ajoute à cela l'attente normative que la justice sociale puisse s'établir grâce à la garantie d'un tel statut juridique négatif autrement dit uniquement grâce à la création de sphères de la liberté individuelle.* IN: Idem, *L'intégration Républicaine. Essais de théorie politique.* Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 283.

⁴⁶ Idem. *L'intégration Républicaine. Essais de théorie politique.* Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 171.

ethos democrático que garantiria a manutenção dos direitos fundamentais contra a tirania das maiorias. Porém, segundo Habermas, esta tentativa incorre em uma petição de princípios, por pressupor uma cultura política formada a partir de orientações axiológicas liberais.⁴⁷

Com efeito, dada a impossibilidade da existência de um *ethos* abrangente em sociedades modernas, a concepção de um *ethos* democrático como garantia da preservação, ao longo da história, dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, remete à mesma dificuldade que é conceber a limitação liberal à deliberação política, consistente na vinculação desta a direitos pré-políticos.

Neste sentido, apenas a democracia deliberativa permite uma compreensão da democracia e do direito em uma perspectiva emancipatória, onde os direitos humanos e fundamentais são reconhecidos por seu valor intrínseco, não podendo ser reduzidos a qualquer função instrumental⁴⁸. A realização da potencialidade emancipatória do direito através da contemplação da autonomia pública e privada enquanto direitos humanos fundamentais dificulta a utilização do *medium* do direito como instrumento de colonização do mundo da vida.

De posse deste referencial teórico, é possível expor os processos de colonização do mundo da vida que se desenvolvem por meio de estratégias de

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *L'Intégration Républicaine*. Essais de théorie politique. Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 178.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 177.

relativização da democracia, e que conferem apenas uma feição ou aparência de democracia a procedimentos que se voltam apenas à realização de exigências sistêmicas. Dado o nexos interno entre democracia e direito, e o papel fundamental que o ordenamento jurídico exerce na institucionalização dos direitos fundamentais que garantem a legitimidade democrática, através da teoria discursiva do direito é possível identificar se os imperativos sistêmicos se encontram presentes de alguma forma em nosso ordenamento jurídico, especificamente nas questões relativas à participação da sociedade na tutela judicial dos direitos que assistem a toda coletividade, chamados de direitos difusos.

Para tanto, uma última abordagem teórica deve ser enfrentada. Como a participação processual ocorre no espaço dos tribunais, no momento específico da aplicação do direito legislado, é necessário especificar o significado que a teoria discursiva do direito confere à participação processual neste contexto.

Ao relacionar os quatro grupos de direitos que o projeto de associação constitucional exige para a conformação de uma ordem jurídica que disponha acerca da posição de portador de direitos subjetivos para todo e qualquer membro da associação democrática, Habermas localiza a participação processual no terceiro grupo desses direitos, os direitos fundamentais (qualquer que seja seu conteúdo concreto) que resultam daquilo que a autonomia supõe como um igual direito de proteção individual, e que permitem a exigibilidade de direitos subjetivos.

A exigibilidade dos direitos subjetivos consiste na participação da sociedade na defesa de seus interesses e direitos, através do procedimento judicial.

Contudo, tal exigibilidade corresponde apenas a uma das dimensões que a teoria de Habermas lhe confere, justamente a dimensão que decorre diretamente do agir comunicativo voltado para o consenso, no âmbito político da definição e fundamentação dos direitos.

A outra dimensão desta exigibilidade, consubstanciada na participação processual, decorre da perspectiva assumida por Habermas, de que há uma distinção consistente entre os planos da fundamentação e da aplicação do direito⁴⁹, ela mesma corroborada pela especialização do princípio do discurso, que se ramifica em discursos morais e discursos políticos jurídicos⁵⁰.

Entende o filósofo que ao nível pós-convencional de fundamentação, o princípio do discurso assume uma feição generalizante e abstrata, em que as condições procedimentais da argumentação em geral não permitem a seletividade fática e argumentativa necessária para que seja possível chegar à decisão judicial correta para o caso concreto.

⁴⁹ *O sistema dos direitos, que assegura ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública de parceiros do direito, é interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos da aplicação imparcial do direito.* IN: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 291.

⁵⁰ Ide, ibidem, ibidem.

Para tanto, é necessário que haja a especificação do princípio do discurso em relação a diferentes tipos de normas de ação.

Em consonância com isso, os discursos pressupostos pelo princípio do discurso ramificam-se, de um lado, em argumentações morais e, de outro, lado, em discursos políticos e jurídicos, institucionalizados conforme o direito, incluindo questões morais relacionadas a normas jurídicas.⁵¹

Portanto, se os discursos de aplicação da norma jurídica submetem-se a um procedimento argumentativo próprio, muito embora sejam ramificações do princípio do discurso, que privilegia uma abordagem universalista, as questões específicas ao âmbito do discurso jurídico não conferem à exigibilidade dos direitos, do mesmo modo, o sentido que os discursos políticos generalizantes lhe conferem no âmbito comunicativo da esfera pública, onde é concebida como meio para a proteção individual dos direitos subjetivos.

Por isso, para analisar a dimensão atribuída por Habermas à participação processual, é necessário especificar o tratamento dado à aplicação da norma jurídica, por sua teoria do direito.

O ponto de partida da teoria discursiva do direito é a compreensão de que fundamentação e aplicação do direito correspondem a momentos distintos. Neste contexto, enquanto a participação política pressuposta pela democracia deliberativa garante o consenso em torno das melhores razões no momento da fundamentação do direito, a participação processual pressuposta pela teoria discursiva do direito possibilita a inserção da sociedade na argumentação acerca

⁵¹ Idem, ibidem, p. 291.

da correta⁵² interpretação e aplicação do direito em cada caso concreto.

Inicialmente, porém, pelos próprios pressupostos da comunicação válida, já é possível afirmar que a teoria do discurso confere à participação processual, no âmbito da aplicação do direito, o mesmo status atribuído à participação política no âmbito da sua fundamentação, pois, garante a argumentação em torno das melhores razões segundo as quais a lei deve ser interpretada e aplicada.

Partindo da afirmação de que em sociedades pós-tradicionais a racionalidade do direito só pode ser garantida pelo discurso racional, é possível afirmar que a racionalidade da decisão judicial depende da reprodução, no âmbito da jurisdição, dos pressupostos da comunicação válida, o que exige a participação da sociedade nos questionamentos e proposições voltados à interpretação e aplicação da lei no caso concreto, pois os processos de entendimento dirigidos pela argumentação são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional das leis e decisões judiciais⁵³.

Dito de outro modo, antes mesmo de analisar as especificidades do discurso jurídico, a coerência de uma teoria fundada na racionalidade do direito torna evidente que a participação da sociedade na argumentação jurídica é uma exigência da própria autonomia. Com efeito, o âmbito do jurídico não pode

⁵² O sentido do correto aqui utilizado é o definido por Habermas: *õcorreçãoõ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos*. No caso específico, a correção da aplicação do direito através das decisões judiciais *mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas de argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo*. IN: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 281 e 297.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 217.

violar o direito de participação que caracteriza o exercício da autonomia, e que garante a racionalidade dos argumentos entendidos como as melhores razões.

Assim como a legitimidade da deliberação política, a legitimidade da aplicação judicial ou administrativa do direito legislado pressupõe a autonomia do cidadão na discussão especializada dos âmbitos jurídico e administrativo.

Não obstante, a necessidade de um procedimento discursivo para a justificação racional das decisões judiciais não significa, no entanto, que seja correto estender, ao âmbito da jurisdição, as formas de ação comunicativa e os tipos de argumentação que conferem legitimidade ao âmbito da fundamentação do direito. Segundo Habermas:

... a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais complexa possível, é adequada.⁵⁴

Assim, a ação comunicativa que confere legitimidade ao direito deliberado na esfera pública pressupõe a forma comunicativa de um discurso que envolve *participantes*, e que, por isso, não produziria o mesmo efeito no âmbito da aplicação do direito, quando *o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio limitada.*⁵⁵

Se fosse legítimo estender os pressupostos discursivos da deliberação política ao âmbito do jurídico, a aplicação do direito teria que ser submetida a argumentos universalizantes, assim como os que mobilizam a deliberação política com vista à fundamentação do direito. Porém, é inevitável que o ponto de partida das informações sobre os fatos, e das relações destes com as normas jurídicas, sejam as compreensões e interesses particulares dos envolvidos.

No âmbito da aplicação do direito, apenas a partir das particularidades é que se estabelece a conexão com as razões generalizantes que caracterizam a argumentação de fundamentação das normas. Segundo Habermas:

Questões de aplicação de normas afetam a autocompreensão e a compreensão do mundo dos participantes, porém não do mesmo modo que os discursos de

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 215.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 215/216.

fundamentação. Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas. No seu lugar entram interpretações da situação, que dependem da autocompreensão e da compreensão diferencial do mundo do autor do delito e dos atingidos. Dessas diferentes interpretações da situação precisa emergir uma descrição do estado de coisas, já impregnado normativamente, que não passa simplesmente por alto as diferenças de percepções existentes. Aqui também se trata de um cruzamento de perspectivas de interpretação não-imediatizadas. Em discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso, as interpretações dos casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista sócio-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros de direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras.⁵⁶

Neste sentido, no âmbito da aplicação do direito a argumentação jurídica se refere, inicialmente, aos interesses das partes imediatamente envolvidas, o que não significa que a justificação racional da decisão judicial no âmbito da aplicação do direito possa prescindir da vinculação ao conteúdo normativo resultante do consenso político. Os argumentos deduzidos pelas partes na defesa de seus interesses só serão reconhecidos como boas razões se estiverem conectados a perspectivas generalizantes que foram ou poderiam ter sido usadas no âmbito da fundamentação do direito.

Por esta razão, Habermas aponta para a conversão entre as perspectivas dos participantes e dos parceiros de direitos, umas nas outras, pois, se a justificação racional da decisão judicial pressupõe, quanto aos argumentos tidos como as melhores razões, a existência de uma conexão entre as razões estratégicas dos participantes, deduzidas da defesa de seus interesses, à estrutura geral das perspectivas que fundamentaram normativamente as normas jurídicas, há uma intercambialidade entre os discursos de aplicação e fundamentação do direito.

Por tais motivos, só é possível assegurar a aceitação racional da decisão judicial através de um procedimento argumentativo que já seja, ele mesmo, especializado juridicamente. Assim, cabe à participação processual, no âmbito da jurisdição duas importantes funções, pois, além da garantir a defesa judicial dos direitos, à participação processual cabe também o papel de assegurar a discursividade (já especializada juridicamente) necessária à racionalidade da decisão judicial.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 284/285.

Os itens a seguir serão dedicados à análise do papel atribuído à participação processual no contexto da teoria discursiva do direito. Para tanto, será necessário, inicialmente, analisar o significado da indeterminação do direito para a teoria discursiva, pois, a partir do significado da indeterminação do direito (2.1), será possível estabelecer, como consequência desta indeterminação, a distinção entre os âmbitos e discursos de fundamentação e de aplicação da norma jurídica (2.2). Somente a partir da distinção entre estes âmbitos e discursos será possível entender, em todas as suas nuances, o sentido da participação processual na teoria discursiva do direito (2.3).

2.1. A aplicação do direito a partir de sua indeterminação.

A indeterminação do direito decorre da impossibilidade de se exaurir todos os casos empíricos da aplicação de cada norma, pelo que, se por um lado uma norma se refere a inúmeras ações, por outro uma ação pode estar subordinada a uma diversidade de normas. Dito de outro modo, a indeterminação do direito significa que a norma jurídica é sempre abstrata e generalizante, porque é impossível que haja uma norma específica para cada conduta possível, dada a impossibilidade de se prever todas as condutas em suas circunstâncias.

A indeterminação da norma jurídica no âmbito de sua aplicação é tema recorrente na filosofia do direito, e se encontra hoje no centro da disputa teórica

acerca da possibilidade de uma teoria racional da decisão judicial.⁵⁷ Os teóricos do *Critical Legal Studies Movement - CLS*⁵⁸, segundo Habermas, justificam a incoerência de uma teoria da decisão judicial que afirme a tese da decisão correta com a alegação de que a indeterminação faz parte da própria estrutura do direito enquanto sistema de regras, o que desautorizaria uma teoria racional da decisão judicial.⁵⁹

Para Habermas, há dois equívocos nesta compreensão. O primeiro reside no fato de que, mesmo que se possa

*... realmente provar, apoiando-se em estudos de casos convincentes, que as decisões judiciais podem ser explicadas melhor a partir de fatores extralegais do que a partir da situação jurídica (...) a indeterminação interna do direito não resulta da estrutura do próprio direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica, a qual é avessa, em maior ou menor medida, a uma reconstrução racional.*⁶⁰

*(...) A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, confirmada através do ato de fundamentação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais.*⁶¹

Deste modo, para Habermas, qualquer ordem jurídica concreta é passível de uma interpretação reconstrutiva que autorize uma teoria racional da decisão

⁵⁷ Em artigo específico sobre o tema, Delamar José Volpato Dutra informa que o tema se encontra presente de forma consistente desde as elaborações teóricas de Kant e Hegel sobre o direito.

⁵⁸ O CLS corresponde a uma associação livre de advogados nos EUA, dedicados à demonstração do caráter indeterminável do direito e, por isso, de sua incoerência e conseqüente tendência a diluir-se em questões políticas básicas. Ver: SIMMONDS, N. E. *Filosofia do Direito*. IN: BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E. P. (organizadores). *Compêndio de Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 411-413.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 268/269.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 266.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 268.

judicial, uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.⁶²

O segundo equívoco reside na compreensão do direito apenas como um sistema de regras, o que mitiga o problema da indeterminação, pois, como as regras⁶³ não entram em contradição umas com as outras no momento da aplicação, a indeterminação do direito se resumiria apenas à escolha da única regra sob a qual deve ser subsumido o caso concreto. Habermas concorda com a compreensão de Dworkin, para quem, ao partirem de uma compreensão cética do direito como um sistema de regras, os críticos confundem colisão de princípios no caso singular e contradição mútua entre princípios.⁶⁴

Com a referência a Dworkin, Habermas quer demonstrar que, para a solução dos casos típicos de jurisdição, entram em cena não apenas regras, mas,

⁶² Idem, ibidem, p. 266/267.

⁶³ Para efeitos da caracterização do direito enquanto um sistema de regras ou enquanto um sistema de regras e princípios, Habermas assume a definição desenvolvida por Dworkin, que pode ser encontrada na obra em português *Levando os Direitos a Sério*, publicada pela Editora Martins Fontes. Segundo Habermas, *regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização ó conforme é sugerido pela õponderação de bensõ nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente õseõ, que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo. Só se pode solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo õtudo ou nadaõ. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente do outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade.* IN: Idem, ibidem, p. 258-259.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 269.

principalmente, princípios, pelo que, a colisão entre princípios no âmbito da aplicação do direito ao caso concreto, longe de demonstrar qualquer incoerência grave do sistema jurídico, ilumina o fenômeno da indeterminação da norma jurídica pressuposta como válida.

Quando se parte do princípio que, nos casos típicos para a jurisdição atual, não entram em jogo apenas as regras específicas de aplicação, mas também princípios, é fácil mostrar por que existe uma grande possibilidade de colisões ó não havendo, mesmo assim, uma incoerência profunda no sistema jurídico. Todas as normas vigentes são naturalmente indeterminadas, inclusive aquelas cujo componente õseö explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas (e podem encontrar aplicação sem dificuldades hermenêuticas). Constituem naturalmente exceções as normas que Dworkin caracteriza como õregrasö e que, em casos de colisão, exigem uma decisão em termos de tudo ou nada. A coerência de um sistema de direitos é realmente ameaçada, quando regras conflitantes desse tipo prevêm para o mesmo caso de aplicação prescrições contraditórias e que pretendem ter a mesma validade. Todas as demais normas continuam indeterminadas com relação à sua situação, necessitando de interligações suplementares no caso concreto ó e isso vale não somente para os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito, à luz dos quais o sistema jurídico pode ser justificado em sua totalidade.⁶⁵

Tendo localizado a discussão acerca da indeterminação do direito como um fenômeno relacionado ao âmbito da aplicação do direito já legislado e, portanto, pressuposto como válido, Habermas aprofunda o sentido da distinção entre os âmbitos de fundamentação e aplicação da norma jurídica para esclarecer a distinção discursiva que deve ser levada em conta por uma teoria discursiva do direito.

2.2 Os discursos de fundamentação e aplicação do direito

Como decorrência da indeterminação do direito, Habermas chama a atenção para as implicações da distinção entre os planos da sua fundamentação e

⁶⁵ Ide, ibidem, p. 270/271.

da aplicação do direito, no que se refere aos diferentes discursos que justificam racionalmente cada um destes âmbitos.⁶⁶ Para tanto, lança mão da teoria da argumentação jurídica de Klaus Günther⁶⁷.

A legitimidade do direito, no âmbito da fundamentação, não garante, por si só e de forma automática, a legitimidade da sua aplicação, já que a norma jurídica não é auto-aplicável. Dada sua indeterminação, a aplicação do direito legislado, quer seja no âmbito administrativo, quer seja no âmbito judicial⁶⁸, exige uma consistente atividade interpretativa.

Para guardar a coerência entre a teoria discursiva do direito e a teoria política deliberativa, a esta altura já é possível antecipar que o resultado da interpretação só obterá o assentimento racional de todos os atingidos pela decisão judicial ou pela atividade administrativa, se a participação destes na argumentação acerca da interpretação correta for suficientemente garantida.

Isso significa, no entanto, que a justificação racional do direito não se esgota no âmbito político, com a realização da autolegislação, mas, que necessita de um segundo momento de legitimação, quando da aplicação

⁶⁶ Há quem considere, inclusive, que a distinção entre os planos da fundamentação e da aplicação do direito é um ponto central da teoria do direito de Habermas, como é possível entender da passagem a seguir: *Essa separação entre justificação e aplicação é central à teoria do direito de Habermas. Ao passo que no plano da justificação do direito, e do conseqüente estabelecimento de sua validade, podem operar diferentes discursos, no plano da aplicação Habermas propõe um único critério definidor do direito. Nesse último plano apenas uma modalidade discursiva vincula-se ao critério da õpropriedadeõ: o discurso jurídico, voltado para a consistência interna das normas jurídicas.* IN: EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Tamy. *Pragmatismo, Direito e Política*. Novos Estudos CEBRAP, n° 62, março 2002, p. 107-121.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp.269/276.

⁶⁸ *A função da aplicação de leis não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função da execução das leis é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semi públicas.* IN: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.270.

contingente do direito legislado. Por esta razão, como a legitimidade do procedimento discursivo implica em participação, é essencial abordar as diferentes formas de legitimação do direito que operam nos âmbitos da sua fundamentação, e da sua aplicação.

Como o objetivo proposto é a análise da participação *processual*, será dada prioridade à aplicação judicial do direito, deixando-se de lado sua aplicação na esfera administrativa.

Para Habermas, é a partir da lógica da argumentação, que pressupõe a distinção entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação do direito, que o fenômeno da sua indeterminação pode ser explicado. No âmbito da fundamentação as normas jurídicas são justificadas racionalmente por discursos generalizantes, então, quando da aplicação do direito, todas as normas são pressupostas como válidas, e por isso, a princípio aplicáveis. A determinação da norma aplicável a cada caso somente ocorrerá com o surgimento das situações concretas não previstas no âmbito da fundamentação, cujas características determinarão qual das normas válidas é a mais adequada ou apropriada à solução da controvérsia.

Somente quando se conclui que uma norma válida é a única norma apropriada a um caso a ser decidido, ela fundamenta um juízo singular, que pode pretender ser correto. Que uma norma valha prima facie significa apenas que ela foi fundamentada de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a aplicação imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular. A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade de situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a

*interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas prima facie é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes.*⁶⁹

Este ponto representa um primeiro momento em que a participação processual se revela essencial para a teoria discursiva do direito, pois, são os participantes que trazem à discussão todas as características que julgam relevantes para a descrição dos fatos. Esta comunicação possui um sentido que vai além da mera informação. Os participantes, ao elegerem as circunstâncias que entendem por relevantes, lançam à formação imparcial do juízo argumentos sobre a determinação da norma que regulará o caso concreto, assim como acerca de sua correta interpretação e aplicação:

*Todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam os seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente esta perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.*⁷⁰

As contribuições dos participantes referem-se a argumentos e juízos que são, eles mesmos, o conteúdo da compreensão jurídica *paradigmática* que prevalece num determinado contexto. Nos discursos de aplicação, este *paradigma jurídico*, além de ser responsável pelos argumentos e juízos morais que contribuem para a formação do juízo, produz outros dois efeitos. Por um lado, permite que as partes elaborem prognósticos acerca da decisão judicial⁷¹. Por outro, limita a complexidade exigida da jurisdição profissionalizada.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 270/271.

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 288.

⁷¹ *A partir daí, as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito compartilham com todos os demais parceiros do direito.* HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 275.

Passo a analisar melhor este último efeito - a limitação da complexidade da jurisdição. Apoiado na teoria jurídica de Klaus Günther, Habermas compreende que a distinção entre os planos de fundamentação e aplicação do direito cria para a jurisdição a situação de que, em cada caso concreto, há a possibilidade de aplicação de todas as normas do sistema jurídico pressupostas como válidas e que de alguma forma se relacionem a todas as circunstâncias relevantes. Porém, *se esse sistema se encontra em constante movimento, porque as relações preferenciais podem modificar-se com cada norma que surge*⁷², haverá uma sobrecarga da jurisdição, aumentando a insegurança, o que só pode ser evitado com a limitação da complexidade deste sistema.

Habermas concorda com Günther⁷³ que os paradigmas jurídicos surgem como fatores capazes de promover esta limitação porque reduzem a complexidade do sistema de aplicação de normas a partir das pré-compreensões paradigmáticas acerca das normas aplicáveis, elevando assim a segurança do direito e aumentando as exigências ideais de uma teoria do direito. Paradigmas jurídicos são concepções implícitas que cada membro da sociedade elabora sobre a forma correta de criação e aplicação do direito.

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores,

⁷² Idem, ibidem, p. 274.

⁷³ Idem, ibidem, ibidem.

*dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração.*⁷⁴ Para Habermas, há uma crise no paradigma do Estado social enquanto paradigma hegemônico em substituição ao paradigma liberal⁷⁵, pelo que Habermas apresenta o paradigma procedimentalista do direito como uma possibilidade de superação da crise de modelos.

Não obstante, Habermas chama a atenção para a ambigüidade encerrada na idéia de redução da complexidade da tarefa do julgador a partir dos paradigmas do direito:

*Ora, é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessários à luz de novas experiências históricas. (...). Paradigmas ôfechadosö, que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio, indeterminadas no interior de um paradigma jurídico fixo; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma compreensão procedimentalista do direito delineie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram uns aos outros e se comprovem na pluralidade de interpretações da situação.*⁷⁶

Portanto, para evitar a utilização ideológica do sistema de aplicação do direito por paradigmas herméticos, ou não se busca o esclarecimento acerca dos paradigmas jurídicos, assumindo a carga da relativização da segurança jurídica pelo aumento da complexidade da jurisdição, ou se aposta em um paradigma

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 131.

⁷⁵ Para explicar a transição do paradigma liberal para o paradigma do Estado social, Habermas toma como exemplo o direito privado na Alemanha. IN: Idem, *ibidem*, p.127-147.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 275/276.

jurídico reflexivo, capaz de manter a segurança jurídica enquanto é justificado racionalmente no procedimento argumentativo que envolve outros paradigmas.

Para que seja possível um paradigma jurídico com esta feição, em uma situação de aplicação do direito, se impõe como pressuposto a participação irrestrita de todo e qualquer interessado ou atingido pela decisão judicial no contexto da *pluralidade de interpretações da situação*, já que as compreensões paradigmáticas correspondem aos argumentos e juízos morais trazidos ao procedimento decisório pelos participantes.

Surge, com esta perspectiva, uma outra dimensão da participação processual segundo a teoria discursiva do direito. Além de possibilitar a imparcialidade do juízo a partir da apresentação das razões jurídicas de cada interessado, permite a elaboração teórica em torno de uma concepção reflexiva de paradigma jurídico, cerne de uma compreensão procedimentalista do direito. A partir da teoria discursiva do direito, Habermas propõe um novo paradigma de aplicação do direito, que, absorvendo os paradigmas do direito formal burguês e do direito materializado do Estado social, *esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados.*⁷⁷ Os elementos teóricos necessários à elaboração de um paradigma jurídico com esta feição foram analisados no capítulo anterior.

Fica claro, assim, que a elaboração do paradigma reflexivo cuja existência é fundamental para a redução da complexidade que caracteriza o âmbito da

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 242.

aplicação do direito, pertence ao plano da deliberação política do direito, ou seja, ao âmbito de sua fundamentação.

Neste sentido, Habermas compreende que o problema da indeterminação do direito só pode ser resolvido a partir da distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação. Esta distinção, além de desvendar os paradigmas jurídicos em disputa, expõe a necessidade da justificação racional das decisões políticas e jurídicas em cada um desses âmbitos, o que permite esclarecer a natureza dos paradigmas apresentados, quando restarão justificados apenas os reflexivos. Em ambos os contextos, se destaca a participação da sociedade na justificação racional das decisões, apoiadas em argumentos que representem as melhores razões.

A justificação racional da decisão judicial no âmbito da aplicação do direito aponta para a necessidade da participação processual na conformação da imparcialidade do juízo, e na compreensão de um paradigma reflexivo, que limite a complexidade da atividade jurisdicional sem permitir, com isso, a contaminação ideológica do sistema de aplicação do direito.

2.3. A importância da participação na teoria discursiva do direito

Para Habermas, uma teoria racional da decisão judicial consiste em saber *como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e*

*fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.*⁷⁸

Por segurança jurídica, a teoria discursiva do direito afasta o seu conceito clássico, que a tem *como um princípio apoiado sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocadamente condicionadas*⁷⁹, por que, assim considerada, a segurança jurídica seria apenas um princípio que, a partir da distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação do direito poderia colidir com outros princípios no âmbito da aplicação e, do ponto de vista de sua adequação, retrair-se por trás do princípio discursivamente reconhecido como o mais adequado.

Em seu lugar, a teoria discursiva do direito concebe a segurança jurídica a partir de outra perspectiva. Segundo Habermas, a possibilidade de argumentar acerca das características relevantes do caso concreto, que é atribuída à participação processual, contém o sentido da segurança jurídica pretendido por sua teoria:

*Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios.*⁸⁰

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 247.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p.273.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 274.

Habermas aponta, assim, para um terceiro momento em que a participação aparece como peça-chave da engrenagem de sua teoria discursiva do direito. O seu conceito de segurança jurídica decorre diretamente da possibilidade de que todos os atingidos pela decisão judicial, lancem ao procedimento decisório os argumentos que julguem relevantes.

Estes argumentos, como já visto no item anterior, são aqueles que contribuem para o discurso de aplicação que fundamenta a imparcialidade do juízo, garantindo a imparcialidade necessária, no âmbito da aplicação do direito, à configuração da adequação da decisão judicial a um caso concreto.

Em outro sentido, a participação processual também contribui para a segurança jurídica ao permitir que os paradigmas jurídicos que limitam a complexidade da jurisdição estejam presentes no âmbito discursivo da decisão judicial.

Mas a justificação racional da decisão judicial exige, além de segurança jurídica, correção. E, assim como promove a segurança jurídica, a participação processual contribui igualmente para a correção da decisão. Habermas assim a define:

*„Correção“ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso ó ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente.*⁸¹

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 281.

Os argumentos são responsáveis pela motivação dos participantes do procedimento discursivo. Portanto, se a correção da decisão judicial exige a aceitação racional, que só pode ser conseguida discursivamente, e cuja força motivacional é retirada dos argumentos, é necessário que sejam garantidas no procedimento de decisão judicial as condições procedimentais e pragmáticas que *garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles.*⁸²

Assim, também a correção da decisão judicial se encontra na dependência da participação dos interessados e diretamente atingidos pela decisão judicial. As informações relevantes sobre o tema, transportadas ao âmbito da discussão racional que precede o juízo, são elementos essenciais à racionalidade da decisão. Por tais razões, uma decisão judicial para ser justificada racionalmente e legítima, deve resultar de um procedimento em que nenhuma forma de restrição seja imposta à participação direta dos interessados na argumentação jurídica, pois, qualquer restrição poderá significar limitação indevida dos argumentos que devem conformar o juízo imparcial.

Conceber a participação processual em tais termos é tarefa relativamente simples quando a decisão judicial envolve direitos ou interesses reclamados individualmente, ou por grupos de pessoas determinadas. Em situações como

⁸² Idem, ibidem, p. 283.

estas a identificação dos titulares dos interesses deduzidos em juízo permite reconhecer de imediato se as pressuposições que possibilitam a justificação racional da decisão judicial, no que tange à participação, se encontram presentes.

Não obstante, quando o interesse litigioso tem sua titularidade compartilhada por toda a sociedade de forma indivisível, ou seja, sem que seja possível fracioná-lo por cada titular, interesse este tradicionalmente denominado pela doutrina especializada, com apoio na atual legislação, de *difuso*, surge o problema de conceber um procedimento judicial em que a participação processual seja garantida a todos os interessados, como condição da justificação racional da decisão judicial. A análise do problema formulado nestes termos é a razão do próximo capítulo.

Capítulo 3: A participação processual voltada à tutela dos direitos difusos segundo os pressupostos da teoria discursiva do direito

3.1. A definição de interesses e direitos difusos

No Brasil, o conceito de interesses e direitos difusos é definido na legislação, com ampla concordância da doutrina especializada no tema⁸³. Dispõe o inciso I do artigo 81 da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que os *interesses ou direitos difusos* são os *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.*⁸⁴

A transindividualidade significa que a titularidade do direito pertence a uma multiplicidade de indivíduos, ou seja, não se trata da concepção liberal clássica de direito individual, por isso subjetivo, cuja titularidade pertence a um sujeito individualmente considerado. A indivisibilidade se refere à impossibilidade de fracionamento do objeto do direito entre os seus titulares. A indeterminação dos titulares se refere à impossibilidade de ser o mesmo

⁸³ A unanimidade doutrinária acerca do conceito de interesses e direitos difusos se deve, entre outras coisas, ao fato de que a sua definição legal surgiu no contexto da elaboração do anteprojeto de lei que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, pois, para a elaboração do anteprojeto, o Ministério da Justiça, através do Conselho de Defesa do Consumidor, convidou diversos juristas especialistas no tema. Estes especialistas formaram em 1988 uma comissão composta por juristas de formação diversa, que por sua vez buscou assessoria em outros profissionais da área, em membros do Ministério Público, nos trabalhos já iniciados por uma comissão anterior, nas sugestões e contribuições apresentadas pela comunidade jurídica nacional através de congressos nacionais e internacionais sobre o tema, na OAB, e na sociedade civil de uma forma geral. Neste sentido, o conceito legal de interesses e direitos difusos surgiu como uma espécie de consolidação da posição nacional sobre a questão. Para detalhamento das informações, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1-2.

⁸⁴ CDC, 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.

(...)

desnecessidade - de identificação pessoal de cada um dos titulares do direito. E, finalmente, não é necessário que exista entre os titulares qualquer relação que estabeleça um vínculo jurídico justificador de uma titularidade comum de direitos, pois esta se justifica apenas a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Segundo a coordenadora da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da lei em questão, Ada Pellegrini Grinover, a definição legal acerca do conceito de interesse ou direito difuso buscou justamente dissipar as possíveis divergências doutrinárias sobre o tema.⁸⁵ A idéia era que a doutrina brasileira alcançasse uma forçosa unanimidade em torno desta definição, inclusive pela extensão desta definição às outras espécies de direitos difusos não abrangidas pelo direito do consumidor, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural e artístico etc.

De igual modo, a utilização das expressões *interesse* e *direito*, como sinônimos, segundo a autora, busca solucionar uma possível divergência doutrinária acerca dos requisitos para a interposição de ações judiciais, se é necessário que o autor da ação seja titular de um direito, ou se a simples alegação de um interesse é suficiente para o feito. Segundo Ada Pellegrini Grinover,

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 800.

a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os õinteressesõ assumem o mesmo status de õdireitosõ, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.⁸⁶

Assim, esta dissertação toma como definição de interesses e direitos difusos, o conceito consagrado pela comunidade jurídica nacional para se referir ao grupo de interesses ou direitos que, pertencendo a cada um dos membros da coletividade, pertence a todos indistintamente.

Relacionar a idéia da defesa judicial dos direitos difusos com os pressupostos de adequação da decisão judicial é tarefa que será enfrentada a partir dos próximos itens. Para tanto, será necessário, inicialmente, estabelecer as condições pragmáticas em que a argumentação jurídica deve se desenvolver, a partir das características próprias do discurso jurídico, que configuram a sua especificidade.

⁸⁶ Idem, ibidem, ibidem. A simplicidade da solução dada pela autora esconde uma clássica discussão doutrinária sobre a distinção entre interesse e direito. A origem desta distinção remonta à problematização teórica sobre o direito de acionar o Estado através do judiciário para exigir-lhe uma tutela jurisdicional, de grande repercussão para o processo civil brasileiro. A questão se refere aos requisitos para o exercício do direito de ação; se for necessária a titularidade do direito violado, haverá a dificuldade técnica em justificar a sentença de improcedência, pois a mesma significará que não há direito a ser violado e tutelado e, portanto, como não há direito a ser tutelado, o requerente sequer tinha o direito de acionar a jurisdição. Assim, a doutrina da autonomia do direito de ação em relação ao direito material pleiteado e a compreensão do direito de ação como um direito abstrato a uma sentença de mérito é o resultado do intenso debate travado por inúmeros processualistas ao longo dos dois últimos séculos, debate este que consagrou a posição de que não é necessário comprovar previamente a titularidade do direito material para que seja garantido o direito de exigir a atuação do judiciário. Para tanto, basta comprovar um interesse em fazê-lo, com vista a uma sentença de mérito. Esta, por sua vez, concluirá pela inexistência ou existência do direito. Deste modo, é necessário possuir essencialmente um interesse, e apenas a sentença de mérito decidirá se ao mesmo corresponde um direito. Porém, este é apenas o primeiro momento da distinção. Estando definido que direito é um interesse juridicamente protegido, a doutrina clássica, profundamente marcada pelo paradigma individual de litigância, consolidou a idéia de que o interesse, quando reconhecido, dá ensejo ao reconhecimento de um direito subjetivo (individual), cuja titularidade pertence a um sujeito determinado. A vinculação entre direito e titularidade individual determinada causa problemas ao tema dos direitos difusos, que não possuem tal característica. Decorre daí uma intensa discussão doutrinária acerca da possibilidade da tutela de direitos difusos, dado que os mesmos não possuem a característica da subjetividade, da individualidade e da titularidade estrita. Em conseqüência, parte da doutrina processual defendia a idéia de que, quanto ao tema dos direitos difusos, só era possível tutelá-los sob o pálio de interesses. Quanto ao primeiro momento desta discussão, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Curso de Processo Civil. V. 1. São Paulo: RT, 2006. Quanto à definição de interesses ou direitos difusos, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 2004 e LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003, entre outros.

3.2. A teoria da argumentação jurídica, o procedimento judicial e a participação processual conforme a teoria discursiva do direito

Como visto anteriormente, a teoria discursiva do direito compreende a adequação, a correção das decisões judiciais e a segurança jurídica como dependentes de um procedimento que institucionalize as condições para que todos os fatos relevantes do estado de coisas sejam adequadamente tematizados e os paradigmas jurídicos em disputa sejam submetidos à prática argumentativa.

No âmbito da aplicação do direito, regras procedimentais voltadas à garantia da participação em juízo, à imparcialidade da jurisdição, à independência da justiça, à limitação do arbítrio subjetivo, ao tratamento igualitário das partes, à imparcialidade do juízo, à fundamentação das decisões judiciais, enfim, são, assim, todas necessárias à justificação procedimental e à adequação da decisão judicial. Porém, tais regras, em si, também precisam ser fundamentadas internamente, e para tanto, é necessário que estas regras sejam pensadas à luz de uma teoria que as justifique. Como a perspectiva teórica aqui adotada é discursiva, os princípios processuais terão que ser fundamentados conforme uma teoria da argumentação jurídica.

Assim, é conforme uma teoria da argumentação que o procedimento judicial de tutela dos direitos difusos, e as condições da participação processual terão que ser pensados.

3.2.1. A extensão dos pressupostos da ética do discurso à argumentação jurídica

No contexto de uma dissertação que adota como referencial teórico a teoria discursiva de Jürgen Habermas, de imediato é possível pensar que a teoria da argumentação que estabelece um procedimento voltado à argumentação jurídica, sujeito às mesmas condições pragmáticas do discurso racional, visando a reprodução das condições ideais de fala. Para tanto, qualquer elaboração neste sentido terá que partir de uma idéia de fórum de discussão de direito no âmbito de sua aplicação. A composição deste fórum de argumentação jurídica pode ser imaginada ao menos, de três formas. Em uma, a comunidade jurídica corresponde a especialistas do direito que decidirão discursivamente em lugar do juiz singular, a partir dos argumentos trazidos pelas partes. Na outra, por se tratar de conflitos de natureza coletiva, como os que envolvem direitos difusos, a comunidade jurídica teria que incorporar *todos* os interessados, ou seja, toda a sociedade, na qualidade de parte, mantendo-se a figura do juiz singular. Por último, o fórum corresponde tanto à pluralidade de julgadores como a de parte.

Na primeira situação, as circunstâncias do caso concreto, as pretensões das partes, a matéria probatória etc, e a partir de todos estes elementos, os paradigmas jurídicos, são apresentados à discussão pelas partes diretamente interessadas na resolução do conflito. A comunidade jurídica representada no fórum, então, terá oportunidade de discutir as circunstâncias fáticas e os argumentos trazidos pelas partes, discutindo assim os paradigmas apresentados,

e a coerção das melhores razões esclarecerá qual o paradigma reflexivo e quais os que permitem a colonização do mundo da vida por processos ideológicos pelo *médium* do direito, afastando estes últimos.

A escolha dos membros desta espécie de assembléia decisional poderá acontecer por procedimentos eleitorais similares aos do legislativo, e a discussão, da qual resulta como vencedor o melhor argumento, poderá exercer o papel contra-majoritário necessário aos procedimentos que incluem um grande número de pessoas, como garantia de que não haja a possibilidade de decisões arbitrárias decorrentes da regra da maioria numérica.

Esta solução, sob outros fundamentos, já encontra eco na doutrina jurídica. Em artigo recente, André Coelho propõe a *substituição da figura dos juízes pela de conselhos decisórios, integrados por representantes eleitos, que exerceriam um õmandato judicialö*, a partir da extensão dos pressupostos da democracia deliberativa de Habermas à legitimidade das decisões judiciais.⁸⁷

Em favor desta tese, há a constatação de que a figura de um juiz singular é problemática para o direito. A convicção de que o juiz singular é capaz de solucionar corretamente os conflitos em torno de direitos resulta da tese positivista do isolamento do direito em relação à política e à moral, e de que a decisão jurídica, por isso, decorre de uma interpretação mecânica da lei já deliberada politicamente. Contudo, dada a variedade de paradigmas de direito

⁸⁷ COELHO, André. *Deliberativismo Judicial: aplicação da teoria da democracia deliberativa para fundação da legitimidade da decisão judicial*. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 245.

em disputa nas sociedades complexas, a imagem positivista da aplicação mecânica da lei só poderia prevalecer na figura do juiz Hércules⁸⁸, o que significaria uma violação monológica dos pressupostos pragmáticos tanto do discurso teórico quanto do discurso prático.

Na segunda possibilidade, como a lide se refere a direitos difusos, a extensão dos pressupostos do discurso racional ao discurso jurídico exige que absolutamente todos os interessados participem do procedimento argumentativo. Um procedimento assim concebido supõe que, ao ter se iniciado o processo judicial, ou mesmo ainda na fase da preparação da ação, haja um mecanismo de convocação ampla de todos aqueles que, na condição de interessados, desejassem participar do procedimento judicial.

Seria necessário imaginar, por exemplo, que um interessado precisasse tornar pública sua intenção de interpor a ação através de um meio idôneo de publicação de grande divulgação, em uma espécie de convocatória geral à litigância. Também é possível imaginar que tal encargo devesse ficar nas mãos do judiciário, tendo o juiz que recorrer a uma espécie de edital para tornar pública a lide de natureza metaindividual difusa que se apresentou perante a corte, para que, ante a impossibilidade de identificação pessoal de cada uma das partes, todos os interessados pudessem comparecer ao pleito.

⁸⁸ A figura do juiz Hércules foi criada por Ronald Dworkin para representar a idéia de que ao juiz moderno cabe a tarefa hercúlea de chegar à decisão correta a partir de uma teoria que reconstrua o direito vigente em sua sociedade, justificando-a a partir dos princípios de justiça e de política consagrados pela comunidade.

Tais soluções soam excessivamente estranhas se comparadas à forma atual de qualquer sistema processual de sociedades complexas. Mas a solução teria que ser pensada nesses termos, se a correção da decisão judicial dependesse da extensão direta dos pressupostos de validade do discurso racional ao discurso jurídico, pois, sem a presença de todos os interessados, haveria o risco da apresentação apenas parcial dos paradigmas jurídicos compartilhados pela sociedade, deixando de fora argumentos que deveriam ter sido trazidos à discussão, e, por isso, eliminando-se a legitimidade do procedimento.

Ainda assim, mesmo que um procedimento neste sentido seja garantido, há a possibilidade de que nem todos os interessados, mesmo cientes, se apresentem ao procedimento. Porém, os direitos difusos pertencem a todos de forma indivisível, de maneira que, ao ter o direito de renunciar à participação no procedimento, o renunciante pode comprometer a correção (e, portanto, a segurança jurídica) da decisão que envolve um direito de todos, pois, além de não apresentar seus argumentos e paradigmas, a permissão de sua ausência confere a todos aqueles que participam do procedimento o mesmo direito de renúncia, o que confere um sentido de disponibilidade a direitos que, por outro lado, são indisponíveis.

Ainda que seja possível considerar os direitos difusos como disponíveis, e, portanto, conceber a participação no procedimento que os assegura como mera faculdade, há ainda a outra face desta questão: se a participação de todos os interessados não é obrigatória para que o procedimento tenha início, não é

possível iniciar o procedimento sem a garantia de que todos os não presentes assim agiram por manifestação livre da vontade. Como o procedimento precisa iniciar, a única solução possível seria mantê-lo em aberto eternamente, o que pode ser concebido de duas formas.

Na primeira, o surgimento de novos participantes retardatários faria com que o procedimento tivesse que ser refeito desde o princípio, pois a discussão em torno dos paradigmas teria que ser reiniciada sempre que uma nova versão fosse introduzida. Na segunda, tais interessados interporiam novas ações, pois, como poderiam apresentar novos argumentos sustentados por paradigmas jurídicos diversos dos já apresentados, os parâmetros da decisão e de sua correção seriam outros.

Todas as possibilidades de procedimento apresentadas, fundadas na ética do discurso, precisam também ser justificadas pela teoria discursiva do direito para guardar sua coerência teórica. Porém, antes de apresentar a solução de Habermas para a questão, é necessário, ainda, apresentar outra possibilidade de teoria da argumentação, decorrente da extensão da ética do discurso à argumentação jurídica.

A chamada *tese do caso especial* foi elaborada por Alexy em sua tese de doutoramento, publicada no Brasil sob o título *Teoria da Argumentação Jurídica*⁸⁹. A partir da crítica à compreensão não valorativa do positivismo jurídico, Alexy defende que toda decisão jurídica é resultante de juízos de valor.

⁸⁹ Em português: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

Assim, para Alexy, a correção da decisão jurídica depende de uma teoria da argumentação jurídica que justifique racionalmente os juízos valorativos nela contidos⁹⁰.

Por entender que no direito, assim como na discussão racional geral, a decisão jurídica obtém a sua justificação racional a partir do consenso de todos os participantes do discurso, Alexy reelaborou, para o discurso jurídico considerações anteriormente concebidas por outras teorias do discurso, principalmente pela teoria da verdade como consenso de Habermas⁹¹. Para Tanto, Alexy concebe o discurso jurídico como um caso especial do discurso moral, esclarecendo que, se o discurso moral consiste num discurso prático geral⁹², cuja tematização é livre e, por isso, aceita todos os tipos de argumentos, o discurso jurídico é um discurso prático especial porque os temas apresentados são todos submetidos a uma discussão limitada por uma série de condições, em que só são aceitos argumentos jurídicos.⁹³

⁹⁰ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 33-56.

⁹¹ Idem, *ibidem*, p. 118-150.

⁹² Segundo Nicola Abbagnano há três sentidos em que o termo prático é utilizado: O que dirige a ação, o que pode traduzir-se em ação, e, por último, no sentido que Kant utilizava, o que é racional na ação. IN: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Assim, discurso prático pode ser entendido, neste contexto, como um discurso voltado para questões de como se deve ou não se deve conduzir.

⁹³ *O que se pretende desenvolver é uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico. De importância central para isso é a idéia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O que os discursos jurídicos têm em comum com o discurso prático geral consiste em que, em ambas as formas de discurso, trata-se da correção de enunciados normativos. Fundamentar-se-á que tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou pronunciamento de um enunciado jurídico, levanta-se uma pretensão de correção. No discurso jurídico, trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico ó as limitações das regras do ordenamento processual. A pretensão levantada em relação a um enunciado jurídico é a de que ele seja racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras.* IN: ALEXY, Robert.

Apesar de ser possível classificar a tese do caso especial como uma extensão dos pressupostos do discurso racional geral ao discurso jurídico, Alexy apresenta já alguma distinção entre os dois discursos, consistente nas limitações específicas que incidem apenas sobre os discursos jurídicos, o que torna necessária uma ressalva neste sentido.

No próximo item, será apresentada a crítica de Habermas acerca da tese do caso especial e da extensão da ética do discurso ao discurso jurídico. Será também apresentada a concepção de Habermas sobre o discurso jurídico, da qual serão extraídas as possibilidades de procedimento judicial e de participação que realizem a todos os pressupostos da teoria discursiva do direito.

3.2.2. A especificidade do discurso jurídico

Habermas considera que *seria natural encaminhar a teoria discursiva do direito conforme o modelo da ética do discurso, melhor elaborada.*⁹⁴ No entanto, o próprio autor afasta esta possibilidade, o que pode ser explicado pelo sentido atribuído ao direito por sua teoria. Por ser um *medium* de integração entre mundo da vida e sistemas, o direito, e, portanto, a argumentação jurídica, precisam levar em conta também as considerações pragmáticas, pois o fato de ser limitado por tais considerações é o que torna o direito emancipatório, já que as limitações pragmáticas, na medida que se coordenam com as ações

Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 45-46.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia.* Entre facticidade e validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 287.

estratégicas, conseguem se comunicar com os sistemas, interferindo sobre seu funcionamento.

Se o direito se realizasse exclusivamente segundo pressupostos normativos, ele se tornaria, tal como a moral, restrito ao mundo da vida, constituindo discursos com uma elevada fundamentação normativa, mas inaudíveis e impotentes nos espaços estratégicos da vida social. Assim, a extensão do princípio do discurso ao discurso jurídico, quando não leva em conta as especificidades pragmáticas da argumentação jurídica, relativiza a potencialidade emancipatória do direito. A partir deste entendimento, para que o potencial emancipatório do direito seja preservado, a forma do procedimento judicial, conforme a teoria discursiva do direito, só pode ser pensada a partir das condições que garantam a realizabilidade da decisão judicial.

Pelas mesmas razões, Habermas não concorda com a outra compreensão teórica acerca da distinção entre discurso moral e discurso jurídico, que concebe este último como um caso especial do primeiro. Segundo Habermas, a tese do caso excepcional esbarra em três importantes distinções entre discursos morais e os jurídicos, todas decorrentes das limitações pragmáticas que incidem sobre o discurso jurídico e conferem à ação comunicativa no âmbito do procedimento judicial características específicas que a diferenciam da ação comunicativa do discurso racional, pelo que, Habermas a denomina de *agir forense*.⁹⁵

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 287.

A primeira distinção se refere ao objetivo do discurso. Enquanto o discurso racional se volta para a busca cooperativa da verdade, o discurso jurídico se volta ao convencimento do juiz. A segunda distinção se refere à necessidade do discurso jurídico em chegar a uma única decisão correta, o que não é possível nas condições procedimentais da argumentação em geral, que não são *suficientemente seletivas para obter uma única decisão correta*.⁹⁶

Por fim, há a distinção do sentido de correção, nas decisões jurídicas sempre relativa à racionalidade da legislação. Ou seja, diferente da argumentação racional em geral, a racionalidade do discurso jurídico está vinculada à, e na dependência, da racionalidade da legislação sobre a qual se refere. Para Habermas,

*É verdade que discursos jurídicos podem ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois, em ambos os casos, se trata da lógica de aplicação de normas. Porém a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade dos juízos morais e, nesta medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais. As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso, quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a rede de argumentações, negociações e comunicações políticas, na qual se realiza o processo da legislação.*⁹⁷

Segundo Habermas, esta característica faz com que a teoria do discurso jurídico tenha que ser capaz de englobar as condições de racionalidade da legislação, o que exige a transição de uma teoria do discurso racional prático para uma teoria da legislação e, desta, para uma teoria normativa da sociedade.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 288.

⁹⁷Idem, *ibidem*, p.290/291.

Esta afirmação, originalmente de Alexy, conta com a concordância de Habermas.⁹⁸

Assim, o procedimento judicial que se conforma à teoria discursiva do direito tem que ser pensado a partir das características próprias do discurso jurídico e às considerações pragmáticas que o limitam, considerações estas que conformam as condições de realizabilidade da argumentação jurídica no âmbito de aplicação do direito. Habermas chama a atenção para as condições (e restrições) temporais, sociais e materiais que se impõem ao processo. Dado que a finalidade dos meios jurídicos não se esgota na correção das decisões judiciais, mas abrange um interesse geral na realizabilidade do sistema⁹⁹, é necessário que se justifique, de modo efetivo, a vedação à auto-tutela.

Do contrário, não haverá razões que mantenham a racionalidade estratégica conectada à idéia de que deve continuar a recorrer ao judiciário para solucionar por esta via institucionalizada, as controvérsias que se apresentam. A vedação à autotutela e a obrigatoriedade da jurisdição só se sustentam em um quadro geral em que, no plano das ações voltadas a fins determinados, seja alimentada, também, a expectativa de realizabilidade da atividade jurisdicional.

Temporalmente, esta exigência geral de realizabilidade impõe restrições em torno de prazos, o que impede a dilação infinita do discurso jurídico, dada a necessidade de sua conclusão, pois as situações apresentadas em juízo não

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre Facticidade e Validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 291, nota de rodapé.

⁹⁹Idem, ibidem, p. 295.

podem ficar infinitamente em aberto, já que o discurso jurídico se volta para questões de decidibilidade.

Socialmente, há restrições que se apresentam sob a forma de distribuição dos papéis no processo, que repercute em questões relativas ao ônus da produção de prova, ou em exigências de tomadas de posição ou de imparcialidade. Materialmente, as condições pragmáticas do discurso jurídico exigem a delimitação do espaço institucional em que se desenvolverá a argumentação jurídica, a definição exata do objeto em disputa, *para que o processo possa concentrar-se em casos claramente delimitados*¹⁰⁰, entre outros.

Assim, a argumentação jurídica possibilita a aceitação racional da decisão judicial, ou seja, sua correção¹⁰¹, mas não da mesma forma que o faz o discurso moral, sujeito a argumentos universalizantes que se referem a qualquer tempo e pressupõem a participação ilimitada de todos sob condições de liberdade em uma prática argumentativa cuja tematização é livre. Esta distinção reproduz uma outra já abordada, entre os discursos de fundamentação e aplicação do direito.

Ainda que se garanta aos litígios judiciais os requisitos da participação do discurso moral válido, ao contrário da ação comunicativa voltada ao entendimento, os participantes do processo judicial não estão voltados à busca

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre Facticidade e Validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003, p. 294.

¹⁰¹ *Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa plural, a qual assume em si, de modo não-coagido e não-reduzido, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação. Como forma reflexiva do agir comunicativo, ela se caracteriza, por assim dizer, através de uma reversibilidade completa de todas as perspectivas dos participantes, liberando a intersubjetividade mais alta da coletividade deliberativa.* IN: Idem, ibidem, p. 284.

cooperativa da verdade e sim à vitória de suas razões. Assim, os argumentos trazidos pelos participantes não se desenvolvem para uma dinâmica discursiva tal qual a que caracteriza a argumentação racional geral. Tais argumentos se dirigem à formação do juízo imparcial do julgador, que deve decidir o conflito de interesses a partir das razões apresentadas pelas partes, apoiadas pelas provas apresentadas em juízo, posicionando-se sobre os paradigmas jurídicos em disputa.

3.2.3. A participação processual em um procedimento judicial capaz de justificar racionalmente a decisão judicial acerca dos direitos difusos

A) A questão dos paradigmas

Às limitações pragmáticas já relacionadas devem ser associadas outras, que se referem à natureza especial dos direitos difusos (e que decorrem da peculiaridade da titularidade ativa), para que se possa descrever o procedimento judicial que possibilite a justificação racional da decisão sobre interesses e direitos de toda a sociedade.

Sem dúvida, uma das grandes questões acerca dos direitos difusos é, quanto às limitações sociais, saber quem assumirá o papel de autor da ação, pois, como em nosso sistema o judiciário só atua quando provocado, haverá sempre a questão sobre quem acionará a justiça exigindo a atuação do Estado juiz. A importância do questionamento se deve, entre outras coisas, às escolhas processuais que serão feitas apenas por aquele que esteja investido desta função.

Mesmo que o interesse ou direito seja de todos, isso não significa que todos o defenderão da mesma forma, fazendo as mesmas exigências para o Estado juiz. Aquele que provoca o juiz é que seleciona os argumentos que utilizará, faz a indicação das provas que pretende produzir e que acredita sejam capazes de confirmar suas alegações, assim como elaborará o pedido a ser feito ao juiz e fiscalizará o exato cumprimento da sentença judicial.

Novamente se coloca a questão dos paradigmas jurídicos, pois, aquele que apresenta a ação deixa transparecer sua compreensão paradigmática sobre o direito a partir da perspectiva com que entende a violação ou a prevenção da violação do direito e as providências que deve exigir do juiz em relação aos fatos.

Todos os exemplos já relacionados de procedimentos que viabilizem a participação de todos os interessados no procedimento esbarram em sérias limitações materiais e temporais com relação ao procedimento judicial moderno. Esperar ilimitadamente que todos se habilitem ao procedimento, por exemplo, é uma alternativa que deve ser descartada pela exigência de decidibilidade que envolve o procedimento judicial. Permitir que o procedimento seja reaberto, mesmo que sob condições extremamente restritas, para que outros paradigmas possam ser apresentados à discussão jurídica, se por uma lado, garante que outros paradigmas sejam tematizados, por outro, submete o réu a um procedimento relativizado em termos de definitividade.

Há, contudo, uma possibilidade que pode ser considerada a partir das limitações pragmáticas do discurso jurídico, que é conceber que o procedimento judicial voltado à tutela dos direitos difusos seja constituído por um procedimento prévio para que, ao menos, *todos os interessados* que tomem conhecimento da lide em um tempo determinado possam participar da escolha do paradigma que sustentará as teses jurídicas apresentadas à discussão e à decisão.

São inúmeras as feições que pode assumir um procedimento como este, feições estas que só podem ser delineadas pela deliberação política. Porém, a solução trazida por um procedimento prévio de discussão acerca dos paradigmas resolve ainda uma outra situação decorrente da tutela coletiva dos direitos, que é o problema da representatividade. Com efeito, se nenhum procedimento judicial, por questões pragmáticas, é capaz de garantir a participação de todos os interessados, é necessário que algo garanta a legitimidade da representação daquele que interpõe a ação em nome de todos.

B) A questão da representatividade

Partindo das particularidades do procedimento judicial voltado à tutela dos interesses coletivos nos Estados Unidos, as chamadas *class action*, John Bronsteen e Owen Fiss questionam justamente a natureza desta representação¹⁰²:

¹⁰² É necessário ressaltar que há importantes distinções entre as ações coletivas voltadas para a tutela dos direitos difusos da forma como são concebidas no Brasil, e as chamadas *class action* do direito norte-americano. Porém, a problematização que se segue sobre a questão da representação atinge de forma indistinta qualquer sistema de

In this way, the class action provides for the private enforcement of laws that are aimed at protecting the public. Yet it contains a risk: If the named plaintiff loses in court, then all of the members of the class have lost and cannot relitigate their claims. Some people who might never even have known about the lawsuit and who certainly never participated in it will suddenly find themselves denied access to the court system, on the theory that they were already represented by the named plaintiffs who litigated the action on their behalf. Admittedly, it is common for one individual to represent others in a lawsuit, but those represented typically appoint their representative or at least consent to the representation. This ordinary form of representation entails an agency relationship: It is premised on the theory that the representative is acting as the agent of those he represents. In the class action, however, there is no consensual tie between the represented and the representative. In fact, the named plaintiff appoints himself as representative of the class, and most of those represented do not know the representative or even that they are being represented.¹⁰³

Com efeito, como o judiciário precisa ser provocado e aquele que toma a iniciativa desta provocação é quem deve indicar os fatos e as provas capazes de confirmar suas alegações, assim como elaborar o pedido a ser feito ao juízo, bem como fiscalizar o cumprimento da sentença, se procedente; e se o sistema processual não possibilita que outros interessados interponham outra ação sobre os mesmos fatos, é necessário esclarecer qual a natureza jurídica de uma representação que se justifica apenas porque aquele que primeiro interpôs a ação é o único titular legítimo do direito de litigar em juízo sobre a controvérsia simplesmente porque chegou em primeiro lugar.

A representação, nestes casos, é na verdade um caso de auto-representação, pois é o próprio autor que, sem mandato ou consentimento, se investe da representação de todos para postular em juízo. Bronsteen e Owen Fiss nos informam que há, nos Estados Unidos, duas correntes teóricas que

tutela de interesses e direitos metaindividuais. Para o estudo comparativo entre as *class action* e as ações coletivas no Brasil, ver: SCARPINELLA BUENO, Cássio. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Revista de Processo n. 82. São Paulo: RT

¹⁰³ BRONSTEEN, John. FISS, Owen. *The Class Action Rule*. IN: Notre Dame Law Review, vol 78:5, 2003, p. 1419-1420.

buscam a elaboração de uma teoria da representação para a litigância coletiva. A primeira exige a intimação de todos os interessados para compor o litígio, tomando ciência da decisão do autor da ação em se auto-intitular representante de todos¹⁰⁴. A segunda pressupõe que a representação, nestes termos, se funda na idéia de um consenso hipotético entre o representante e o restante da classe¹⁰⁵.

Quanto à primeira corrente, ressurge uma questão já tratada anteriormente, sobre o significado do não comparecimento. A questão que se coloca é se a inação do interessado pode ser considerada como um consentimento, com todos os efeitos que daí decorrem, como por exemplo, a renúncia ao direito pleiteado. Quanto à segunda corrente, dadas as especificidades do discurso jurídico, é necessário esclarecer se é possível estabelecer consensos hipotéticos em torno de interesses.

De qualquer forma, a idéia de um procedimento prévio ao processo, ou mesmo concebido como uma fase preliminar, ao início deste, é capaz de resolver também o problema da representatividade, assim como é capaz de resolver a

¹⁰⁴ *Some might view the class action as entailing agency representation whenever class members are notified of the lawsuit and given an opportunity to withdraw from the class. Under this theory, the failure of a class member actively to withdraw from the suit is claimed to supply the requisite consent. But we should never treat inaction as a form of consent when consent is not the most likely explanation for the inaction. Consumed with matters that impinge on ordinary life, most people throw out notice letters without reading them, much less understanding them. It would therefore be unreasonable to assume that class members' failure to withdraw results from their considered choice to be represented by the named plaintiffs. There is no consent and no agency relationship in a class action, and as a consequence interest representation is the only justification for conceiving class action as representative lawsuit.* IN: BRONSTEEN, John. FISS, Owen. *The Class Action Rule*. IN: Notre Dame Law Review, vol 78:5, 2003, p. 1420.

¹⁰⁵ *Some might seek to construct a consensual tie between the named plaintiff and the members of the class by introducing the idea of hypothetical consent: The claim is that the members of the class would have consented to the representation if they were fully advised of the suit and the consequences that flow from it.* IN: BRONSTEEN, John. FISS, Owen. *The Class Action Rule*. IN: Notre Dame Law Review, vol 78:5, 2003, p. 1420.

disputa em torno do paradigma jurídico que norteará os rumos da ação e as escolhas processuais do autor. Essas questões evidenciam duas coisas: primeiro, que é necessário criar um procedimento que absorva as especificidades dos interesses e direitos metaindividuais; segundo, que tais especificidades tornam absolutamente inadequado o procedimento judicial concebido para o litígio entre indivíduos, onde não há espaço para a definição do paradigma jurídico e da representação legítima. Ante tal consideração, se torna necessário esclarecer em que consiste o paradigma de processo elaborado em torno da idéia de litigância individual, apontando, a partir das suas características, quais são as dificuldades que este modelo coloca ao processamento de causas que envolvam direitos metaindividuais.

C) A inadequação do paradigma individual de processo judicial para a solução das controvérsias que envolvem interesses e direitos metaindividuais

O questionamento referente aos paradigmas e à representação nos procedimentos judiciais em torno de interesses e direitos difusos demonstram o quanto o modelo de processo pensado para o litígio em torno dos direitos individuais é inadequado quando as demandas judiciais versam sobre direitos metaindividuais. Esta inadequação decorre da feição do processo contemporâneo, estruturado para absorver e processar lides de cunho individual.

Owen Fiss descreve de forma consistente o paradigma individual de jurisdição ao comparar os elementos que o caracterizam com os elementos que caracterizam as controvérsias que envolvem grupos sociais. Fiss denomina o paradigma processual individual de modelo de *resolução de controvérsia*, porque entende que tal modelo se estrutura a partir da idéia básica de uma disputa entre dois indivíduos por uma propriedade, em que um terceiro imparcial é chamado para solucionar o conflito.¹⁰⁶

O paradigma de lide individual estabelece, portanto, a idéia de que sempre que surge uma controvérsia entre duas pessoas e uma delas recorre à jurisdição, e o juiz determina que a outra parte compareça perante o judiciário, se estabelece uma relação jurídica processual nos moldes das relações jurídicas extrajudiciais envolvendo direitos privados, com a diferença de que naquela relação jurídica há a presença do juiz na qualidade de terceiro imparcial, conformando uma configuração tríplice à relação jurídica.

À concepção de parte individual é incorporada a possibilidade de vários indivíduos ingressarem na relação processual, seja na qualidade de autores, seja na qualidade de réus, situação conhecida no processo como fenômeno da pluralidade de partes. Ocorre que a possibilidade de vários sujeitos comporem a relação jurídica processual não consegue romper com a configuração individual atribuída ao procedimento judicial, porque esta pluralidade é tida apenas como

¹⁰⁶ *This model, called "dispute resolution", is associated with a story of two people in the state of nature who each claim a single piece of property. They discuss the problem, reach an impasse, and then turn to a third party, the stranger, to resolve their dispute. Courts are viewed as the institutionalization of this stranger and adjudication as the process through which he exercises his judicial power.* IN: FISS, Owen. *The New Procedure and Adjudication as the Process through which he exercises his judicial power.* IN: The Constitution and the Regulation of Society. Gary Bryner and Dennis Thompson eds., 1988. p.130.

uma somatória de indivíduos que compartilham os mesmos interesses. Assim, essa estrutura, mesmo quando admite a pluralidade de partes, permanece insensível às questões específicas da coletividade, como divisões internas ou mesmo às diferentes formas com que os membros da coletividade podem conceber os interesses em litígio.

Segundo Fiss,

Dispute resolution is sociologically impoverished. There is no room in the story for the social entities, such as the inmates of a prison or patients in a hospital have, that are so familiar to contemporary litigation and are a part of our reality. Nor is there any recognition of the existence of groups, like racial minorities or the handicapped, whose interests and identity transcend any particular institution. And no account is taken of the bureaucratic organizations such as the public school system, the prison, the mental hospital, or the housing authority that play such a prominent part in contemporary litigation. The world of dispute resolution is composed exclusively of individuals. The party structure of the dispute resolution lawsuit reflects this individualistic bias; one neighbor is pitted against another while the judge stands between them as a passive umpire. The structural lawsuit defies this triadic form. What we find in structural litigation is an array of competing interests and perspectives organized around a single decisional agency, the judge.¹⁰⁷

O procedimento judicial estruturado a partir do modelo da resolução de controvérsias é, por isso, insensível à circunstância de se encontrarem grupos sociais ou mesmo toda a sociedade na qualidade de partes.

Outra consequência do modelo de resolução de controvérsias é a natureza privada dos interesses em litígio, o que cria obstáculos para que o procedimento judicial, em sua estrutura, absorva as reivindicações em torno da efetivação ou da defesa dos interesses de toda a sociedade.¹⁰⁸

¹⁰⁷ FISS, Owen. *The New Procedure*. IN: *The Constitution and the Regulation of Society*. Gary Bryner and Dennis Thompson eds., 1988, p. 130/131.

¹⁰⁸ *In the hypothetical state of nature, where the dispute resolution takes place, there are no public values, only the private desires of individuals ó in this instance, the desire for property. Peace is a public value, but only insofar as it is a precondition of satisfying private ends. The story postulates that the judge (the stranger) settles a property dispute between neighbors, but it does not tell us how he resolves it, only that it is resolved. The judge*

Essas observações já são suficientes para demonstrar a inadequação do modelo de resolução de controvérsias para o processamento de conflitos envolvendo direitos difusos; porém, há ainda outras circunstâncias que decorrem dessa situação, relativas aos efeitos do procedimento estruturado para absorver litígios de natureza privada e individual, como o tipo da sentença e do provimento judicial que pode ser obtido. O paradigma da resolução de conflitos também é responsável pela caracterização da jurisdição como uma função voltada para a solução de conflitos já estabelecidos, solucionando-os a partir da perspectiva de interesses privados e individuais violados com vistas à restauração da situação de normalidade anterior ao conflito.

Assim, conforma-se um procedimento judicial fundado em uma pretensa situação de harmonia social pontualmente abalada pelo conflito apresentado à corte, harmonia esta supostamente restabelecida pela sentença que soluciona a controvérsia.¹⁰⁹ Tal compreensão, além de mitigar a importância das tensões sociais e relativizar o papel do direito como *medium* de integração social, produz duas conseqüências para o procedimento judicial.

A primeira é a conclusão de que, para provocar a jurisdição, é necessário que se estabeleça uma situação de conflito em que a disputa pelo interesse em litígio já implique um dano provocado a quem tem o direito por aquele que não

may resolve the dispute according, to any procedure that will minimize disputes or, more generally, maximize the satisfaction of private ends. IN: FISS, Owen. *The New Procedure.* IN: *The Constitution and the Regulation of Society.* Gary Bryner and Dennis Thompson eds., 1988.p. 132.

¹⁰⁹ *As suggested by the concept of a δ disputeö itself, the story assumes that the subject of adjudication ó the feud between the neighbors ó is an abnormal event that disrupts an otherwise satisfactory woeld. The story also suggests that the function of adjudication is to restore the status quo; it is to end the feud and to allow the neighbors to go on living as they had in the past.* IN: FISS, Owen. *The New Procedure.* IN: *The Constitution and the Regulation of Society.* Gary Bryner and Dennis Thompson eds., 1988.p. 133.

o tem. A propriedade que os vizinhos disputam no exemplo de Fiss pertence a apenas um dos litigantes. Esse, a quem assiste a razão, está sendo violado em seu direito. Aquele, a quem não assiste razão, tem sua conduta caracterizada como antijurídica ou ilícita. Dessa afirmação se extrai duas conseqüências: o processo se estrutura a partir da idéia de que a violação ao direito já tem que ter ocorrido, e a constatação de que esta ilicitude foi historicamente identificada com um dano¹¹⁰.

Isso porque, no paradigma individual do direito, a sentença civil que condena aquele que não tem razão por conduta antijurídica só pode ser cumprida através da expropriação patrimonial do violador, já que este modelo corresponde à prevalência do paradigma liberal nas sociedades ocidentais, pelo qual é impensável que ao Estado seja atribuído o poder de dispor de qualquer tipo de coação ao indivíduo como garantia do cumprimento da sentença condenatória, que não a expropriação de seu patrimônio¹¹¹.

Para tanto, todo interesse reivindicado judicialmente tem que ser aferido patrimonialmente, o que só é possível através da idéia de prejuízo, ou seja, de dano. Se não há prejuízo, não há como compensar aquele que teve o direito

¹¹⁰ *Os processualistas que definiram essa idéia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei. (...) Mais precisamente, a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela poderia violar a lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, seria vista como um atentado à liberdade individual.* IN: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 31.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 32.

violado. Se não há como ressarcir economicamente o direito violado, significa que tal violação não consiste em uma reivindicação que mereça a tutela jurisdicional. Desta forma, a consequência desta identificação é a compreensão de que o acesso à jurisdição só pode ser franqueado a quem alegue, como conteúdo de seu interesse, algum tipo de prejuízo produzido pela conduta antijurídica de outrem, prejuízo esse que só poderá ser compensado por uma tutela de ressarcimento do dano pelo seu equivalente em dinheiro.

Ao comentar os tipos de tutela voltados à proteção dos direitos, Luiz Guilherme Marinoni identifica como esta idéia de vinculação entre ilícito e dano fincou raízes na doutrina brasileira, no que pode ser entendido como um movimento que na verdade caracteriza o direito moderno nas sociedades ocidentais:

A exposição didática das formas de tutela recomenda acompanhar a trajetória dos atos de agressão dos direitos. Se a tutela inibitória se destina a impedir a lesão do direito, o próximo passo na visualização das formas de tutela deve parar no instante em que um ato viola uma norma mas não acarreta um fato danoso. E aqui nos encontramos novamente em situação que exige uma reelaboração dos conceitos da dogmática clássica. Trata-se da necessidade de repensar o conceito de ilícito civil e, especialmente, de tutela contra o ilícito, o ilícito tendo sido pensado como o ato contrário ao direito que produz dano. O elemento dano, em outras palavras, vem sendo exigido como um componente essencial para a configuração do ilícito civil. Argumenta Orlando Gomes, por exemplo, que o ilícito civil só admite substantividade se é fato danoso. Em termos conceituais, há aí uma mistura entre o ato contrário ao direito e o dano, ou uma falta de distinção entre o ato em si (ilícito) e a sua consequência (o dano). Nem sempre o ato contra o direito e o dano ocorrem no mesmo instante, sendo possível que o dano surja após a prática do ilícito e até mesmo freqüentes os casos em que o dano se intensifica com o passar do tempo. Aliás, é possível que exista ato contrário ao direito que não provoque dano. O dano não é apenas uma consequência, é na verdade uma consequência eventual do ilícito. Por isso, não há como negar a separação entre ilícito e dano.¹¹²

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. IN: FUX, Luiz e outros (Coordenadores). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 849.

A relação imediata da identificação entre ilícito e dano e a forma de tutela do direito apenas através da tutela de ressarcimento pelo equivalente em pecúnia também é explicado pelo autor nos seguintes termos:

Acontece que Orlando Gomes, além de ter colocado um elemento que diz respeito à configuração do direito à tutela ressarcitória no conceito de ilícito, deixando de distinguir ilícito de tutela do direito, cometeu um pecado mais grave ao não perceber que a exigência do dano é imprescindível apenas para uma das tutelas contra o ilícito, isto é, para a tutela ressarcitória. (...) É certo que a admissão de uma outra forma de tutela contra o ilícito implica a superação de um dogma que vem desde o império romano. A assimilação entre ilícito e dano é o resultado de um processo histórico que levou a doutrina a admitir que a tutela contra o ilícito seria apenas o pagamento do equivalente ao valor da lesão ou, quando muito, a aceitar que determinados danos poderiam ser reparados in natura.¹¹³

Do exposto se conclui que a idéia de que todo processo judicial, no âmbito civil, deva ser resolvido em uma tutela ressarcitória é tributária da compreensão da jurisdição como função meramente reparadora da violação do direito individual e da restauração do *status* anterior à violação por intermédio da indenização.

Porém, no que se refere aos direitos difusos, em muitas situações de sua violação não ocorre efetivamente um dano individual, como na situação de um produto defeituoso colocado no mercado, que ainda não tenha provocado qualquer prejuízo individual, o que exige que, nestas questões, a jurisdição atue de forma preventiva para evitar a efetiva ocorrência do dano, por uma tutela específica de proteção ao direito, o que só pode ser conseguido através da retirada do produto defeituoso do mercado, não cabendo falar em ressarcimento.

¹¹³ Idem, ibidem, p. 849.

Assim, o paradigma da resolução de controvérsia se apresenta, também neste aspecto, totalmente inadequado à tutela dos direitos difusos.

Rodolfo de Camargo Mancuso também reconhece a prevalência do paradigma individual no processo, criado apenas para resguardar os direitos subjetivos, tidos pelo autor como os direitos individuais cuja ameaça ou violação é passível de sanção, assim como reconhece a necessidade de superação desse paradigma, para que seja possível tutelar adequadamente os direitos difusos:

Já há algum tempo, o pensamento jurídico mundial vem se conscientizando de que a outorga de tutela jurisdicional restrita a certas situações diferenciadas, ditas direitos subjetivos, representa uma postura restritiva e até elitista, na medida em que restam protegidos os valores relativos ao ter, ao patrimônio, ao poder, em detrimento dos valores maiores, ou sociais, atinentes ao ser, à pessoa como tal, à coletividade. Essa postura tradicional deriva da própria concepção romana de actio, visto que esta consistia em perseguir em juízo o que pertencia ao autor da ação. Isto é, em síntese, tratava-se de um meio de defesa ou de proteção de um bem diretamente afetado a uma pessoa: tanto assim eraque, para possibilitar a defesa do interesse coletivo através das actiones popularis, foi preciso acrescentar à regra alterius nominae agere non licebat, o apêndice nisi pro populo. Em outras palavras, a exceção (a tutela de interesse geral) vinha confirmar a regra (a tutela de posições jurídicas individuais). Ao longo dos séculos, a tutela jurisdicional no âmbito civil vem mantendo esse diapasão: o processo civil é, por excelência, o instrumento de proteção de situações jurídicas individuais. (...) Parece claro que é chegado o momento de uma nova ruptura para o processo civil, ante o acesso à justiça dos interesses difusos. A primeira ruptura, como se sabe, deu-se com a constatação de que o interesse processual é distinto do interesse material (embora este seja subjacente àquele); agora, trata-se de uma nova cisão: em se tratando de interesses metaindividuais, o interesse processual será buscado em outros parâmetros, como a relevância social (...) Para que esse objetivo possa ser alcançado, é preciso que a ação judicial não seja apenas o instrumento de atuação de direitos subjetivos, mas um verdadeiro canal de comunicação entre as reivindicações e os anseios fundamentais da comunidade, mesmo que tais aspirações não se hajam convertido em direitos subjetivos.¹¹⁴

Porém, mesmo que o procedimento judicial contemporâneo já contenha a previsão de tutelas delineadas a partir das especificidades dos direitos difusos, como as tutelas preventivas (inibitórias) e reparadoras do ilícito na forma

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 2004, p. 163-169 e170.

específica, como é a realidade do sistema processual brasileiro¹¹⁵, ainda não há um procedimento, em si, próprio à especificidade dos direitos metaindividuais, pois os problemas inicialmente levantados quanto à estrutura individual conferida ao processo, que impedem a necessária discussão em torno dos paradigmas que serão apresentados na argumentação jurídica, e que estabelecem o problema da representação, ainda permanecem.

Assim, dada a insuficiência e a inadequação do paradigma individual de litigância para o processamento de lides estabelecidas em torno de direitos metaindividuais, o procedimento judicial precisa ser modificado para que, nos limites das restrições pragmáticas que decorrem do discurso jurídico, possibilite o correto processamento dos interesses e direitos que são de todos.

Enquanto tais modificações não ocorrerem, o direito estará impedido de realizar seu potencial emancipatório, pois as decisões tomadas em questões de direitos difusos conterão apenas uma aparência de decisões corretas, fundadas em um procedimento que apenas aparentemente é democrático, quando de fato apresenta sérios problemas em relação à legitimidade da representação.

A ausência de discussão em torno dos paradigmas diminui substancialmente a possibilidade de transformação paradigmática pela via do direito, o que reforça, dada a ambigüidade característica do sistema jurídico, a possibilidade de que o direito seja utilizado pelo paradigma dominante de um sistema apenas aparentemente democrático como um instrumento de sua própria

¹¹⁵ Ver artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

reprodução, justamente quanto a questões que envolvem interesses da sociedade como um todo.

Capítulo 4: A disciplina da participação processual voltada à tutela dos direitos difusos no Direito brasileiro

Segundo Habermas, a correção das decisões judiciais decorre, também, da racionalidade da legislação¹¹⁶, pois, no ordenamento jurídico estarão previstas todas as condições procedimentais ó inclusive as de participação no procedimento, que possibilitam a justificação racional da decisão judicial.

Assim, a análise da legislação atual, no que se refere à participação processual na tutela dos direitos difusos extrapola a mera informação e se apresenta como necessária à análise crítica da racionalidade da legislação enquanto uma etapa importante de uma teoria do discurso jurídico.

Tratando-se de um Estado democrático de direito, a participação processual só é possível quando já houve, no âmbito da esfera pública democrática ó no âmbito da fundamentação ó a deliberação sobre os direitos a serem atribuídos aos sujeitos de direito, bem como sobre as formas de assegurar sua proteção e efetividade, o que inclui os procedimentos e instrumentos processuais que permitem sua exigibilidade perante o Estado.

Através da utilização destes instrumentos, o exercício da participação processual ó cujas condições decorrem da deliberação política ó com vista à tutela judicial dos direitos difusos, ao mesmo tempo em que legitima a aplicação do direito, se constitui como uma forma de controle colocada à disposição da

¹¹⁶ *Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.* IN: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia.* Entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 289.

sociedade para garantir a realização e a integridade dos direitos instituídos democraticamente, prevenindo ou inibindo a ocorrência de violações, e reparando ou ressarcindo o dano naquelas situações em que este não pôde ser evitado.

Assim, a identificação dos instrumentos de participação processual no ordenamento jurídico positivado, longe de constituir uma postura legalista injustificada, resulta da legitimidade que a teoria democrática deliberativa confere, contrafactualmente, ao resultado da deliberação política democrática.

No ordenamento jurídico brasileiro, entre os instrumentos processuais previstos constitucionalmente, com vista a permitir o exercício direto do controle da efetividade dos direitos difusos por parte sociedade, se encontram:

- as ações voltadas para a garantia da pertinência formal e material do ordenamento jurídico ao texto constitucional, como as Ações Diretas de Constitucionalidade das Leis e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;

- as ações que visam garantir a regulamentação, por parte do legislador, dos direitos assegurados constitucionalmente, como o Mandado de Injunção (que pode ser utilizado tanto para a tutela de direito individual, quanto de direito difuso) e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão;

- as ações voltadas para a prevenção e supressão de condutas violadoras dos direitos difusos, como o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Popular, a

Ação Civil Pública e, novamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

As ações de controle da constitucionalidade das leis federais e estaduais correspondem à Ação Direta de Inconstitucionalidade ou ADIn, prevista nos arts. 102, I, a, § 2º e 103 da Constituição, e à Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, também prevista nos arts. 102, I, a, § 2º e 103 da Constituição Federal.

De acordo com o texto constitucional, em seu artigo 103, podem interpor a ADIn e a ADC o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No que se refere à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, a Lei 9.882 de 1999 estabelece o seu cabimento nas situações em que se pretende *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*. Segundo o art. 2º da mesma Lei, são legitimados para propor a ADPF aqueles que possuem legitimidade para a propositura da ADIn.

Por sua vez, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão têm por objetivo a satisfação de um direito garantido constitucionalmente através de uma determinação judicial para que seja suprida a omissão que impede a sua fruição. No caso do Mandado de Injunção, previsto como garantia individual no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, trata-se de omissão do poder legislativo, ou de órgão da administração que esteja encarregado da elaboração de norma regulamentadora, em editá-la.

Em relação à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, cuja referência constitucional se encontra no § 2º do artigo 103 da Constituição Federal, se trata de qualquer medida ó e não apenas de norma regulamentadora ó que deveria ter sido tomada para tornar efetivo o direito legislado.

Enquanto qualquer cidadão pode interpor Mandado de Injunção, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão só pode ser interposta pelos legitimados à propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou Constitucionalidade.

Quanto ao Mandado de Segurança Coletivo, previsto no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, e regulado pelas Leis 1.533 de 1951 e 8.437 de 1992, o mesmo poderá ser manipulado, na defesa dos direitos difusos, por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No caso da Ação Popular, prevista no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e regulada pela Lei 4.717 de 1965, o texto

constitucional garante que *qualquer cidadão é parte legítima para propô-la, com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, (...).*

Quanto à Ação Civil Pública, prevista constitucionalmente como atribuição do Ministério Público no art. 129, III, da Constituição Federal, a Lei 7.347 de 1985, prevê em seu artigo 5º, I e II, que a sociedade poderá reclamar diretamente a tutela do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da livre concorrência, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, através de associações regularmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano. Os outros legitimados são, o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios, e suas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista.

Como se percebe do extenso rol acima descrito, são inúmeras as possibilidades de participação processual voltadas à tutela dos direitos difusos, disponibilizadas pela legislação política. Este rol seria ainda mais extenso se fosse incluído o controle difuso de constitucionalidade, pela via incidental das ações individuais, conforme prevê o sistema jurídico brasileiro. Nestas situações, mesmo que os efeitos da sentença judicial só se estendam aos integrantes da relação processual, é possível que *os efeitos práticos do cumprimento da sentença* assegurem a proteção de direitos difusos pela vedação

da conduta causadora do dano difuso, o que amplia exponencialmente as vias processuais possíveis.

4.1. O sistema de legitimação para a interposição das ações que tutelam os direitos difusos no Brasil

As regras da legitimação para a sua utilização dos diversos tipos de instrumentos processuais voltados à tutela dos direitos difusos apresentam semelhanças e diferenças. A simples leitura dos dispositivos legais que os regulamentam já aponta para certas semelhanças entre todos eles e, ao mesmo tempo, ressalta a diferença na concepção legal de legitimação para a sua propositura.

A título de ilustração da afirmação, enquanto o ato ilegal de autoridade pública, comissivo ou omissivo, lesivo ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, pode ser anulado por força de uma ação popular interposta por um cidadão individualmente considerado, o mesmo efeito só pode ser obtido por meio da ação civil pública se tal reivindicação for veiculada por uma entidade coletiva da sociedade civil (associação civil) ou por um órgão institucional da estrutura do Estado, (Ministério Público, União, Estados, Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista).

É possível que o mesmo ato ilegal seja combatido por mandado de segurança coletivo, se este for interposto por um ente representativo dos

interesses de uma classe profissional ou agrupamento político que lhes represente os interesses enquanto grupo (partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano).

O mesmo tema ó ato ilegal de autoridade pública, comissivo ou omissivo, lesivo ao meio ambiente ou ao patrimônio artístico e cultural ó pode ser objeto das diversas ações voltadas para o controle abstrato da sua pertinência formal e material à constituição. Se a ilegalidade consistir em lei federal ou estadual, novamente, apenas órgãos e instituições representativos da sociedade figuram como legitimados para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Direta de Constitucionalidade para combatê-la (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

O mesmo elenco de legitimados possui competência para interpor Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental quando o ato ilegal de autoridade pública, lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, artístico e cultural restar configurado da solução de *controvérsia constitucional* acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à

Constituição, ou da constatação de que a lesão em questão configura violação de preceito fundamental da Carta Constitucional.

No entanto, se o mesmo ato ilegal consistir em uma omissão, o cidadão individualmente considerado pode combatê-lo mediante Mandado de Injunção, mas, apenas os órgãos e instituições legitimados à Ação Direta de Inconstitucionalidade podem interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Contudo, se o ato ilegal de autoridade pública, comissivo ou omissivo, lesivo ao meio ambiente ou ao patrimônio artístico e cultural, além de configurar ato ilícito, também vier a causar danos à esfera jurídica de um cidadão, o mesmo pode requerer ao judiciário, além da tutela ressarcitória dos danos sofridos, a tutela específica de remoção do ilícito, a tutela inibitória do mesmo, ou, conforme as circunstâncias do caso concreto, a declaração incidental da sua inconstitucionalidade.

Ao ter o seu pedido específico deferido, o cidadão individualmente considerado terá obtido, ao final, o efeito da supressão da ilegalidade em relação aos outros possíveis atingidos pelo ato ilegal, o que possibilita a proteção aos direitos difusos a partir da participação processual direta do cidadão individualmente considerado.

Com este exemplo, fica demonstrado que o sistema processual brasileiro admite duas espécies de legitimidade para a propositura das ações voltadas à tutela dos interesses e direitos difusos, uma individual, através da ação popular,

do mandado de injunção, do controle difuso de constitucionalidade e das ações individuais que exijam a cessação da violação do direito, e outra coletiva, através das outras modalidades de ação citadas. É necessário entender, então, as razões desta diversidade.

Uma possibilidade de explicação é dada pelo histórico dos instrumentos processuais aqui abordados. A Lei que regulamenta a Ação Popular é datada de 1965 (Lei 4717/65), constituindo-se no primeiro instrumento processual criado especificamente para a defesa dos direitos difusos no Brasil. A única restrição à legitimidade de cada membro da sociedade para interpor ação popular foi a exigência legal de que o autor da ação esteja no exercício de seus direitos políticos, recebendo assim a qualificação de cidadão.

Em 1985 é editada a Lei da Ação Civil Pública, cujos objetivos incluíam a tutela de interesses e direitos já amparados pela Ação Popular. Porém, a legitimidade individual para a interposição foi abandonada, sendo substituída pela legitimação de entes coletivos: associações civis, Ministério Público, entes e órgãos públicos. O motivo desta substituição pode ser explicado, entre outras razões, pelos rumos conceituais tomados a partir da intensificação da discussão nacional e estrangeira em torno dos interesses difusos, assim como pelas impressões extraídas do direito comparado em países de legislação pioneira sobre o tema.

A edição da Lei da Ação Civil Pública reflete a consolidação da idéia de que os interesses metaindividuais não podem ser tutelados, quanto à legitimação

para agir, da mesma forma que os interesses individuais, dada sua natureza diversa. Por essa razão, a legitimação individual, característica da tutela dos interesses individuais, foi tida como inadequada à tutela dos interesses difusos.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a mudança de posição do legislador nacional em relação à legitimação para a interposição das ações voltadas à tutela dos direitos difusos deveu-se ao reconhecimento de que o ente coletivo possui maiores e melhores condições de defender os interesses metaindividuais.

(...) a escolha feita pelo legislador levou em consideração aspecto muito importante do devido processo legal, qual seja, a legitimidade para agir deveria ser escolhida ou determinada pelas melhores chances de exercício do devido processo legal processual. Isso significa que os entes coletivos escolhidos pelo legislador seriam, pelo menos em tese, adversários muito mais difíceis de serem batidos pelos fortes oponentes que certamente ocupariam a posição de réu num processo coletivo. O ente coletivo em juízo seria uma forma de por as partes em igualdade real no processo. Isso significava dizer que a escolha do rol de legitimados levou em consideração a legitimidade em função do contraditório e do procedimento, ou seja, os escolhidos ó independentemente de a quem pertencesse a titularidade do direito material ó teriam maiores e melhores condições de proteger o direito coletivo ó mais até do que um dos próprios titulares do direito, caso, por exemplo, o cidadão pudesse ajuizar a demanda. Essa escolha feita pelo legislador dá bem a noção da superação dos dogmas do privatismo que permeava o direito processual civil, pois a preocupação da escolha recaiu sobre os entes que melhor pudessem alcançar um resultado justo e efetivo.¹¹⁷

Há alguns problemas com a justificativa apresentada por Rodrigues, pois ela parte do pressuposto de que a jurisdição é insensível aos argumentos jurídicos trazidos pelas partes quando as mesmas não possuem o mesmo *status* ou poder social, institucional ou econômico, assim como parte da compreensão de que o processo judicial não confere as mesmas garantias às partes que não se apresentem em condições sociais equânimes, ou seja, o procedimento judicial

¹¹⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. IN: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 279.

reproduz internamente as desigualdades que marcam os sujeitos no âmbito social.

O mais grave da afirmação é que ela parte do pressuposto de que a jurisdição concebida desta forma era uma realidade concreta à época da edição da Lei da Ação Civil Pública, e, mais do que isso, uma realidade aceita pela sociedade, a ponto de que o seu reconhecimento foi determinante para que não só os doutrinadores encarregados da elaboração do anteprojeto de lei da ação civil pública, como os legisladores que a aprovaram, pensarem a legitimação para a sua interposição de forma que fosse possível superar um procedimento judicial e uma jurisdição igualmente incapaz de reconhecer a procedência dos interesses difusos se, na relação jurídica processual, os mesmos fossem defendidos por um indivíduo, contra uma indústria multinacional, por exemplo.

Se a justificativa for realmente essa, para a solução deste problema o legislador teria que reformular o papel da jurisdição, assim como o próprio procedimento judicial, já que os mesmos, em si, é que não seriam aptos ao processamento dos feitos envolvendo direitos difusos. A interposição coletiva funcionaria, assim, apenas como um paliativo para um problema muito maior e muito mais grave, representado por um procedimento jurisdicional cego (e surdo) aos argumentos jurídicos apresentados por uma parte mais *frágil* que a outra, mesmo que procedentes, ante os *fortes oponentes* que se encontrassem na posição de réus. Apenas neste caso é que seria necessário *por as partes em igualdade real no processo*.

A fragilidade desta justificativa se agrava ainda mais quando Rodrigues justifica a escolha dos entes coletivos pelo legislador como uma *superação dos dogmas do privatismo que permeava o direito processual civil, pois a preocupação da escolha recaiu sobre os entes que melhor pudessem alcançar um resultado justo e efetivo*. Ocorre que é justamente o paradigma privatista que iguala formalmente as partes no processo, de forma insensível às suas desigualdades reais, em nome de uma fictícia igualdade processual. Apenas no contexto de um processo pensado nos moldes privados e individuais que caracterizam o paradigma jurídico liberal é que as partes precisam ter igualdade de fato, para que a igualdade processual formal seja mais do que mera ficção. E apenas no contexto de uma sociedade que não possui o menor interesse na superação deste paradigma é que se apresenta, como solução para a fictícia igualdade processual formal, a equiparação real das partes como única possibilidade de *alcançar um resultado justo e efetivo*.¹¹⁸

A posição de Rodrigues não é unívoca na doutrina. Mancuso apresenta outras razões para a mudança de posição em relação à legitimação para a propositura das ações voltadas à tutela dos interesses e direitos difusos. Segundo Mancuso

¹¹⁸ Marinoni aponta os desdobramentos do paradigma individualista que caracteriza o liberalismo, que denomina de modelo do Estado liberal, para a definição do papel da jurisdição, quando a igualdade era tida como *garantia de liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas*. IN: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 27. Neste sentido, somente no contexto do paradigma liberal de jurisdição, marcado pela equiparação formal de indivíduos desiguais perante a corte, sem levar em consideração as distinções reais entre os mesmos, é que se fundamenta a idéia de que as distinções sociais, se possível, devem ser evitadas, para que o igualamento artificial e formal característico do paradigma liberal não produza mais desigualdades.

*Tratando-se de interesses difusos, o ideal seria que a legitimação fosse também difusa, isto é, aberta a todos os interessados. O instrumento processual hábil seria a *vestuta actio popularis*, do direito romano, através da qual, os cidadãos ó *civis de populo* ó participavam da *res publica*, esta englobando o erário, a ordem pública, a família, a gens e os valores morais e religiosos ó as *rei sacrae* da comunidade. (...) De maneira geral, registram-se em diversos países, experiências idênticas ou similares à ação popular, tendentes a permitir a legitimação *difusa*, isto é, o controle jurisdicional dos interesses difusos através da iniciativa de qualquer um do povo. (...) a adoção do modelo da ação popular como instrumento para a tutela dos interesses difusos, se, por um lado, serve à nobre causa da participação popular através da justiça, apresenta, porém, alguns inconvenientes, reconhecidos pela doutrina. Em primeiro lugar, ela se apresenta como *õfaca de dois gumesö*, porque, se não for contida em certos limites, poderá ser utilizada para fins de retaliação, ou por espírito de emulação, onde a alegada proteção do interesse público aparecerá como *õfachadaö*, mal disfarçando interesses egoísticos ou de grupos. Em segundo lugar, há o risco de a ação vir a ser intencionalmente mal proposta, justamente para se obter uma sentença de improcedência, e, assim, jogar-se-á uma pá de cal sobre o assunto. Finalmente, é possível que esse tipo de ação, ao invés de configurar uma colaboração, acabe por ser fator de perturbação da boa ordem dos serviços, quando não é ajuizada por motivos sérios e relevantes.*¹¹⁹

Mancuso apóia suas afirmações na doutrina e na experiência estrangeira

sobre o tema

*Se a outorga de legitimação difusa (a todos os indivíduos, indistintamente) atende ao objetivo de participação popular na administração da justiça, como um instrumento de democracia participativa, por outro lado, pode-se questionar se essa escolha é realmente a mais adequada, pelos riscos iminentes à generalização desse poder de agir. Como diz Vincenzo Vigoriti, constitui um grave rischio a outorga dessa iniciativa a õqualquer do povoö, na medida em que o Estado fica õsenza alcuna possibilita di verificare se questi sai davvero in grado di tutelare l'interesseö, equivalendo a uma õrinunzia a chiedere all'attore garanzie di serietà e di continuità nella tutela dell'interesse protettoö. A única diferença entre o autor da ação coletiva e os demais integrantes da classe ou da comunidade é que aquele agiu primeiro, mas daí não resulta, necessariamente, que ele seja õcolui che potrebbe esercitarla meglio di altriö.*¹²⁰

Observa ainda o autor

É claro que se trata de uma opção em nível político essa escolha entre outorgar a legitimação de forma difusa a todos os interessados ou somente a alguns grupos sociais determinados ou determináveis. Adotando este último critério, o poder público procura se precaver contra eventual abuso na utilização indiscriminada das ações que visam a tutela de interesses concernentes à coletividade. Em alguns países, como a França, há mesmo um temor de que as ações õcoletivasö possam

¹¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 2004, p. 190-191.

¹²⁰ Idem, *ibidem*, p. 206.

*õdegenerarõ em ações populares. De outra parte, a outorga da legitimação para agir a grupos organizados, personificados, sobretudo às associações de õdefesaõ, permite um controle estatal a priori sobre a idoneidade e honestidade de propósitos dessas associações.*¹²¹

Há três tipos de argumentos que se entrelaçam nesta linha de raciocínio. O primeiro, de que a interposição coletiva seria a solução para a utilização indevida do instrumento processual porque o Estado teria como realizar um controle prévio sobre a idoneidade da parte autora. O segundo, de que a interposição coletiva resolveria o problema da representatividade, por significar que ao menos um grupo, ou um ente ou órgão público voltado à proteção da sociedade, avaliza a interposição do pleito judicial. O terceiro, de que a legitimação individual levaria a uma banalização do instrumento processual, um abuso permitido pelo franqueamento da legitimação *a qualquer do povo*.

Quanto ao primeiro argumento, o autor não explica como o *controle a priori* pode garantir que não haja desvios ou objetivos particulares, ou mesmo políticos, disfarçados como fatores impulsionadores da manifestação dos entes coletivos, mesmo os institucionais. Nos moldes do processo atual, esse é um tipo de controle que só pode ser realizado satisfatoriamente no curso do processo, sob pena de se negar o acesso à justiça por suspeitas prévias que demandam um procedimento judicial para sua apuração. Se a devida utilização da via processual só pode ser corretamente verificada em juízo, isso significa que, processualmente, não faz a menor diferença se aquele que interpõe a ação é um

¹²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 2004, p. 213.

indivíduo ou um ente coletivo, pois a legitimidade do seu pleito terá que se verificada de qualquer maneira, o que demonstra a incoerência deste argumento.

O segundo argumento, que vê no ente coletivo a garantia de que a demanda é realmente difusa, deve ser analisado sob duas perspectivas. A primeira é a de que nada obsta que um indivíduo defenda verdadeiramente direitos difusos, assim como não há garantias de que entes coletivos não litiguem apenas em interesse próprio. Tal como no primeiro argumento, a verificação da procedência e da legitimidade dos interesses pleiteados será efetuada apenas no curso do procedimento judicial, pelo que, não há razões para, por tal motivo, restringir a legitimação individual.

A segunda perspectiva diz respeito à possível compreensão do ente coletivo como uma espécie de amostragem da sociedade, o que o legitimaria à interposição de ação voltada à tutela dos interesses e direitos difusos. Sobre este ponto, é necessário relembrar a já referida observação de Owen Fiss sobre a equivocada percepção das coletividades (e, nesse sentido, os entes coletivos que as representam) como agrupamentos uniformes, onde não existem divisões internas e formas diferentes de conceber os direitos. As considerações de Fiss demonstram o quanto é precipitado tratar os entes coletivos, *a priori*, pelo simples fato de sua natureza coletiva, como aptos para a representação da sociedade na defesa dos direitos difusos.

Novamente, apenas os argumentos apresentados pelas partes, as provas capazes de comprovar as suas alegações, a formação de uma legítima discussão

jurídica em torno da lide, enfim, as especificidades de um procedimento judicial legítimo, são capazes de demonstrar a legitimidade da parte autora.

Enfim, o terceiro argumento, que versa sobre a utilização indiscriminada da via processual, se apresenta como contrário ao próprio sentido da jurisdição. Se há um aumento na litigância devido à permissão para a interposição individual de ações voltadas à tutela dos interesses e direitos difusos, significa que havia antes uma litigância reprimida, liberada pela ampliação da legitimação, que deve ser tutelada pela jurisdição.

Portanto, todas as possíveis derivações das razões apresentadas por Mancuso não se justificam racionalmente como motivos para a substituição da legitimação individual que caracteriza a ação popular pela legitimação coletiva que é conferida à ação civil pública. A justificativa mais coerente para a mudança é a influência da experiência estrangeira, especialmente do direito norte-americano, dado que a Lei da Ação Civil Pública é confessadamente inspirada nas *class actions* americanas¹²². Porém, existe ainda, uma outra justificativa, de natureza essencialmente processual, que nos doutrinadores analisados aparece apenas sugerida.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a mudança de posição do legislador em relação à legitimação para a interposição de ações voltadas à tutela dos direitos difusos deveu-se, também, ao fato de que o legislador preferiu

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. IN: MILARÉ. Edis (coord.). *Ação Civil Pública ó Lei 7.347/85 ó 15 anos*. São Paulo: Rt, 2002.

*não manter a experiência da ação popular, por entender, naquele momento, que a ação civil pública não poderia ter a sua função desviada para um papel político participativo do cidadão, e, mais ainda, porque a ACP não teria sido criada para controlar os atos da administração pública.*¹²³

Esse argumento contém uma razão não revelada expressamente, mas que pode justificar, do ponto de vista processual, a referida mudança de posição do legislador em relação ao tema. Com efeito, do reconhecimento da natureza política da ação popular decorre a compreensão de que aquele que a interpõe está no exercício de um direito de participação política direta, um *direito primário decorrente da soberania popular, de que ele é titular, como qualquer outro cidadão.*¹²⁴

Assim, quanto à ação popular, há a idéia de que o seu autor está no exercício de um direito político cuja titularidade é sua, ou seja, do seu direito subjetivo, e, portanto, um direito cuja defesa e exigência judicial pode ser feita de forma individual. Porém, com o advento da ação civil pública, cuja proteção se estende a outros interesses difusos além dos previstos como objeto da ação popular¹²⁵, se firma o entendimento de que o titular do direito difuso é a coletividade, de onde decorre a compreensão de que a legitimação processual para a tutela dos direitos difusos, por conseguinte, deve ser diferenciada.¹²⁶

¹²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. IN: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 279.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: RT, 1978, p. 195.

¹²⁵ Enquanto a ação popular tem por objeto a proteção ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, a ação civil pública tem por objeto a tutela do meio ambiente, do consumidor, dos bens estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, da ordem econômica e da economia popular, da ordem urbanística, além de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

¹²⁶ *Visto ser o processo civil tradicional um instrumento de tutela de posições jurídicas individuais, é natural que, ordinariamente, coincidam numa mesma pessoa as figuras do titular do interesse e do legitimado (= aquele a quem a norma confere o poder de agir), razão pela qual tal legitimação chama-se ordinária. Esse*

Mancuso assim se manifesta sobre a titularidade do direito subjetivo de natureza pública tutelado pela ação popular

...na ação popular brasileira o autor não é ãrepresentanteö, mas exerce o seu direito subjetivo público à proba e eficaz administração da coisa pública (ou, se se quiser, a sua quota-parte nesse interesse geral). No caso brasileiro, a ação é aberta a ãqualquer cidadãoö, isto é, a causa está na cidadania devendo o autor ser cidadão-eleitor, isto é, estar no gozo dos direitos políticos.¹²⁷

A observação de Mancuso é importante porque introduz o conceito de direito subjetivo público como resultado do reconhecimento jurídico do exercício da sua parcela de interesse geral, para definir os direitos que assistem a cada um e a todos ao mesmo tempo. Tal solução permite pensar que, quanto à ação civil pública, também é possível falar em direito subjetivo público, o que não justifica a mudança de posicionamento.

Porém, a compreensão da ação popular como um instrumento de participação política direta e individual, pode, inclusive, justificar o motivo pelo qual todos os instrumentos processuais voltados à tutela dos interesses e direitos difusos, criados após a ação civil pública, obedecem à mesma lógica de legitimação de entes coletivos para a sua propositura, exceto o mandado de injunção, que tem por objeto a omissão legislativa que impede o gozo de direitos individuais e políticos.¹²⁸

esquema, porém, não pode ser trasladado perfeitamente à legitimação para agir nas ações ãcoletivasö, onde o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública da Lei 7.347/85. E isso porque, simplesmente, não se vai encontrar o ãtitularö, o ãdonoö do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua ãpartiçãoö ou ãfracionamentoö (a chamada ãindivisibilidade do objetoö), e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos ãtitularesö (a chamada ãindeterminação dos sujeitosö). IN: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: RT, 2007, p. 1043-104.

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 2004, p. 199.

¹²⁸ CRFB, Art. 5º. (...)

A pergunta que deve ser feita após a exposição do tema, é se há razões suficientes que justifiquem a legitimação somente de entes coletivos para a interposição de ações voltadas à tutela dos interesses e direitos que são de todos, principalmente em um sistema onde está comprovado que em grande parte, há ações individuais que tutelam o mesmo objeto, ou que os efeitos conseguidos por tais ações, quanto à cessação da violação ou da ameaça, também podem sê-lo por intermédio de ações individuais.

Se os direitos difusos têm como titular a sociedade como um todo e se cada um dos membros da sociedade possui um direito subjetivo público em relação ao direito difuso, o exercício da jurisdição é garantia que a todos deve assistir, como direito de exigibilidade e defesa do direito difuso, daí resultando que a verificação da legitimidade do pleito veiculado pela parte autora, como dito, é tarefa para o juiz, no curso do procedimento jurisdicional.

Fica claro que o sistema atual é uma tentativa de viabilizar um modelo de litigância próprio aos direitos difusos, que funcionasse como um contraponto ao modelo individualista. Como, no paradigma individual, titularidade, interesse, direito subjetivo enquanto direito individual, e direito material violado se confundem, é razoável que, quanto à tutela jurisdicional de novos direitos de titularidade coletiva, interesse geral, direito subjetivo público e inexigibilidade de dano individual, se tenha pensado em um novo modelo de litigância, graças

LXXI: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

ao qual, desde a legitimação para a propositura da ação, o paradigma individualista fosse superado.

Porém, nunca é demais lembrar que, sob qualquer um dos dois tipos ou sistemas de legitimação, quer individual, quer coletivo, os problemas anteriormente suscitados (quanto aos paradigmas e à representação) em relação à tutela dos direitos difusos, permanecem intocados.

4.2. A restrição à participação individual

O ítem anterior sugere que, se é possível defender direitos difusos pela via da participação processual direta do cidadão individualmente considerado, não há razões que justifiquem a restrição da legitimação individual para a interposição dos instrumentos processuais criados e destinados especificamente para a tutela daqueles direitos. Conclusão neste sentido ganha força quando se constata que há, na atual legislação, ao menos dois instrumentos processuais especificamente criados para a tutela coletiva que admitem a legitimação individual para a sua propositura, que são a Ação Popular e o Mandado de Injunção.

A participação direta nos três poderes do Estado é, sem dúvida, o pressuposto de uma democracia comprometida com a realização dos direitos humanos e com o primado da soberania popular. Portanto, em princípio, os meios de participação devem ser os mais amplos e, do ponto de vista deliberativo, qualquer restrição à participação direta não pode ser sustentada.

Se a participação processual garante a discursividade legitimadora da decisão judicial, a restrição à participação direta da sociedade significa a restrição das possibilidades argumentativas do discurso jurídico. Assim, a menos que haja boas razões ó normativas, não funcionais ó em seu favor, a restrição da legitimação para a propositura das ações acima referidas, por representar uma limitação à participação processual democrática, retira a legitimidade do atual modelo de legitimação processual.

Ao estabelecer requisitos limitadores da possibilidade de participação processual, o legislador, além de criar um obstáculo à utilização do instrumento, aponta no sentido de que esta participação não é tão direta e de que esta democracia não é tão comprometida com a realização dos direitos humanos e com a soberania popular, como o texto constitucional faz parecer.

Tal impressão é reforçada pelo fato de que, quase duas décadas após a publicação da Constituição Federal, o mandado de injunção - um dos dois instrumentos processuais que asseguram a participação processual direta do cidadão individualmente considerado na defesa de direitos que podem ter, ao mesmo tempo, conotação individual ou difusa ó ainda não possui lei regulamentadora, o que obriga à utilização subsidiária da lei do Mandado de Segurança quando da sua interposição, e deixa em aberto os efeitos que podem

ser produzidos a partir de uma sentença de reconhecimento do pedido formulado em seus termos.¹²⁹

A falta de lei regulamentadora do mandado de injunção contra omissão legislativa lesiva ao exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cria uma surpreendente situação para a sociedade brasileira, que precisaria de um mandado de injunção para sanar a omissão lesiva, consistente na ausência da lei regulamentadora dele mesmo.

Mesmo ficando claro que o maior problema a ser resolvido, no que concerne aos direitos difusos, é a superação do paradigma individualista de procedimento judicial, para que se possa obter legitimidade no paradigma apresentado em juízo e na representação, é necessário constatar se há razões normativas que justifiquem a restrição da participação processual individual, ou se ao contrário, por não se justificar, tal restrição serve às razões funcionalistas, que permitem a colonização do mundo da vida pelos sistemas.

Como visto, por todas as razões anteriormente apresentadas, não se justifica racionalmente a restrição à legitimação individual para a propositura das ações voltadas à tutela dos interesses e direitos difusos. Diante de tal constatação, surge dúvida razoável acerca da legitimidade das regras da

¹²⁹ *Nos termos do parágrafo único do artigo 24 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, até que se edite norma procedimental específica para o mandado de injunção, deverá ser observado o rito do mandado de segurança. (...) Por ser uma adaptação, a opção legislativa acaba por criar alguns problemas, diante das particularidades do mandado de injunção, não sendo possível aplicar as mesmas regras, a nosso sentir, quanto à legitimidade (especialmente a passiva) e a coisa julgada, o que inclusive causa divergência doutrinária em escala. IN: MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de Injunção*. DIDIER Júnior, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 138.*

participação processual voltada para a tutela dos direitos que são de todos, pois, por não garantirem a democracia direta a que se propõem, terminam por funcionar apenas como neutralização ideológica dos conflitos sociais, através de uma aparência de efetivação plena dos pressupostos democráticos.

Com efeito, a participação processual direta na defesa dos direitos difusos, na forma como se encontra estruturada, apesar de conseguir apenas uma feição de realização da democracia participativa, parece satisfazer à sociedade, pois não comprometeu, até então, a manutenção do equilíbrio social. Ocorre que esta aparente legitimação democrática acaba por garantir a reprodução dos imperativos sistêmicos, pois impede o amplo acesso da sociedade a um dos meios de exigir a efetivação dos direitos humanos, que é a tutela jurisdicional. Impede também que a discussão em torno dos paradigmas jurídicos seja possibilitada a todos, o que possibilita a reprodução do paradigma dominante por intermédio do direito.

Este resultado só é possível por localizar a aparência de realização da democracia justamente no sistema jurídico, dada a ambigüidade do direito. Como já afirmado, segundo Habermas, o direito possui uma função integradora nas sociedades modernas porque se interliga tanto com os imperativos sistêmicos poder administrativo e dinheiro, quanto com a solidariedade, se constituindo por isso como o *médium* de integração destas sociedades. Mas, pode ocorrer que esta função integradora seja sutilmente subvertida e o direito sirva como força legitimadora dos imperativos sistêmicos, por isso, nem mesmo

o direito legislado legitimamente, no caso, as regras de participação processual, pode ser imunizado contra a crítica.

Assim, o processo judicial adequado ao correto processamento das lides constituídas em tona de direitos difusos exige não só um procedimento capaz de assegurar a discussão em torno dos paradigmas jurídicos e da representatividade, como impõe a permissão de participação de todos os interessados na questão, já que é impossível justificar racionalmente e, portanto, conferir legitimidade, a um procedimento que restringe a participação daqueles que são os titulares dos direitos em disputa, por razões que, por sua vez, também não se justificam normativamente.

No entanto, deve ser ressaltado que já há projeto de modificação do sistema de legitimação à propositura das ações voltadas à tutela dos direitos difusos, tanto no direito interno, quanto, enquanto indicativo, para o sistema processual dos países da íberoamérica, para acolher a previsão de interposição de tais instrumentos processuais por qualquer do povo.

Em setembro de 2003, durante o Congresso Mundial de Direito Processual realizado no México, foi publicado o *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*. Em outubro de 2004, o anteprojeto foi aprovado como projeto nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizadas na Venezuela. Este Código tem por objetivo servir de modelo a futuras reformas da legislação procesual dos países da ibero-américa, *de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e*

*direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.*¹³⁰ Quanto à

legitimação, o código dispõe:

*Art. 3º. Son legitimados concurrentemente a la acción colectiva:
I ó el ciudadano, para la defensa de los intereses o derechos difusos;
II ó el miembro del grupo, categoria o clase, para la defensa de los intereses o derechos colectivos e individuales homogêneos;
III ó el Ministério Público;
IV ó las personas jurídicas de derecho publico interno;
V ó las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aunque sin personalidad jurídica, especificamente destinados a la defensa de los intereses y derechos por este código;
VI ó las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos um año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos en este código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea.
§ 1º El requisito de la pré-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifesto interes social evidenciado por la dimensión o característica del dano, o por la relevância Del bien jurídico a ser protegido.
§ 2º Será admitido el litisconsórcio facultativo entre los legitimados.
§ 3º El Ministério Público, si no promoviera la acción o no interviniera em el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal da ley.
§ 4º Em caso de inexistência del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o abandono de la acción por persona física o asociación legitimada, el juez notificará al Ministério Público y, em la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.
§ 5º El Ministério Público y los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajuste de su conducta a las exigências legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial.*

Das observações devem ser feitas em relação a este anteprojeto de código coletivo. A primeira diz respeito à extensão da legitimação para a interposição das ações coletivas a todo cidadão. A segunda diz respeito à competência para a verificação da representação, se adequada ou não, conferida ao juiz. Quanto ao primeiro ponto, apesar do projeto exigir a qualificação da cidadania, o avanço é evidente, por todas as razões já expostas anteriormente. Quanto ao segundo, alguns podem tomá-lo como uma concentração excessiva

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América ó Exposição de Motivos*. IN: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

de poderes nas mãos do juiz. Porém, no contexto de um procedimento judicial legítimo, onde as partes participam equânime e livremente da discussão jurídica, junto com o juiz, não há espaço para arbitrariedades.

Na verdade, o controle da representação adequada pelo juiz fazia parte da primeira proposta de anteprojeto de Lei da Ação Civil Pública, conhecido como projeto Bierrenbach (em homenagem ao parlamentar que o apresentou à Câmara dos Deputados), por influência do sistema das *class actions* norte-americanas.¹³¹ Porém, a proposta inicial foi alterada dando origem a um novo anteprojeto, onde o controle da representação adequada foi condicionado ao preenchimento dos requisitos objetivos estabelecidos em lei, nos moldes do sistema francês de tutela dos direitos difusos, representado pela Lei Royer, de 1973.¹³²

Em um segundo anteprojeto de código coletivo, desta feita, não um código modelo, mas um código que se pretende publicado como legislação interna, o *Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, de dezembro de 2005, são previstos ainda mais avanços, pois, entre outros legitimados, em seu artigo 19, a legitimação para a interposição das ações coletivas foi estendida a

I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência;
b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;
c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.
(...).

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Liminad, 1984

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 104.

Como é possível perceber, o anteprojeto do Código Coletivo nacional sequer exige a qualificação da cidadania, expandindo a legitimação ativa para qualquer do povo no exercício apenas de seus direitos civis. No entanto, é necessário ressaltar que tal código não tem em vista as ações de controle de constitucionalidade. Ada Pellegrini Grinover justifica a ausência dessas ações de por entender que as mesmas não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas.¹³³

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos ó Exposição de Motivos*. IN: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

CONCLUSÃO

O móvel desta dissertação foi o interesse pela participação do povo no âmbito do judiciário. A imagem de um judiciário próximo e aberto às necessidades da população, acessível a todos que dele precisarem para defender ou fazer valer os seus direitos, principalmente quando se tratam de direitos que assistem a toda sociedade, e de sentenças corretas que os reconheçam e lhes garantam efetividade, serviu de motivação para o estudo do tema.

A abordagem teórica da participação processual se encontra em um ponto de interseção entre uma teoria política e social e uma teoria do direito, pelo que, foi necessário iniciar pela teoria social de Habermas, para então transitar para sua teoria política e dela para a sua teoria sobre o direito.

Nos termos de uma teoria discursiva, a correção da decisão judicial decorre não apenas da racionalidade da legislação, mas, também da reprodução, no âmbito do discurso jurídico, das condições do discurso racional, desde que observadas as limitações pragmáticas que incidem sobre o discurso jurídico, limitações essas que decorrem da especificidade do discurso jurídico, que, voltado para questões de decidibilidade, não pode se desenvolver sob os mesmos pressupostos da ética do discurso.

Mesmo limitado pelas imposições pragmáticas do discurso jurídico, nele, assim como nos discursos práticos em geral, a argumentação é necessária à justificação racional e à correção da decisão judicial, e é neste aspecto que o

discurso jurídico se conecta com a participação política, essencial para a justificação racional e legitimidade da decisão judicial. Sem a garantia de que todos os interessados participem da discussão jurídica e nela apresentem suas razões, a decisão judicial não se justifica racionalmente e, portanto, não é legítima.

Assim, a legislação processual deve ser submetida à crítica, para que se verifique se a participação processual prevista na legislação é capaz de garantir um procedimento legítimo. No caso da legislação nacional, há duas situações que não se justificam racionalmente, a primeira, referente ao procedimento judicial atual, calcado no paradigma individual, insuficiente para o processamento de lides formuladas em torno dos direitos difusos, pois impede que a necessária discussão em torno dos paradigmas jurídicos que serão apresentados em juízo, e em torno da representação adequada, aconteçam.

A segunda, referente à restrição à participação individual na maioria das ações processuais voltadas à tutela dos direitos difusos, não se justifica racionalmente. Apesar de existir um indicativo de mudança, consistente em um anteprojeto de código de processo coletivo em que está prevista a ampliação da legitimação a qualquer membro da sociedade, esta ampliação não se estende a todas as ações que podem ser utilizadas para tutelar interesses e direitos difusos, pois ficaram de fora as ações de controle de constitucionalidade.

Assim, a reflexão em torno do tema da participação processual não pode ser encerrada, nem mesmo quando o código de processo coletivo for

promulgado, dada a essencialidade da participação de todos os interessados, ou de seus representantes legítimos, em qualquer procedimento judicial em que seus interesses ou direitos estejam sendo discutidos. De igual modo, apenas a continuidade da reflexão em torno da insuficiência do procedimento judicial pautado no paradigma liberal para a tutela de direitos difusos é capaz de criar uma discussão racional sobre o tema, cuja conclusão represente a vitória das melhores razões.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. *A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

APPIO, Eduardo Fernando. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

AVRITZER, Leonardo. **A Moralidade da Democracia**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios Sobre a Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **A Citizen action Norte-americana e a tutela ambiental**. Porto Alegre: Revista AJURIS. Ano XVIII. Nº 53, novembro-1991.

BRONSTEEN, John. FISS, Owen. **The Class Action Rule**. IN: Notre Dame Law Review, vol 78:5, 2003.

BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E. P. (organizadores). **Compêndio de Filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

COELHO, André. **Deliberativismo Judicial: aplicação da teoria da democracia deliberativa para fundação da legitimidade da decisão judicial**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. IN: Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FISS, Owen. **The new Procedure**. IN: The Constitution and the Regulation os Society. Gary Bryner and Dennis Thompson eds., 1988. p. 129-145.

_____. **The Political Theory os the Class Action.** IN: Washington and lee Law Review. V. 53, nº 1. 1996. p. 21-31.

FUX, Luiz e outros (Coordenadores). **Processo e Constituição.** Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.** IN: MILARÉ. Edis (coord.). Ação Civil Pública ó Lei 7.347/85 ó 15 anos. São Paulo: RT, 2002.

_____ (coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos.** São Paulo: Max Liminad, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia.** Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 3(3); 105-122, jan./jun. 1995.

_____. **Racionalidade e Comunicação.** Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. **L'antégration Républicaine.** Essais de théorie politique. Librairie Arthème Fayard, 1998.

_____. **Introduction.** IN: Ratio Juris. Vol. 12, n. 4, Dez., 1999.

_____. **Pensamento Pós-metafísico.** Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Teoría y Praxis.** Estúdios de filosofia social. 4ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 2002.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia.** Entre facticidade e validade. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia.** Entre facticidade e validade. T. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria de la Accion Comunicativa.** T. I. 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003.

_____. **Teoria de la Accion Comunicativa.** T II. 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003.

_____. **A Inclusão do Outro.** Estudos de teoria política. 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Une époque de transitions. Écrits politiques (1998-2003).** Fayard, 2005

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **A Metafísica dos Costumes.** São Paulo: EDIPRO, 2003.

MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da Ação - Com ênfase à Ação Civil Pública para a Tutela dos Interesses Difusos.** Curitiba: Juruá, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular.** Proteção do Erário, do Patrimônio Público, da Moralidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Interesses Difusos.** Conceito e legitimação para agir. 6ª edição. São Paulo: RT, 2004.

_____. **A Ação Civil Pública.** Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luís Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos.** IN: FUX, Luiz e outros (Coordenadores). Processo e

Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa
Moreira. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo
Civil. V. 1. São Paulo: RT, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Mandado de Injunção**. DIDIER Júnior, Fredie (org.).
Ações Constitucionais. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito
Comparado e Nacional**. São Paulo: RT, 2002.

MICHELMAN, Frank. **Conceptions of Democracy in American
Constitutional Argument: Voting Rights**. Florida Law Review, 41, 1989, p.
44.

MILARÉ, Edis. **A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional**. São
Paulo: Saraiva, 1990.

_____. (Coordenador). **Ação Civil Pública**. Lei 7.347/1985 ó 15 anos.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. (Coordenador). **A Ação Civil Pública**. Após 20 anos:
efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Ação Popular no Direito Brasileiro como
Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos**. IN:
Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação Civil Pública**. Fundamentos da
Legitimidade Ativa do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado,
2005.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, João Carlos de Carvalho (Coordenador). **Ação Civil Pública**. 20 anos
da Lei 7.347/85. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública**. IN: DIDIER JÚNIOR,
Fredie (org.). Ações Constitucionais. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

ROUSSEAU, Jean J. **O Contrato Social**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes,
1999.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta.** Revista de Processo, n. 82.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional.** São Paulo: RT, 1978.

SIMMONDS, N. E. **Filosofia do Direito.** IN: BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E. P. (organizadores). *Compêndio de Filosofia.* São Paulo: Edições Loyola, 2002.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.