



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SOLON FLORES BESSONY DE SOUSA**

**A INVESTIGAÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSENSUAL NO  
ÂMBITO DOS PROCESSOS COLETIVOS À LUZ DO  
ENTENDIMENTO DE JÜRGEN HABERMAS**

Salvador  
2021

**SOLON FLORES BESSONY DE SOUSA**

**A INVESTIGAÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSENSUAL NO  
ÂMBITO DOS PROCESSOS COLETIVOS À LUZ DO  
ENTENDIMENTO DE JÜRGEN HABERMAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Albagli Nogueira

Salvador  
2021

**TERMO DE APROVAÇÃO****SOLON FLORES BESSONY DE SOUSA****A INVESTIGAÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSENSUAL NO  
ÂMBITO DOS PROCESSOS COLETIVOS À LUZ DO  
ENTENDIMENTO DE JÜRGEN HABERMAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2021.

À Família Flores.

## AGRADECIMENTOS

Aproveito esse espaço para registrar neste trabalho meus sinceros agradecimentos a cada um que me motiva a continuar lutando pelos meus sonhos. Vocês são fonte de ânimo e alegria constantes. Desde já, muito obrigado.

À Juliana de Oliveira Flores e Guiomar de Oliveira Flores, com muito amor e saudades, e à Maria Mariana Flores Bessony de Sousa e Ana Paula Cordeiro Ashton, agradeço por me ensinarem tanto diariamente, por acreditarem em mim, e, acima de tudo, pelo amor e carinho.

A Rodolfo e Ramiro Flores, meus filhos de quatro patas.

À Ana Carolina de Moraes Lara Tavares, Letícia de Oliveira Santos e Rebeca Martins Araújo, por sempre estarem ao meu lado, me apoiarem e por compartilhar comigo amizades tão genuínas.

À Erika Sousa Dias e Stephanie dos Santos Silva, por sempre me motivarem. Ainda, à Marineuma Arruda, pela dedicação, compromisso e empatia.

Aos demais amigos, pela diversão e leveza que trazem à rotina e por marcarem minha vida com muita alegria.

À Cláudia Albagli Nogueira, a melhor tutora que eu poderia ter, referencial profissional nas minhas atividades acadêmicas, meus agradecimentos por todos os aprendizados e oportunidades. Ainda, obrigado também aos outros professores que me acompanharam nas atividades de monitoria durante a graduação, Marcus Seixas Souza, Dirley da Cunha Júnior e Rudá Santos Figueiredo. Agradeço aos quatro por contribuírem com o sonho da docência.

À Procuradoria Geral do Município de Salvador, ao Ministério Público do Estado da Bahia e à Faculdade Baiana de Direito, pelas oportunidades de estágio tão enriquecedoras para a minha graduação.

Às minhas tias de coração, Fátima Fernandes, Lourdes Dutra, Otaviana Pacheco, e familiares, obrigado por todas memórias durante minha infância e adolescência e por cultivarem esse laço fraternal em minha vida.

Amo vocês.

*Standing at the gate  
I come here every day  
Just to see your face  
Just to hear you say  
"There's no need to wait  
We will be okay  
'Cause finally there's a way  
To be both free and safe"*

Caroline Polachek

## RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva analisar o processo judicial coletivo sob a óptica dos estudos do alemão Jürgen Habermas acerca do Direito, investigando de que maneira o processo coletivo permite com que todos os envolvidos possam participar do processo de legitimação da decisão e verificando de que modo o processo coletivo pode ser potencializado para concretizar o ideal de um Direito mediador de uma democracia deliberativa. Partindo da noção habermasiana sobre um procedimento para a elaboração da norma jurídica que seja construído discursivamente, mediado pelo agir comunicativo e que é voltado para um entendimento comum entre os participantes, busca-se comparar tal teoria procedimentalista do autor com o processo judicial coletivo, afirmando a criação de estruturas deliberativas, por meio da realização de audiências públicas e institutos correlatos, que representem meios de aumentar a participação de todos aqueles vinculados pelo processo coletivo, e inclusive da sociedade civil, na validação do resultado do processo. Transferiu-se, então, a visão sobre o “sistema de direitos”, Política Deliberativa e Teoria do Discurso para o espaço jurisdicional, avaliando-o como um espaço procedimental-discursivo, tal como Habermas propõe os espaços institucionalizados para formação da vontade pública, para analisar se aquele procedimento cumpre ou não com as exigências do Discurso. Por fim, além de demonstrar o papel dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), em contraponto com as sentenças dos processos judiciais, na viabilização de maior consenso nos resultados do processo coletivo, a fim de testar a confirmação das hipóteses levantadas, faz-se uma escolha prática de exemplificar o quanto exposto por meio do caso “Samarco” ocorrido em 2015 no município de Mariana (MG), observando se os dois TACs celebrados neste caso se eles condizem com o modelo de legitimidade procedimental no processo coletivo.

**Palavras-chave:** Jürgen Habermas; Teoria do Discurso; Processo Coletivo; Termo de Ajustamento de Conduta; Caso “Samarco”.

## ABSTRACT

This monographic work aims to analyze the collective lawsuit from the perspective of Habermas's studies on Law, investigating how the collective lawsuit can allow so that all those involved can participate in the process of legitimizing the final decision and verifying how the collective lawsuit can realize the ideal of the Law mediating a deliberative democracy. Parting from the habermasian notion of a procedure for the elaboration of the legal norm that is discursively constructed, mediated by the communicative action, which aims to a common understanding between the participants, it seeks to compare the author's procedimentalism theory with the collective lawsuit, stating the creation of deliberative structures, by the public hearings and related institutes, which represent ways to increase the participation of all those linked to the collective lawsuit, even civil society, in the process of validating the result of the lawsuit. Then, the vision of the Habermas's "system of rights", his deliberative policy and his theory of the legal discourse was transferred to the jurisdictional space, evaluating it as discursive procedure space, as Habermas proposes institutionalized spaces for the formation of the public will, to analyze whether or not that procedure meets the requirements of his discourse theory. Finally, in addition to demonstrate the role of the "Legal Agreements of Illicit Behaves Adjustment" (here referred by TACs), as opposed to the sentences of the legal lawsuits, enable a greater consensus in the results of the collective lawsuits, in order to test the confirmation of the raised hypotheses, it requires a practical choice to exemplify what was exposed choosing the case "Samarco" occurred in 2015 in the city of Mariana (MG), to observe in the two TACs celebrated there whether they are consistent with the model of procedural legitimacy in the collective lawsuits.

**Keywords:** Jürgen Habermas; Habermas's Discourse Theory; Collective Lawsuit; Legal Agreements of Illicit Behaves Adjustment; The "Samarco" brazilian case.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ACP	Ação Civil Pública
art.	artigo
arts.	artigos
CF	Constituição Federal da República
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CDC	Código de Defesa do Consumidor
ES	Estado do Espírito Santo
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
JF	Justiça Federal
LTDA.	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada
MG	Estado de Minas Gerais
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
S.A.	Sociedade Anônima
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TACs	Termos de Ajustamento de Conduta
TRF-1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS NO DIREITO</b>	15
2.1 O PROCEDIMENTALISMO DE HABERMAS ENTRE A FACTICIDADE E A VALIDADE DO DIREITO	17
2.2 CONCEITOS HABERMASIANOS NECESSÁRIOS	20
2.2.1 O agir comunicativo	21
2.2.2 O paradigma “mundo da vida/sistema”	23
2.2.3 O Estado Democrático de Direito e a Constituição	26
2.2.4 A esfera pública	30
2.3 DA ESFERA PÚBLICA À POLÍTICA DELIBERATIVA	33
<b>3 O DIREITO MATERIAL COLETIVO INSERIDO NA DEMOCRACIA DE HABERMAS</b>	38
3.1 BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO E ABRAGÊNCIA DOS DIREITOS COLETIVOS: DA LEGISLAÇÃO ESPARSA NOVECENTISTA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (1990)	39
3.2 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS E O “SISTEMA DE DIREITOS” PROPOSTO POR HABERMAS	47
3.3 CONTORNOS PARA A DEFESA DA COLETIVIDADE EM JUÍZO À LUZ DE HABERMAS	53
3.3.1 Contornos jusfilosóficos: do agir comunicativo espontâneo à introdução temática na esfera pública	53
3.3.2 Contornos jurídico-positivos: a legitimidade <i>ad processum</i> no processo coletivo e a questão da participação	55
<b>4 O PROCESSO COLETIVO SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO DISCURSIVO HABERMASIANO</b>	60
4.1 O ESPAÇO JURISDICIONAL COMO POSSÍVEL PALCO PARA A DEMOCRACIA DIALÓGICA	62
4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO DISCURSO NO PROCESSO JUDICIAL COLETIVO	64
4.3 DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS PARA ADAPTAR O ESPAÇO JUDICIAL EM CONFORMIDADE COM HABERMAS	69

<b>4.4.1 A racionalidade da jurisdição é compatível com a teoria do discurso?</b>	69
<b>4.4.2 A substitutividade coercitiva da decisão judicial é compatível com a ética do consenso?</b>	72
<b>5 A POSSIBILIDADE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) ILUSTRAR O CONSENSO PROPOSTO POR HABERMAS</b>	76
5.1 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) ENTRE A FACTICIDADE E VALIDADE DO DIREITO	77
5.2 ANÁLISE DO CASO “SAMARCO” (2015) NO MUNICÍPIO DE MARIANA (MG): ESTUDO APLICADO DO TAC COMO MEIO DISCURSIVO-CONSENSUAL	79
<b>6 CONCLUSÃO</b>	88
<b>REFERÊNCIAS</b>	93

## 1 INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais “de 3ª geração”, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a conservação de um patrimônio histórico e cultural, direitos ligados a acessibilidade de grupos vulneráveis como consumidores, crianças, idosos, etc., a noção de direito subjetivo foi ampliada, passando a contemplar situações jurídicas metaindividuais de alcance maior que os direitos culturais, econômicos e sociais. Dessa maneira, a noção dos direitos transindividuais está umbilicalmente ligada ao bem-estar da coletividade e com a satisfação de garantias universais, sendo o processo coletivo o meio de efetivar tais direitos constitucionalmente assegurados.

O processo coletivo também, de maneira geral, atua como um importante meio de acesso à Justiça, não somente por permitir com que uma mesma demanda seja levada unicamente ao Judiciário, em vez de várias ações iguais visando a mesma reparação, mas também por ser um forte instrumento à disposição da coletividade, reconhecendo nela mesma seu fim, garantindo, portanto, à sociedade civil o acesso ao Judiciário para a resolução de demandas concernentes ao interesse da coletividade como um todo.

Entretanto, é exatamente daí que surge a problemática deste trabalho, pois, levando em conta a instrumentalização do interesse da coletividade num espaço democrático, ético e público como é o espaço processual, indaga-se: como garantir que a tutela jurisdicional seja a melhor para todos os titulares do direito transindividual objeto do processo coletivo, haja vista que, de um modo geral, a legislação priorizou que um só um legitimado processual pudesse representar tantas titularidades diferentes e desígnios diversos?

Nesse contexto, é importante apontar algumas contribuições teóricas acerca do Direito, da Moral e da Política, destacando-se, nessa seara, o pensamento do alemão Jürgen Habermas, sobretudo em suas lições sobre o Direito e a Democracia. Pensado inicialmente num campo muito mais próximo do processo legislativo, Habermas desenha um procedimento para a elaboração da norma jurídica que seja construído discursivamente, mediado pelo agir comunicativo, e que é voltado para um entendimento comum entre os participantes pautado no consenso.

Essa teoria pode ser também vista no processo judicial e, dentre eles, os processos coletivos, indo de encontro, no entanto, com a concepção de que o resultado útil do processo seja mediado por um ato unilateral e coercitivo – a sentença judicial – e não numa decisão deliberativa, mediada por todos os integrantes do discurso. Daí que se indaga sobre o papel dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) e se eles teriam o condão de concretizar a proposta

habermasiana do consenso numa democracia dialógica dentro da seara dos processos coletivos no Brasil.

Diante disso, esta pesquisa tem como escopo a investigação de que modo a Teoria de Habermas sobre a uma democracia dialógica pode colaborar com maior consenso nos resultados dos processos coletivos, evitando morosidades na reparação do dano e satisfazendo melhor os interesses transindividuais tutelados em juízo; e de como conciliar a ideia de Habermas sobre um procedimento que se volta para um entendimento comum com a ideia da sentença judicial enquanto instrumento de força coercitiva, ou se isso necessariamente comprometeria a própria noção de consenso defendida pelo autor.

Compreendendo o processo coletivo pela via discursiva desenhada por Habermas, é possível visualizá-lo enquanto uma verdadeira garantia democrática de autonomia política dentro da efetivação de direitos. Nesse modelo de processo, faz-se imprescindível uma verdadeira participação daqueles que estarão sujeitos à coisa julgada e também aqueles que podem cooperar para o julgamento do modo mais interativo possível do ordenamento jurídico-constitucional.

Trata-se de um autêntico colaborador para a legitimidade decisória, pressuposto indissociável do processualismo constitucional democrático, defendendo-se o processo coletivo como um intermediador constitucional-democrático na execução dos direitos fundamentais, em especial os transindividuais, aqueles chamados de “3ª geração”. Ademais, estudos sobre o Direito sob um viés procedimentalista, em especial o de Jürgen Habermas, contribuem com a ampliação do espaço de concretização de direitos, superando os moldes de aplicação meramente subsuntivos e silogísticos, criando um campo de deliberação essencialmente discursivo sobre a norma jurídica que se propõe a ser a melhor solução para o caso.

Busca-se, assim, analisar o processo coletivo sob a óptica dos estudos habermasianos acerca do Direito, delimitando as possíveis compatibilizações e necessárias adaptações entre o presente instituto e sua teoria, além de investigar de que maneira o processo coletivo pode permitir com que todos os envolvidos possam participar do processo de legitimação da decisão, verificando, ao longo do estudo, de que modo o processo coletivo pode ser potencializado para concretizar o ideal de um Direito mediador de uma democracia deliberativa.

Utilizar da Teoria procedimentalista de Habermas para justificar os processos coletivos fará com que seja possível analisar se há estruturas deliberativas na atual sistemática processualista civil brasileira que sejam capazes de concretizar o ideal ético da Teoria do Discurso de Habermas de uma norma produzida com base no reconhecimento intersubjetivo

dos integrantes do discurso, justificadas com base em sua fundamentação em ideias racionalmente aceitos por todos ali.

Será imprescindível para este trabalho, então, explorar, na realização de audiências públicas e institutos correlatos, meios de aumentar a participação de todos aqueles vinculados pelo processo coletivo, e inclusive da sociedade civil, na validação do resultado do processo, demonstrando, ademais, se os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) viabilizam maior consenso nos resultados do processo coletivo.

Objetiva-se, até mesmo, exemplificar, por meio do caso ambiental “Samarco” ocorrido em 2015 no município de Mariana (MG), se os dois TACs celebrados nesse contexto condizem com a proposta defendida de ampliar as estruturas deliberativas do processo coletivo, garantindo o agir comunicativo dos integrantes do discurso desenhado sob o processo judicial instaurado naquele caso, no intento de validar as hipóteses formuladas neste trabalho.

Em sendo assim, do ponto de vista teórico, valer-se-á de pesquisa bibliográfica para a construção deste projeto, uma vez que as informações serão colhidas através de estudos pré-existentes sobre o processo coletivo, sobre a proposta de Habermas para o Direito e da ampliação de estruturas deliberativas no curso do procedimento do processo coletivo. Utilizar-se-á, dessa forma, de artigos científicos, periódicos, revistas especializadas e livros temáticos, a fim de que se possa discutir como a doutrina vem desenhando o processo coletivo e demonstrando as compatibilidades dele com a teoria habermasiana, em especial quanto a possibilidade de utilização do Termo de Ajustamento de Conduta como medida consensual que colabora com maior legitimidade à decisão.

No que tange à abordagem do problema, a pesquisa bibliográfica realizada teve cunho qualitativo, avaliando a qualidade da prestação jurisdicional sob os litígios em que a coletividade faça parte, o papel do TAC na construção de uma solução para tais processos e o caso “Samarco” ocorrido em 2015 no município de Mariana (MG), analisando os processos instaurados e os TACs celebrados naquele cenário, após levar em consideração os diversos entendimentos doutrinários coletados.

Ademais, o presente projeto emprega o método idealizado por Karl Popper de fundamentação hipotético-dedutiva para sua construção, por meio do qual são identificados problemas nos conhecimentos prévios e, a partir deles, são construídas hipóteses a fim de que sejam testadas quanto a sua confirmação ou não.

Esse método é caracterizado pela técnica de falseamento, em que há uma espécie de tentativa de refutação dessas hipóteses pela observação e experimentação, de modo que duas hipóteses serão submetidas ao processo de falseamento: a de que ampliar os modos de

participação da coletividade envolvida e da sociedade civil são um modo de aperfeiçoar o processo coletivo, e de que o TAC viabiliza o consenso entre os sujeitos, finalidade primordial dos trabalhos de Jürgen Habermas, legitimando a norma jurídica arquitetada ali.

A estruturação desse trabalho foi organizada da seguinte maneira: no capítulo 2 foi realizada uma contextualização dos trabalhos de Jürgen Habermas sobre o Direito, especificamente sobre suas teorias acerca do discurso, do agir comunicativo e das relações entre Direito e Democracia, para, no capítulo 3, observar o marco jurídico da Constituição Federal de 1988 para o Direito Coletivo, estabelecendo intersecções entre o que o autor chama de “sistema de direitos” e os direitos subjetivos transindividuais previstos e assegurados na ordem constituinte de 1988.

Por conseguinte, feita tal relação, tal trabalho passa, no capítulo 4, para o questionamento da compatibilidade ou não do processo judicial coletivo com a Teoria do Discurso habermasiana, e, em um sentido amplo, se a Jurisdição pode ser ou não palco para a construção de uma democracia dialógica. Examina-se, em decorrência disso, se a regulamentação atual do processo judicial coletivo brasileiro contempla as demandas de racionalidade, fundamentação e consenso que o procedimento de Habermas impõe, destacando aí qual a melhor postura do órgão jurisdicional na garantia do livre exercício do agir comunicativo das partes litigantes e da coletividade envolvida.

Por fim, este projeto se debruçará sobre a sentença judicial, avaliando se ela, enquanto um ato de força coercitivo do Estado-juiz, compromete ou não o consenso defendido pelo autor, observando, no último capítulo, se o TAC, por outro lado, se comporta melhor em tal adequação. É o que se passa a demonstrar.

## 2 A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS NO DIREITO

O alemão Jürgen Habermas, nascido em 1929 na cidade de Düsseldorf, é um filósofo e sociólogo ligado à segunda fase da Escola de Frankfurt, participando, assim, do desenvolvimento da Teoria Crítica no campo das Ciências Sociais. Ele foi assistente de Theodor Adorno, realizando em conjunto com ele uma crítica ao positivismo lógico e ao que eles chamam de razão instrumental, advinda do iluminismo moderno, principalmente quanto à influência desta nas Ciências Sociais.

Autor de clássicas obras como “Teoria do Agir Comunicativo”, “O Discurso Filosófico da Modernidade”, “Para a Reconstrução do Materialismo Histórico”, “Direito e Democracia”, etc., Habermas trata da evolução social nas sociedades supercomplexas, funcionalmente diferenciadas, da democracia nas sociedades capitalistas modernas e do Estado de Direito nesse contexto, sendo conhecido também por seu trabalho de crítica da modernidade, sobretudo quanto à ideia de dominação e racionalidade introduzidas pela teoria weberiana.

Enquanto membro da Escola de Frankfurt, sua sociologia não se limita a uma análise descritiva de funcionamento das instituições sociais ou a uma justificação da estratificação social por uma abordagem estruturalista, se propondo, em verdade, a uma abordagem reconstrutiva dessas estruturas e relações sociais, de modo a explicar as possibilidades de emancipação social nessa realidade observada.

O “capitalismo de Estado”, na visão do autor, ao neutralizar as tendências autodestrutivas presentes no “capitalismo liberal”, bloqueia a práxis transformadora e qualquer possibilidade de emancipação, pois, nesse caso, razão e dominação se identificam, por causa de um processo histórico de esclarecimento racional e progresso científico-positivo “que teria corroído a própria possibilidade da liberdade na sociedade, que é inseparável do pensamento esclarecedor que a destrói” (BRESSIANI, 2016, p. 14).

Para Habermas e outros membros da Escola de Frankfurt<sup>1</sup>, as disposições intelectivas da razão teriam sido convertidas em utilidades sobre o meio material,

---

<sup>1</sup> Apesar de fazerem parte do mesmo grupo teórico, em 1981 com a publicação da “Teoria da Ação Comunicativa”, é possível notar uma ruptura dos pressupostos teóricos de Habermas com as de Adorno e Horkheimer. Introduzindo uma teoria dualista da modernização social, dividindo ela em “sistema” e “mundo da vida”, como se verá adiante, Habermas problematiza a unilateralidade da compreensão de Horkheimer e Adorno sobre a modernidade, pois, na visão daquele, estes acabaram concluindo insuficientemente a análise sobre aquele esclarecimento racional, por só terem detectado uma parte dos desenvolvimentos sociais que estão na base da modernidade, somente evidenciando a institucionalização de uma ação racional voltada a fins. Para Habermas, contudo, o processo de racionalização da sociedade não pode ser compreendido como uma dialética do esclarecimento, pois “a transformação gradual de comunidades tradicionais em sociedades modernas depende de um processo de secularização por meio do qual normas tradicionais, bem como ideias e valores religiosos perdem seu caráter vinculante. Tal processo de secularização não garante, entretanto, apenas a liberação da racionalidade técnica das amarras da tradição, como

transformando-se num mero instrumento de cálculo de custo-benefício para desenhar os melhores meios para se obter determinados fins, o que contribui para a dominação política e para o fortalecimento de espaços de circulação de poder burocrático e capital econômico, além de bloquear as possibilidades de emancipação social.

Sua noção de emancipação, desenhada como opção crítica a esse cenário, se dá pelo desenvolvimento dos potenciais comunicativos nas relações político-sociais, em que os espaços procedimentais comunicativos que promovem a reflexão, o reconhecimento e o entendimento sobre um tema, ainda mais se de relevância pública ou política, permitiriam com que a sociedade se libertasse do dogmatismo da sociedade moderna reproduzido nas interações culturais e sociais cotidianas.

Esse é o cerne de sua Teoria do Discurso: formular, através da linguagem, um conceito de razão adequado às interações comunicativas e que permita superar as formas de conceber o mundo impostas pela tradição dogmática, tendo o entendimento intersubjetivo entre os agentes como base para a emancipação. Esse novo modelo de razão, denominada pelo autor de razão comunicativa, que possibilitaria retomar esse potencial emancipatório, advém de uma teoria que substitui o interesse técnico de dominação da natureza pelo interesse comunicativo, valendo-se, para tanto, da construção de estruturas que possibilitem o exercício da ação comunicativa, objetivando o entendimento mútuo (BAUMGARTEN, 1998, p. 150-151).

Essa inclinação ao entendimento intersubjetivo seria inerente à própria razão comunicativa, porque, mediada pela linguagem, traz consigo uma compreensão que objetiva o consenso e se põe contra ao outro modelo de razão, voltado para fins, que viabilizaria a estratificação social. A teoria habermasiana se depara, então, com a distinção entre uma razão dominante, ou instrumental, e uma razão emancipatória – a comunicativa –, situando tal diferença no ambiente de reprodução da sociedade, a nível simbólico e material, situada em dois campos de realização – o “sistema” e o “mundo da vida”.

Especificamente quanto ao discurso jurídico, Habermas concede ao Direito um papel central na sua análise sobre a democracia, pois este se comporta como o agente adequado para reprodução da sociedade num contexto de “tensão constante entre imperativos sistêmicos e demandas provenientes da sociedade civil, na qual se manifestam de modo particularmente explícito os conflitos, as lutas e as patologias da modernidade tardia” (SILVA, 2013, p. 133).

O autor não se limita a concebê-lo somente como uma conquista das democracias, como alguns discursos liberais, ou como instrumento ideológico de dominação político-

---

defendem Horkheimer e Adorno. Ele também liberta a ação comunicativa da normatividade antes assegurada por visões de mundo compartilhadas” (BRESSIANI, 2016, p. 15-16).

econômica, como outros autores da Teoria Crítica da Sociedade, sim em conceber o Direito como um instrumento capaz de potencializar espaços e meios democráticos da busca de um entendimento entre os sujeitos, além de também delimitar as possibilidades do dissenso dentro do espaço discursivo. Esse destaque, como será justificado no tópico posterior, se dá por conta da possibilidade do exercício desse agir comunicativo, em espaços procedimentais institucionalizados pelo Direito, não se podendo dissociá-lo da legitimação que a participação dos agentes comunicativos nesses procedimentos confere às normas ali discutidas.

Com isso, passa-se a examinar os trabalhos de Jürgen Habermas sobre o Direito, contextualizando, num primeiro momento, sua principal obra sobre a relação deste com a Democracia, passando, então, a investigar cada etapa desse entendimento pela análise de conceitos essenciais em sua teoria. Com isso, traçar-se-á um arcabouço teórico e um aporte metodológico que tornará possível a condução da óptica habermasiana no Direito em institutos concretos da legislação e da jurisdição brasileira.

## 2.1 O PROCEDIMENTALISMO DE HABERMAS ENTRE A FACTICIDADE E A VALIDADE DO DIREITO

Preliminarmente, faz-se necessária uma justificativa metodológica quanto ao recorte utilizado neste trabalho ao se utilizar o referencial teórico do Procedimentalismo habermasiano. Objetivando compreender o processo judicial à luz da Teoria do Discurso, busca-se a teoria de Habermas como proposta teórica para conhecer as possibilidades de institucionalização de condições de exercício do agir comunicativo e, sobretudo, para esclarecer uma fundamentação melhor das decisões judiciais pautada na legitimidade que o Discurso possibilita ao permitir uma construção dialógica entre os agentes comunicativos.

De maneira geral, a contribuição habermasiana pode ser resumida no impasse entre, de um lado, a necessidade do Direito de impedir que sistemas sociais, como os pautados em dinheiro e poder, se dissociem da consciência que permite a integração social da sociedade como um todo, ao passo que, de outro, essa pretensão do Direito seria vítima do seu próprio “desencantamento sociológico”, pois este seria baseado por pretensões de validade abstratas que não garantiriam a perpetuação dessa consciência unificadora.

No Procedimentalismo, contextualizando, o Direito ganha um papel fundamental para a proposta de uma nova racionalidade nas interações comunicativas, que demandam muito mais esforço do que a crença legitimadora de uma ordem positiva válida e racional, resultando

no impasse de “como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentess?” (HABERMAS, 1997a, p. 25).

Esse é o contratempo exposto no título de sua obra, “Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade”, na qual o autor se propõe a reconstruir teoricamente o Direito a partir de suas formulações sobre o agir comunicativo. Notando que o Direito moderno é marcado pela coesão social advinda da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado na convenção positivista do Legislador, ele inicia uma análise do conteúdo normativo do que ele chama de “sistema de direitos” e da ideia de Estado de Direito, debruçando-se também posteriormente sob os problemas da racionalidade da jurisdição e da legitimidade da jurisdição constitucional na regulação político-constitucional das tidas sociedades complexas.

Nesse intuito, ele revisita o conceito sociológico do Direito e a abordagem filosófica sobre a Justiça, para, por meio de sua Teoria do Discurso, chegar num modelo de política deliberativa através de um debate entre teorias da democracia que se apoiam num conceito empirista e outras que se apoiam num conceito normativo de poder. Isso porque, para Habermas, as sociedades complexas da modernidade, às quais ele se debruça, podem ser relacionadas com o desenvolvimento de certas estruturas da consciência moral de seus indivíduos.

Este é, aliás, o seu ponto de vista sobre a evolução das sociedades, em contraponto à perspectiva de evolução social positivista pelo progresso político-institucional, especialmente à visão luhmanniana sobre um processo de complexificação e diferenciação social. Nessa esteira, para Habermas, a modernidade não mais poderia ser reduzida ao domínio do que ele chama de razão instrumental, devendo, como visto, ser atribuída a preponderância de outra concepção intelectual – a razão comunicativa.

Em verdade, a razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática instrumental, não é originalmente uma fonte de normas do agir, pois, quando um indivíduo age comunicativamente, ele não interage com os demais com base num puro dever-ser prescritivo, sim em idealizações de pressupostos pragmáticos as quais formulam pretensões de validade em relação a esses enunciados. E isso justifica a evolução da sociedade se dar conforme o avanço de estádios de consciência moral dos atores comunicativos, pois esses enunciados pressupostos residem na “coerção da validade deontológica de um mandamento moral” (HABERMAS, 1997a, p. 20).

Essa é outra das razões da tensão entre “faticidade” e “validade”, a tensão entre a ideia de validade correspondente às pretensões idealizadas pelos atores da comunicação e a

própria realidade fática de formas de vida estruturadas linguisticamente. Mesmo que as referidas pretensões idealizadas sobrecarreguem<sup>2</sup> a prática comunicativa cotidiana, sem tais pretensões transcendentais, o processo comunicativo se compromete e corre o risco de ser contaminado pelo outro modelo de razão prática instrumental.

Dessa forma, Habermas, a partir do conceito de razão comunicativa, propõe uma teoria reconstrutiva da sociedade em que a razão instrumental não mais orientasse a teoria normativa do Direito e da Moral. Seguindo a linha da teoria do agir comunicativo, não só as interações cotidianas que reproduzem o mundo da vida, como se verá adiante, mas também os meios comunicativos da formação da vontade política do Estado de Direito, seja na legislação ou na jurisdição, configurariam procedimentos de racionalização das sociedades modernas, anteriormente pressionadas por imperativos sistêmicos e pela razão instrumental.

Essa reconstrução teórica é necessária para acompanhar a passagem de uma sociedade que era estratificada para, agora com a Modernidade, ser funcionalmente diferenciada. O conceito de Direito como uma ordem estabilizada através da força coercitiva de uma sanção, como escreveu Hans Kelsen, dá espaço para uma nova compreensão, construída em torno de um novo molde comunicativo – o *medium* linguístico (HABERMAS, 1997a, p. 23).

A construção teórica de um novo Estado de Direito, aliada à transferência do *medium* linguístico como meio universal de incorporação da razão, serve de solução para aquele contratempo que permeava o Direito moderno e que demandava uma nova visão nas sociedades supercomplexas. Nesses novos organismos sociais, surge uma facticidade social bastante distinta do modelo de convenção positivista de legitimidade da ordem jurídica levando em consideração elementos sociais factuais que intervêm no Direito, havendo decisões jurídicas que sofrem tanto mandamentos do Direito vigente quanto implicações de sentido das limitações sociais.

A proposta habermasiana, dessa forma, prevendo o Direito com aquela função integradora que estabiliza os sobrecarregados entendimentos factuais dos atores comunicativos, aborda a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional como elementos e caracteres

---

<sup>2</sup> A presença de pretensões de validade transcendentais naquele modelo que Habermas propõe, de fato, representa uma pressão para a facticidade de grupos comunicativos, pois a normatividade que se extrai daquela orientação idealizada não coincide, num primeiro momento, com a racionalidade do agir pautado num entendimento intersubjetivo daquele grupo. A normatividade daquela e a racionalidade desta, representando mais uma vez o choque entre validade e facticidade, se comunicam na fundamentação linguística de uma motivação racional, isto é, a justificativa do consenso, mas não conseguem, isoladamente, garantir a transposição das ideias para um agir motivado. Habermas retorna, exemplificada mente, à essa tensão várias vezes, sempre evidenciando que, num primeiro momento, elas são até incompatíveis, mas sempre necessárias para o agir comunicativo.

centrais do Direito dessa sociedade moderna. Assertivamente, Habermas (1997a, p. 61) investiga essa relação da aceitação de uma regra com a ideia da “autolegislação”, por ele expressa na suposição da autonomia política dos cidadãos associados, importando a verdadeira aceitação na pretensão de legitimidade das próprias regras reconhecidas e desenvolvidas racional e intersubjetivamente.

Por conseguinte, no Estado de Direito, a institucionalização jurídica e política da autolegislação dos cidadãos acaba por reintroduzir a exaustiva tensão entre autonomia política e a facticidade do “poder” dos cidadãos, ora sujeitos de direitos e atores no discurso comunicativo, remontando-se, assim, ao supracitado “desencantamento sociológico” do direito, e demandando uma nova concepção da legitimidade das normas jurídicas. Para avançar nesse progresso, entretanto, necessita-se contextualizar alguns pressupostos teóricos do pensamento habermasiano, dentre eles alguns conceitos específicos de sua importante obra até aqui então enunciada, “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”.

## 2.2 CONCEITOS HABERMASIANOS NECESSÁRIOS

Sendo necessário primeiro estabelecer o referencial teórico da Teoria de Habermas dentro do campo da Filosofia Processual e do Procedimentalismo, passa-se a discorrer sobre alguns de seus conceitos fundamentais. Panoramicamente, busca-se explicitar que Habermas parte de um modelo científico-sociológico que criticava a razão iluminista, instrumental, que serviu para a dominação política e exploração econômica, sendo esse cenário fundamental para situar a sociedade em que ele se debruça e a teoria que ele vem desenvolver como alternativa ao problema detectado.

A partir disso, ele enuncia que o desenvolvimento do capitalismo de Estado levou a um bloqueio estrutural da emancipação, restando a integração social reduzida a uma forma sistêmica. A sociedade, contudo, não se esgota aqui, como faziam Adorno e Horkheimer na Dialética do Esclarecimento, pois, através da teoria dual da modernização social habermasiana, atesta-se uma delimitação entre duas esferas sociais, o “mundo da vida”, cuja reprodução se daria pelas ações comunicativas, pautadas num novo modelo de razão que o autor desenha, e a segunda corresponde ao “sistema”, cuja reprodução se dá predominantemente por meio de ações instrumentais funcionalmente coordenadas.

Para Habermas, então, há uma razão – a razão comunicativa – que contribui com as possibilidades de emancipação dos agentes e integração social, que garante a reprodução de uma estrutura chamada “mundo da vida”, onde reside as interações cotidianas, e que, quando

levada a meios institucionalizados de poder, corrobora com um ideal de Democracia deliberativa. Tal processo deve ser mediado pelo Direito, que, uma vez construído discursivamente, garante um modelo de democracia dialógica resultante das interações comunicativas no ambiente da “esfera pública”, em detalhes que se passa a demonstrar.

### **2.2.1 O agir comunicativo**

Na obra “Teoria do Agir Comunicativo”, Habermas (2012, p. 495) o define como um agir coordenado, por conta do efeito formal-pragmático da linguagem, que constitui uma interação social num contexto específico de recorte do mundo da vida, que necessariamente se dá num campo social e que seja pautado pelo entendimento intersubjetivo, diferenciando-se, assim, da ação social formulada por Max Weber, que pode se dar tanto num meio social, o agir estratégico, quanto num não social, o agir instrumental, mas sempre voltado para o êxito de seus fins.

O agir comunicativo, no contexto da obra “Direito e Democracia” e no tocante àquela tensão entre validade do Direito e facticidade das relações sociais, serviria como a interação necessária nesse novo modelo formulado por Habermas como solução para a demanda da sociedade moderna, pois ele exercita uma ação coordenada com suposições dos atores, idealizações contrafactuais de que todos orientem e reconheçam pretensões de validade normativas, viabilizando, assim, um entendimento linguístico intersubjetivo.

Ele se diferencia de um agir pautado na razão prática instrumental, no puro normativismo e em prescrições cotidianas utilitárias, como os questionamentos “o que devo fazer?”, “o que é bom para mim em geral e a longo prazo?”, por exemplo. É o agir comunicativo no Direito que estabiliza a tensão interna<sup>3</sup> entre facticidade e validade, por meio da integração social que o direito positivo, valendo-se da teoria do discurso, consegue promover.

É necessário, então, que ao exercer o agir comunicativo, ou simplesmente, ao agir comunicativamente, os atores comunicativos atribuem-se reciprocamente a consciência de seus atos, orientando seu agir por pretensões de validade que considerem o impacto em todos os

---

<sup>3</sup> Marcelo Neves (2006, p. 114), complementando Habermas, aponta como tensão interna entre validade e facticidade, a relação entre positividade e legitimidade, uma vez que “o Direito vale não apenas porque é posto, mas sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos”, o que, retornando à teoria do agir comunicativo, implica que o modo de integração de indivíduos socializados comunicativamente deve ser desenvolvida pelos próprios atores comunicativos na formação do consenso. A partir daí é que a tensão entre facticidade e validade embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de vida dos próprios indivíduos, que só se viabiliza pelo intermédio do Direito positivo na integração social realizada por eles, agora estabilizada (HABERMAS, 1997a, p. 35).

envolvidos. Esse acordo obtido comunicativamente torna possível a coordenação de ações e a estrutura complexa de interações, medindo-se pelo “reconhecimento intersubjetivo de pretensões criticáveis” (HABERMAS, 1997a, p. 39).

A introdução do agir comunicativo no contexto específico do Direito viabiliza a interação social de grupos pequenos e indiferenciados funcionalmente no espaço procedimental do consenso e do entendimento intersubjetivo, que antes careciam de acessibilidade na compreensão positivista, progressista e autopoietica de compreender a praxe cotidiana como um sistema e o Direito como outro sistema dissociado.

Se antes prevalecia a tensão de como compatibilizar, para os próprios atores comunicativos, a validade de uma ordem social pautada em pretensões pragmáticas formuladas idealmente com um contexto fático no qual as ações comunicativas tornam-se autônomas, surge o agir comunicativo como proposta à essa demanda complexa de uma sociedade mais integrada por meio da força ligadora de convicções racionalmente motivadas que o agir comunicativo propicia.

Por conseguinte, Habermas ainda discorre sobre o risco da possibilidade de dissenso nos domínios do agir comunicativo, nas hipóteses de não haver uma pretensão moral que, apesar de universalizante, não consiga contemplar todos os atores ou ainda na situação em que um deles aja estrategicamente. Ele se posiciona no sentido de ser necessário que até mesmo a possibilidade de dissenso quanto ao resultado útil ou mediato do discurso comunicativo seja formado por um meio consentido pelos próprios atores, ou, em suas palavras, uma “regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem” (HABERMAS, 1997a, p. 46). Isto é, ainda que não haja consenso quanto ao resultado, que pelo menos haja quanto ao meio utilizado.

Essa regulamentação de interações estratégicas nos mesmos moldes consensuais do espaço discursivo do agir comunicativo passariam a compor delimitações no campo de liberdade do ator, e mais especificamente daquele que inicia ou persiste no dissenso, de modo que seja necessária uma adaptação objetiva de seu comportamento para que este seja congruente com o fim desejado. Paralelo a isso, essa nova regulamentação intersubjetiva ainda conservaria a força social integradora do agir comunicativo, pois o discurso oposto ao consensualmente formado ali naquele espaço precisa também reconhecer intersubjetivamente os demais atores comunicativos e ponderar seu impacto sob todos eles, na mesma base de pretensões de validade normativas idealizadas ideal e intersubjetivamente.

Habermas, a partir da ideia de que uma linguagem que, incorporadora da razão comunicativa, integra socialmente os vários atores do discurso, explica esse efeito secundário

do agir comunicativo de controlar aquelas ações egoísticas, impondo critérios universais de racionalidade sob o consenso. Pode até haver algum ator dentro do espaço comunicativo que esteja visando um interesse pessoal, mas ele está ali envolvido num ambiente que o instiga a ponderar o mínimo efeito dessa decisão sobre todos os agentes do discurso.

A sociedade, dessa forma, é definida como um mundo da vida estruturado simbolicamente, que se perpetua por meio dos exercícios e práticas do agir comunicativo. Ainda que o mundo da vida presencie o surgimento de interações estratégicas, ele há de se preservar enquanto plano de fundo do ator que assim decide agir, o que o neutraliza e mantém a possibilidade do consenso por meio da coordenação de sua ação.

Em suma, como recapitula Felipe Gonçalves Silva (2013, p. 141) remetendo-se à tensão central de seu trabalho e já introduzindo novos conceitos de “mundo da vida” e “sistema”, Habermas parte da situação de incapacidade e de insuficiência de uma integração social construída pelo consenso e livre convencimento dos atores concernidos perante o real e inevitável risco de dissenso, indicando o Direito como solução para tal problema, integrando, além do “sistema” ao “mundo da vida”, o mecanismo coercitivo de integração a exigências de sua legitimação discursiva.

### **2.2.2 O paradigma “mundo da vida/sistema”**

Na esteira de analisar reconstrutivamente o Direito, Habermas utiliza, preliminarmente, do paradigma “mundo da vida/sistema” para avançar em sua teoria acerca do sistema integrador que é o fenômeno jurídico. Naquele contexto de uma sociedade estruturada simbolicamente, há uma área denominada de “mundo da vida” que se perpetua nas interações cotidianas e é reproduzida pelo agir comunicativo, enquanto que, por outro lado, há o “sistema”, ambiente coordenado por outra lógica, inclusive por meios não-linguísticos e por outros modelos racionais de legitimidade e de agir; ao passo em que aquele se intermedia pela razão comunicativa, este se orienta pela razão prática instrumental.

Desenvolvendo melhor esses dois conceitos, e realizando uma trajetória histórica da chamada razão prática, Habermas (1997a, p. 18) chega à premissa de que a unidade da sociedade residiria na vida política e na organização do Estado, de maneira que a filosofia prática desse período consolidou a ideia holística de que os indivíduos pertencem a um todo – a sociedade – que é ligado por suas partes. Sob essa óptica notadamente sistêmica e funcionalista, que influenciou os trabalhos de Niklas Luhmann, por exemplo, o Estado passa a

ser compreendido como um subsistema ao lado de outros subsistemas sociais funcionalmente diferenciados numa relação configurada como “sistema-mundo circundante”.

A concepção dessa razão prática, a qual Habermas e outros membros da Escola de Frankfurt denominam de razão instrumental, orientava o indivíduo em seu agir nesse contexto de estruturas sociais funcionalmente distintas, enquanto o direito natural estabelecia normativamente a ordem política e social. Por aquelas razões expostas no tópico anterior, o que Habermas realiza, no intuito de reconstruir teoricamente o Direito nessa sociedade complexa é transportar o conceito de razão para o “*medium*” linguístico, de maneira que esse novo modelo teórico de razão, agora essencialmente comunicativo, possa servir à reconstrução de estruturas da consciência moral.

Isso é de extrema importância para se entender o novo paradigma habermasiano de compreender a sociedade, ou parte desta, construída sob um modelo racional comunicativo, pois é a própria evolução social, naquele entendimento do desenvolvimento da consciência moral dos indivíduos, possível mediante uma razão mediada linguisticamente, que causa a diferenciação entre duas estruturas sociais: o “sistema” e o “mundo da vida”. A evolução da sociedade delimita esses dois novos ambientes, ao aumentar a complexidade de um e a racionalidade de outro.

Definindo o que é o mundo da vida, Habermas dirá que ele compõe o “horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte de interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas” (1997a, p. 41). O mundo da vida é o espaço em que os sujeitos vivem e se comunicam diretamente, um ambiente em que os agentes comunicativos exercitam o agir comunicativo, que se reproduz no mundo da vida e se orienta para um entendimento intersubjetivo.

Marcelo Neves (2006, p. 69-70) destaca que o que caracterizaria a diferenciação do “mundo da vida” do ambiente do “sistema” é a sua composição funcional e a distinção entre as respectivas pretensões de validade em cada um dos três componentes, a saber: a “cultura” (I), que seria o acervo de saber e conhecimento reunido pelos participantes da comunicação que funciona como subsídio para a reprodução do agir comunicativo; a “sociedade” (II), a ordem legítima em que os agentes da comunicação regulam sua pertinência a grupos sociais; e a “personalidade” (III) representando as competências que tornam o sujeito capaz de linguagem de ação e de participar dos processos de entendimento, isto é, as faculdades subjetivas do indivíduo que o permitem agir comunicativamente.

Cada um desses três componentes do mundo da vida pode ser classificado como uma caracterização funcional dele pois relaciona-se a um processo específico, seja ao de

reprodução cultural (I), na dimensão semântica de significações e conteúdos; de integração social (II), na dimensão do espaço social; e de socialização (III), na dimensão do tempo histórico.

Isso é importante também para distinguir o paradigma que Habermas se vale do paradigma luhmanniano de “sistema/ambiente”, pois “cultura”, “sociedade” e “personalidade” não poderiam ser vistos nem como três subsistemas de um sistema geral de ação, nem como ambiente para outros. Elas são, na verdade, estruturas da ação comunicativa, disposições que viabilizam o desenvolvimento da consciência moral daqueles que se valham do modelo racional do mundo da vida, e, sobretudo, viabilizadores da “sobrecarga consensual” imposta aos agentes comunicativos do mundo da vida (NEVES, 2006, p. 73).

Além da impossibilidade de se caracterizar “cultura”, “sociedade” e “personalidade” como subsistemas funcionalmente distintos dentro do ambiente “mundo da vida”, Neves destaca outro fator distintivo do “mundo da vida” em relação ao “sistema”, o modelo racional em cada um deles. Ao passo que no mundo da vida o agir é tipicamente comunicativo por conta da razão comunicativa, Habermas delimita o espaço do sistema na preponderância do agir com base em outra racionalidade, aquela racionalidade prática discutida anteriormente, que se assemelha à ação racional com fins weberiana – a razão instrumental.

O sistema é construído, então, sob a óptica de uma racionalidade com respeito a fins e, conseqüentemente, aos conceitos de agir instrumental e estratégico, conectados não mais por um *medium* linguístico, sim por outros fatores, como o dinheiro e o poder, por exemplo, mediadores não-linguísticos, o que implica na neutralização das intenções dos atores são neutralizadas. O meio social é disposto, dessa forma, de uma parcela que em nada condiz com as interações comunicativas pautadas num entendimento intersubjetivo, sim em interações orientadas na busca do êxito, seja por meio de ações instrumentais ou estratégicas, empregando racionalidade instrumental nas relações interpessoais.

Em suma, o sistema resulta dos processos da diferenciação social caracterizadores da sociedade moderna supercomplexa que implicavam a diferenciação de tarefas, papéis sociais e de interesses funcionalmente especificados, de modo a excluir o agir comunicativo da integração social que o direito poderia ofertar, ampliando espaços individualizados na sociedade, o que enfraquece o entendimento moral da razão comunicativa e impulsiona modos de agir racionais com respeito a fins, orientados por estratégias pessoais ou sucesso individual (HABERMAS, 1997a, p. 44).

Esse mesmo paradigma utilizado por Habermas, apesar de vê-los como autônomos e distintos, não os compreende nem como meios isolados ou autorreferenciais. Todos os níveis

de reprodução simbólica do mundo da vida, como a Ciência, a Religião, a Arte, a Educação, e parcialmente o Direito e a Política, no tocante as formas de constituição da vontade estatal, estão sujeitas ao fenômeno de “colonização do mundo da vida”.

Dentro da lógica do aumento de complexidade do sistema, em que, se autorregulando com base num critério não-linguístico, como ocorre na economia e política com o capital econômico e poder administrativo, respectivamente, ele – o sistema de maneira geral – pode invadir destrutivamente o mundo da vida perturbando os processos de reprodução cultural, interação social e socialização, resultando na crise de cada um dos 3 componentes do mundo da vida, como Marcelo Neves aponta, a “perda de sentido” na cultura, a anomia na sociedade e a perturbação da personalidade, respectivamente (2006, p. 74 -75).

Isso ocorreria porque a lógica instrumental, voltada para fins e eficiência, poderia começar a suprimir os espaços de comunicação, como ocorre com a monetarização e a burocratização crescentes de sociedades capitalistas e dos Estados modernos, respectivamente, em que as interações interpessoais se intermediariam por meios padronizantes, niveladoras e linguisticamente carentes.

Daí, então, o surgimento de patologias sociais, como a coisificação de sujeitos e comportamentos, utilizando-os como para a persecução de planos estratégicos, a perda de sentido, como quando indivíduos perdem a capacidade de se relacionarem de forma mais reflexiva e menos funcionalmente especificada, a anomia social, quando as normas de comportamento têm sua validade abalada, causadas pela colonização do mundo da vida.

Nesse caso, como pontua Maíra Baumgarten (1998, p. 175-176), o diagnóstico de Habermas seria de amoralidade e de uma ausência de valores comuns, que leva o potencial de racionalidade pós-convencional a se restringir a especialistas. A perda da dimensão social da moralidade resultaria nessas patologias, enquanto que a “cura” proposta é a restituição dessa moralidade perdida, por meio da reconquista do espaço público e o fortalecimento da sociedade civil como órgão de discussão para coordenação da ação social, devendo, pois, a lógica sistêmica ser controlada pela lógica interativa do *medium* comunicativo.

### **2.2.3 O Estado Democrático de Direito e a Constituição**

Quanto à análise do Estado Democrático de Direito e o papel da Constituição, é relevante se ter exposto aqui a visão habermasiana sobre o Direito, Moral e Política. Luiz Henrique Cademartori (2008, p. 120) lembra que, quando remonta-se à razão prática kantiana, Habermas dá um sentido prático moral ao discurso jurídico visto na fundamentação das normas,

nos processos de legislação e nos processos de aplicação do Direito, havendo na sua teoria procedimentalista uma fundamentação da norma jurídica por princípios morais universalizantes, isto é, a legitimidade do Direito só passa ser possível na medida em que a ordem jurídica possa reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação das normas jurídicas.

Isto posto, à medida em que forem institucionalizados espaços democráticos e participativos de formação da vontade estatal, com uma decisão jurídica resultante de um discurso moral, a relação entre Direito e Moral cada vez mais importa à Política. Aquele momento de formação da vontade, que é uma situação política também, é revestido pelo Direito, isto é, a obrigatoriedade das medidas de implementação políticas passa a se dar em virtude de uma forma jurídica. O Direito situa-se, então, entre a Política e a Moral.

A Moral, quando vista dentro processo de fundamentação para poder concretizar sua aplicação normativa, agora procedimentalizada, se submete a um controle mútuo com o Direito. Dentro do procedimento do discurso jurídico, as questões morais passam a sofrer limites, que, na visão de Cademartori (2008, p. 131), variam entre limites metódicos, através das conexões morais com o Direito vigente; objetivos, no que diz respeito aos temas e encargos de prova; sociais, na medida em que são traçados pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; e temporais, no que se refere à fixação de prazos de decisão.

Por conseguinte, a autonomia do Direito deve ser vista nos moldes sistêmicos de Luhmann, porque sua verdadeira autonomia é vista na institucionalização de diversos processos, tais como os da legislação e jurisdição, o que daria vazão à entrada de uma “racionalidade moral e procedimental nos âmbitos do Direito e da Política em que não será possível o advento de um Direito autônomo sem a consolidação da democracia como modelo de organização social e político” (CADEMARTORI, 2008, p. 131).

Por isso, para Habermas, o princípio da democracia é o núcleo do que ele chama de “sistema de direitos”<sup>4</sup>, desenvolvido a partir da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, que são reconhecido pelos cidadãos que desejam regular a vida em comum por meio do Direito. Essa prática de autodeterminação dos cidadãos, de afirmação política dentro do sistema de direitos, só é possível pelo Direito e quando precedida pelo princípio do discurso,

---

<sup>4</sup> O sistema de direitos pode ser representado pelos direitos humanos e o princípio da soberania do povo se pressupondo reciprocamente, conforme Neves exemplifica a conexão interna entre autonomia privada e pública (2006, p. 115). À luz do pensamento de Kant e Rousseau, Habermas estabelecerá que os direitos humanos moralmente fundamentados e o princípio da soberania do povo estariam em concorrência, numa relação de pressuposição recíproca, que somente é possível pela institucionalização democrática nos campos do Direito e da Política.

que está inserido nas condições de socialização comunicativa do mundo da vida em geral, estando juntos aí Direito, Moral e Política.

Além disso, levando em conta que o Estado de Direito é o resultado da fusão, tanto empírica como normativa, entre as três referidas ordens sociais, é possível dizer, como assim faz Aylton Durão (2009, p. 126), que o princípio procedimental de soberania popular está para o Estado de Direito da mesma forma que o princípio da democracia está para o sistema de direitos. Isso porque, assim como John Rawls, Habermas parte de uma concepção política de pessoa, apartada do conceito de pessoa nas esferas moral e ética, apesar de não seguir sua linha liberal, ou ainda a vertente comunitarista de Hegel e Rousseau<sup>5</sup>.

Como Carlos Roberto Bueno Ferreira (2013, p. 26-27) exemplifica, no desenho do “sujeito moral” fixam-se os valores universalizáveis, ao passo que no “sujeito político” está o cidadão de direitos e deveres no contexto de normatização daqueles valores universais eleitos pela pessoa moral. Isso é fundamental para a idealização do modelo democrático proposto por Habermas, exposto em tópico posterior, entretanto já se ressalva que, mesmo podendo se delimitar um sujeito ético de um sujeito político, na teoria habermasiana o indivíduo não precisa se despir de suas convicções éticas para participar do espaço deliberativo da democracia.

Retomando a princípio da democracia e o sistema de direitos, aquele se decompõe entre a autonomia privada e a autonomia pública para que os cidadãos possam atribuir-se reciprocamente os direitos subjetivos fundamentais que garantem as liberdades individuais e os direitos políticos de participação e comunicação. Já o princípio da soberania popular, análogo ao princípio da democracia só que no campo do Estado de Direito, medeia os direitos subjetivos

---

<sup>5</sup> Nessa seara da relação entre Moral, Política e Direito, a linha liberal, como a desenvolvida por John Rawls, busca a definição de princípios de justiça por meio de argumentos reflexivos, utilizando-se, para tanto, da chamada “posição original” ou “véu de ignorância”, em que eles são forçados a considerar a posição dos demais participantes para escolher princípios racionais e razoáveis, promovendo, assim, uma espécie de contrato social que, por sua vez, deve representar um acordo mínimo necessário para o funcionamento de uma sociedade bem ordenada. É uma teoria baseada nas liberdades dos indivíduos na formulação do acordo de princípios de justiça com a sociedade, com os quais todos poderiam concordar, a partir de um ponto de partida equitativo. As teorias comunitaristas, por outro lado, defendida por Rousseau, Hegel, Sandel, MacIntyre, Taylor, etc., representa uma crítica ao “atomismo” do contrato social liberal, pois acusam o liberalismo de considerar, no momento da formação do contrato legitimador do Estado, as pessoas como meros indivíduos independentes, sendo para eles o homem indissociável de seu grupo social na formação de um pacto político. “O comunitarismo tenta redefinir o *ethos* democrático, ou seja, o modo como o cidadão se sente parte de uma determinada sociedade, não mais colocando o indivíduo autônomo como cerne normativo” (FERREIRA, 2013, p. 27). Habermas não pode ser resumido nem às doutrinas liberais, nem ao comunitarismo. É uma terceira opção. É o que se vê, ainda, em “a concepção de política deliberativa é uma tentativa de formular uma teoria da democracia a partir de duas tradições teórico-políticas: a concepção de autonomia pública da teoria política republicana (vontade geral, soberania popular), com a concepção de autonomia privada da teoria política liberal (interesses particulares, liberdades individuais). Ela pode ser concebida, simultaneamente, como um meio-termo e uma alternativa aos modelos republicano e liberal. No entanto, embora o tema geral seja o mesmo, há diferentes visões de democracia deliberativa, que conferem diferentes níveis dos processos democráticos, e modos diferentes de compreender as fronteiras entre a autonomia privada e autonomia pública” (LUBENOW, 2010, p. 231)

fundamentais e o direito objetivo instituído pelo Estado de Direito, numa relação em que ambos se pressupõem simultaneamente na fundamentação de cada um, uma vez que somente cidadãos portadores de direitos subjetivos fundamentais podem participar em discursos de fundamentação dos princípios do estado de direito.

O princípio procedimental da soberania popular, diferentemente da imagem republicana comunitarista de autogestão democrática dos cidadãos reunidos em assembleia e capazes de chegar a uma vontade comum, não identifica a soberania popular no povo entendido como um macrossujeito, na verdade “prefere difundir-la por meio do intercâmbio entre as redes informais de comunicação da esfera pública e as instituições formais do Estado de Direito, com o objetivo de produzir uma figura política anônima ou carente de sujeito” (DURÃO, 2009, p. 126).

Na teoria habermasiana, a soberania popular tem origem na liberdade comunicativa dos sujeitos, agora cidadãos no mundo da vida, consistente na possibilidade inerente à ação comunicativa cotidiana para se chegar a um entendimento entre os sujeitos ali presentes no contexto comunicativo. Ainda, pode haver dissenso entre cada uma das liberdades subjetivas ali presentes, porém o discurso permite que cheguem a um acordo sobre tais questões controvertidas.

Retomando à relação entre o Estado de Direito e a Constituição, Marcelo Neves, no trabalho de comparar a sociologia jurídica luhmanniana com a habermasiana, evidencia que para esta última, já que o referido autor não concebe o Direito como um meio que se autorregula, a autonomia do direito necessita de uma fundamentação moral com base num procedimento racional, funcionando a positivação como uma opção de transferência dessa fundamentação para um espaço institucionalizado.

Se para Luhmann, por conta da autonomia operacional do direito, o Estado de Direito se caracterizaria pela introdução do código binário autopoiético de autorreferência “lícito/ilícito” na Política<sup>6</sup>, em Habermas, por conta de um procedimento de fundamentação racional, o Estado de Direito é verdadeiramente democrático, daí Estado Democrático de Direito, haja vista que um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si, mas também para a Política.

---

<sup>6</sup> Na visão de Luhmann, o Estado de Direito seria formado por dois outros sistemas autônomos, o Direito e a Política, sendo definido como a introdução do “lícito e ilícito” dentro o sistema político, de modo que as tomadas de decisão do sistema político estão subordinadas ao direito, estando os dois sistemas interdependentes. Tal fenômeno seria possível por conta da Constituição, que é vista aqui como acoplamento estrutural entre política e direito. “Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito” (NEVES, 2006, p. 97).

Os procedimentos de fundamentação “proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental o ingresso igualmente no Direito e na Política. Não há Direito autônomo sem democracia realizada” (HABERMAS *apud* NEVES, 2006, p. 107). Dessa maneira, na teoria do discurso habermasiana, as normas jurídicas exigem, então, uma fundamentação moral justificando discursivamente o Direito, recorrendo Habermas, nesse ponto, ao modelo kantiano de validade jurídica, situada entre coerção e liberdade, em que o arbítrio de um pode conviver com os demais conforme uma lei geral da liberdade, a faculdade de coagir.

Entretanto, na Teoria do Discurso, destaca-se mais o caráter legitimador do processo legislativo democrático do que aquela forma de respeito à lei, pois o cumprimento das normas jurídicas com base na coerção da lei cede espaço à ideia da expectativa de que o procedimento democrático de produção jurídica fundamenta a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas, dispensando, assim, a presença de uma sanção ou consequência como fator primordial para o cumprimento das leis.

Uma norma jurídica posta, dessa forma, não deve ser vista como arbítrio do legislador ou pura vontade política, mas sim uma vontade legítima que se deve à “autolegislação” de cidadãos politicamente autônomos justificada moralmente num procedimento racional. Isso advém da possibilidade de um sujeito privado introduzir os direitos no momento em que participa da esfera pública, numa práxis orientada para o entendimento intersubjetivo consistente numa democracia deliberativa. É uma crítica ao modelo de legitimidade a partir da legalidade, tal como formulado por Weber, apontando para o seu princípio da fundamentação.

Em suma, como explica Marcelo Neves (2006, p. 118), o modelo habermasiano de Estado Democrático de Direito tem seu núcleo no caráter legitimador do procedimento democrático, justificado por sua fundamentação moral, havendo, dessa maneira, uma relação entre Moral, Política e Direito na medida em que à normatividade do dever-ser do Direito importa uma fundamentação moral, impondo à norma jurídica, além do respeito princípios de justiça universais, a consideração da diversidade de valores no âmbito dos procedimentos políticos na esfera pública.

#### **2.2.4 A esfera pública**

A esfera pública pode ser definida como a “estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana” (HABERMAS, 1997b,

p. 92) ou como o “horizonte de racionalização desse consenso nos quadros da coordenação da ação por meios linguísticos de comunicação” (NEVES, 2006, p. 131). Há aqui uma grande influência das ideias kantianas acerca da relação entre uso público da razão como algo de interesse geral voltado às leis universais e racionais, realizando Habermas uma leitura de tal noção de “publicidade” à luz de sua teoria crítica.

Enquanto que o mundo da vida é o cenário de interações simples e cotidianas, que desempenham funções gerais de reprodução dele próprio, como no caso da Religião, da Educação e da Família, ou ainda de diferentes aspectos de validade do saber comunicado através da linguagem, como a Ciência, a Moral e a Arte, a esfera pública é o espaço em que esses fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas específicas. Vale dizer, é o ambiente em que um tema importante entra em sintonia com a compreensibilidade geral que Habermas pleiteia, e, simultaneamente, o momento em que o mesmo assunto é levado à democracia deliberativa.

Para Marcelo Neves, o conceito de esfera pública parte do dissenso estrutural presente no mundo da vida, tratando-se, na verdade, não da amortização de tal elemento, sim da intermediação generalizada dele entre o mundo da vida e os sistemas político e jurídico (2006, p. 131). Dessa maneira, a esfera pública oriunda do dissenso apresentar-se-ia, num primeiro momento, desestruturada, só se fortalecendo e consolidando-se estruturalmente quando há perspectivas de que as expectativas, os valores, os interesses e os discursos que lhe são constitutivos sejam generalizados pelos procedimentos constitucionais, dentre eles, o legislativo, judicial, eleitoral, democrático direto, etc<sup>7</sup>.

Aliás, como Jorge Adriano Lubenow (2010, p. 229-230) demonstra, a esfera pública em Habermas assume também um caráter ofensivo ao “sistema”, pois tal processo se inicia pela formação procedimental da opinião pública e da vontade estatal nas esferas públicas informais, passando, após, para as instâncias formais de deliberação e decisão num processo de “abertura” para a sua institucionalização ancorado num amplo conceito de democracia procedimental e deliberativa”.

Os procedimentos discursivos formados no ambiente da esfera pública que se encontram institucionalizados, além de configurarem procedimentos de formação de opinião e

---

<sup>7</sup> Este seria, na visão de Marcelo Neves, o principal desafio do Estado Democrático de Direito em face da esfera pública: “a estruturação dela através da canalização e intermediação procedimental universalista e pluralista dos enormes conflitos que a caracterizam, conflitos de expectativas, valores, interesses e discursos” (2006, p. 135-136). É daqui que surge o problema da legitimação procedimental, “pois o consenso sobre procedimentos apresenta-se como modo de viabilização e mesmo de fomento do dissenso conteudístico na esfera pública, assim como de sua absorção sistêmica”, como se verá em tópico próprio.

vontade organizadas, focam mais na justificação da escolha dos problemas e na decisão deliberada dentre as soluções concorrentes ali dispostas do que na sensibilização para novas colocações de problemas (HABERMAS, 1997b, p. 32-33). Esse último ponto se refere exatamente ao primeiro momento que a esfera pública se apresenta, comentada por Habermas (1997b, p. 32) num exemplo de esferas públicas das corporações de parlamentares, caracterizando esse momento inicial como ausência de regulação através de processos e funcionamento num contexto de descoberta, do qual é titular o público dos cidadãos em geral.

A esfera pública, então, surge quase que espontaneamente, de maneira fluida, caracterizada por fluxos comunicacionais até então ilimitados, formando a opinião e vontade públicas por meio de discursos informais não desvirtuados pelo poder ou pelo *medium* de integração social não linguístico, como o dinheiro e o poder administrativo.

Entretanto, nem todos os interesses podem ser representados publicamente, somente aqueles que demonstrem uma expectativa de que os atores comunicativos, além de serem consistentes em suas propostas, justifiquem publicamente seus interesses através de argumentos éticos ou morais que o obriguem a compromissos que o forcem a levar em consideração os interesses dos outros (HABERMAS, 1997b, p. 71). E tal justificativa deve se dar de forma adequada – procedimentalmente.

É nesse momento da teoria discursiva de Habermas sobre o Direito que vemos maiores detalhes da corrente hermenêutica do “procedimentalismo”, pois, como Habermas explica (1997b, p. 94), o sucesso do consenso ali empreendido não pode ser medido pela generalidade ou alcance universal, sim por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada. Isto porque uma opinião pública demonstra seu vigor pelo amplo assentimento de que goza e por sua grandeza empírica, justamente por ser medida por qualidades procedimentais na sua criação. Logo, uma ideia comunicativa ou uma pauta discursiva só adquire poder político quando se submete a processos institucionalizados.

Habermas percebe também que tal espaço pode ser manipulado tornando-se numa esfera dominada pelos meios de comunicação de massa, quando infiltrada pelo poder e retirada do seu local de institucionalização. Isso ocorre porque, à medida que o mundo da vida se reproduz pelos meios comunicativos de transmissão cultural, integração social e socialização, as instituições passam a surgir, desempenhando o papel de renovar e preservar as tradições, solidariedades e identidades, culminando no conceito de sociedade civil, que não é mais uma dimensão linguístico-simbólica do mundo da vida, sim, numa direção pós-marxista, uma dimensão institucional que se distingue da sociedade civil da economia privada (LUBENOW, 2019, p. 109).

A esfera pública representa, dessa forma, o espaço social, procedimental e institucionalizado, de exercício do agir comunicativo num ambiente formal, que confere uma dimensão simbólica ao mundo da vida, devendo tal exercício, necessariamente, estar situado em margens éticas de consideração do “outro”. Somente assim, como se verá nas linhas posteriores, se torna possível conceber uma democracia dialógica.

### 2.3 DA ESFERA PÚBLICA À POLÍTICA DELIBERATIVA

Todo esse caminho que a teoria procedimental-discursiva habermasiana faz em selecionar práticas do agir comunicativo em opiniões públicas relevantes através da institucionalização de esferas públicas em procedimentos previstos constitucionalmente só é possível mediante um modelo político-democrático. Habermas, no segundo volume da obra “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”, irá se debruçar sobre um modelo procedimental e deliberativo de Democracia, partindo da comparação entre os modelos empíricos e normativos desta, criticando o primeiro na comparação com o segundo, criando, por conseguinte, um terceiro modelo – o procedimental – que não reduziria a legitimidade democrática do poder e do Direito.

Aliás, como dito antes, o modelo de democracia e formação de vontade estatal proposto por Habermas pretende ser uma terceira via para além das teorias políticas liberais e comunitaristas, não se apoiando mais na figura do sujeito, seja ele compreendido isoladamente ou no seu todo social, sim na do procedimento capaz de viabilizar um processo intersubjetivo de fundamentação normativa. A chamada “democracia deliberativa” é nova compreensão do já mencionado princípio da soberania popular como um procedimento intersubjetivo cuja fonte de legitimação normativa não será nem pessoalmente subjetiva, como no modelo liberal, nem substancialmente objetiva, como no modelo comunitarista.

No segundo volume de “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”, Habermas se debruça sobre seu projeto de uma democracia procedimental, situando a “Política Deliberativa” entre os conceitos empiristas e normativistas do regime democrático e entre as concepções liberais e republicanas da democracia, que a analisam de maneira insuficiente vendo o sistema de direitos como uma constituição histórica e implementado em ordens institucionais ou baseando-os nos pressupostos pragmáticos teoricamente inevitáveis que acompanham a instauração legítima do Direito, respectivamente.

Isso se dá porque os cidadãos racionais, agentes comunicativos, não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático, caso se limitassem a uma autodescrição

empirista de suas práticas, haja vista que a carência de justificação demanda um sentido normativo da compreensão intuitiva da democracia, situando-se a teoria do discurso em elementos de ambas as visões, integrando-as ao conceito de procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão.

Como Habermas indica (1997b, p. 19), esse processo democrático estabelece um “nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos”, o que resulta na conversão da razão prática e da eticidade concreta dos agentes inseridos na esfera pública para as regras do discurso e as formas de argumentação que extraem seu conteúdo normativo da “base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa”.

A Teoria do Discurso se diferencia de um modelo republicano que considera a sociedade constituída como um todo estruturado politicamente, sendo a sociedade por si mesma sociedade política, uma vez que a democracia deliberativa não depende da qualidade de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas da institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais, bem como da procedimentalização da soberania popular e da ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política (HABERMAS, 1997b, p. 21).

O modelo deliberativo habermasiano, em suma, não pode ser enquadrado nas teorias normativas liberais nem nas comunitaristas, apesar de ser possível enxergar semelhanças de sua proposta com as duas visões, como a reserva uma posição central ao processo político de formação da opinião e da vontade, que ocorre no republicanismo, ou nos limites entre Estado e sociedade sendo respeitados, como se vê em outras doutrinas liberais (LUBENOW, 2010, p. 234).

A democracia deliberativa, ou esta terceira via procedimental, não é nem uma soma das vontades individuais, nem representa uma “vontade geral”, mas sim decorre de um processo de formação discursivo-deliberativo entre cidadãos livres e iguais, tendo como núcleo uma vontade ou decisão gerada comunicativa e intersubjetivamente cujo resultado demonstra uma decisão política fundamentada racional e universalmente por meio do discurso, sendo moralmente justificada (HABERMAS, 1997b, p. 21).

A força normativa desse processo é extraída das fontes da ação comunicativa, precisando, então, de espaços públicos autônomos diversos e procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade política institucionalizados jurídico-estatalmente para se desenvolverem.

Carlos Roberto Bueno Ferreira (2013, p. 29-31), delimitando o contexto dessa nova democracia deliberativa, evidencia que somente as normas que decorram do discurso entre cidadãos livres e iguais serão legitimadas, diferentemente da doutrina política liberal dos princípios de justiça terem prioridade em face do procedimento de legitimação democrática. A democracia deliberativa, a saber, não tem um limite contextual, permitindo debates mais amplos, sejam eles sobre questões éticas, políticas ou morais, e ainda assim não se resumindo à concepção de legitimidade como concordância com a identidade objetiva universal da comunidade, pois haveriam mais possibilidades de se chegar a consensos e estabelecer compromissos e menos espaços para uma identidade substancial.

No procedimento discursivo de justificação pública da democracia deliberativa, as preferências individuais devem ser apresentadas como razões universais, o que não significa elas serão excluídas do discurso, só que serão traduzidos numa linguagem universal pelo procedimento deliberativo, sujeitando-se às regras procedimentais da Teoria do Discurso, compatibilizando os interesses universais e os individuais.

Na democracia deliberativa, não há a necessidade do cidadão se dissociar de sua identidade ética para poder participar do discurso político, porque os elementos e concepções pessoais éticos, políticos e morais de cada um encontram-se uns com os outros, integrando o procedimento de discussão e deliberação.

Interessante pontuação de Carlos Roberto Bueno Ferreira (2013, p. 32) é a de que o modelo deliberativo não busca a verdade política objetiva, aquela preocupação epistêmica de justificação, pois não haveria no discurso uma dissociação entre o fático e o justo ideal, o que, em último plano, caracteriza a decisão factual como uma decisão normativa.

“Nesse aspecto, pode-se dizer que a solução habermasiana é a que melhor evitou a falácia naturalista - não se pode inferir um “dever ser” a partir de um “ser”-, inicialmente identificada por David Hume” (FERREIRA, 2013, p. 32), pois a decisão deliberada já é uma proposição normativa, o que dispensa uma nova tentativa de se estabelecer um conjunto de normas ideais representativas de um “dever ser” sobre a tomada de decisão ali discutida.

A problemática pontuada por Habermas se dá na prescindibilidade ou não da separação de sujeito ético e sujeito político na sua análise sobre a neutralidade ou não da democracia deliberativa e de como se dá a socialização discursiva. Para compreender essa socialização, Denilson Luís Werle (2000, p. 107) complementa, partindo da mesma análise sobre a valoração da democracia habermasiana, enunciando a democracia enquanto um problema moral, uma vez entendida como uma mediação social entre a moralidade política e as instituições políticas e sociais, ou ainda como um conjunto de procedimentos e prática

públicas e intersubjetivas de instituição das regras mais adequadas ao desenvolvimento de uma sociabilidade coletiva. As questões morais que perpassam esse modelo de democracia deliberativa são refletidas no significado atribuído pelos atores à democracia, nas diferentes concepções acerca da publicidade e tolerância, no consenso político-normativo que permite a coordenação das ações, entre outras hipóteses.

A democracia em Habermas, assim, sob esse ponto de vista da justificação moral, abarca, além dos espaços institucionais da administração estatal e a esfera do executivo, um conjunto de arenas mais consensuais e comunicativas, culminando com a “societalização”, como Werle chama, do conceito de Moral e de Democracia, conectando a moralidade da democracia com a política advinda dos procedimentos interativos dos atores e com o funcionamento sistêmico do sistema político-institucional, de maneira que a prática democrática tenha sua origem na própria sociedade e que permita a autodeterminação dela (WERLE, 2000, p. 111).

Como visto também, é em virtude do caráter ofensivo da esfera pública que se efetiva um modelo de democracia procedimental-deliberativo (LUBENOW, 2010, p. 230). Mesmo não sendo o primeiro a escrever sobre espaços deliberativos na tomada de decisão política, Habermas dá importante foco à questão da institucionalização desses espaços no intuito de transformá-los em ambientes de formação discursiva da opinião e da vontade oficializados, em que as ações recíprocas entre as esferas informais do mundo da vida com as esferas formais dos processos de tomadas de decisão constituiriam a Política.

Isso consolida a tese de que os atores comunicativos, exercendo suas ações com base nesse modelo racional de entendimento intersubjetivo, necessitam de um espaço para possibilitarem influir tal disposições no espaço político. A esfera pública representa o início desse projeto maior, de uma democracia deliberativa, viabilizada por procedimentos discursivos institucionalizados, que permitem que uma decisão política, além de mediada por um *medium* linguístico, alcance um consenso entre os integrantes.

Esse modelo procedimentalista de formação da vontade estatal só é possível num Estado de Direito que seja necessariamente democrático, para que não recaía na tensão ocasionada pelo modelo positivista de disposições normativas funcionalmente estruturadas, que apesar de garantirem autonomia sistêmica, carecem de fundamentação por uma ideia de legitimação pautada na pura validade normal de suas normas.

A fundamentação de cada norma produzida é indispensável para conter a tensão que a facticidade social causava num modelo de legitimação construído unicamente na validade

de suas normas, confirmando aí o surgimento do espaço procedimental como meio apto para justificar, racional e moralmente, o resultado útil ali produzido.

Num Estado Democrático de Direito, a Constituição deve mediar esse esforço procedimental-discursivo em seus processos, sejam eles legislativo ou jurisdicional, permitindo que esses dois campos sejam carregados de estruturas deliberativas que viabilizem o agir comunicativo de cada um dos sujeitos que podem ser atingidos pela norma ali debatida, estando eles na condição de produtores e destinatários da norma, fator que implica o reconhecimento de uma concordância mútua e de um entendimento intersubjetivo, ainda que somente quanto ao meio utilizado, nas hipóteses de dissenso quanto ao que está sendo discutido.

Essas providencias, quando olhadas no âmbito da jurisdição, demandam observá-la como um procedimento discursivo, adaptando-a, o que torna possível indagar se, em primeiro lugar, o processo jurisdicional pode ser mais um desses espaços procedimentais disponibilizados aos agentes comunicativos na esfera pública, e, em caso positivo, de que modo.

Destarte, há de se considerar nessa análise, dada a complexidade de relações sociais na contemporaneidade, a abertura da jurisdição estatal para entes que não se enquadravam aos moldes anteriores da Teoria Geral do Processo e da Ciência do Processo Civil, as figuras coletivas, nem totalmente públicas nem totalmente privadas, que influem nos mesmos moldes na Democracia e na Política, necessitando, então, serem reconhecidas e consideradas. Analisar-se-á, então, os processos judiciais em que a coletividade faz parte e as possíveis implicações que uma Filosofia Processual habermasiana no Direito pode resultar.

### 3 O DIREITO MATERIAL COLETIVO INSERIDO NA DEMOCRACIA DE HABERMAS

Contextualizada a visão habermasiana, seus conceitos fundamentais e os pressupostos teóricos do seu Procedimentalismo, introduz-se neste capítulo um fim prático para todas as ideias expostas: analisar, sob a ótica do mencionado autor, o trajeto de um processo coletivo judicial, verificando se os apontamentos de Habermas podem se fazer presentes e, em caso positivo, quais as compatibilizações necessárias.

Numa visão panorâmica, seguindo o pressuposto de que atores comunicativos se encontram na esfera pública, de maneira informalizada até o momento, e, através de um meio procedimental-discursivo-formal e institucionalizado, formam uma vontade política tomada numa decisão arquitetada no entendimento comum entre vários atores comunicativos, objetiva-se demonstrar se os chamados “direitos coletivos” podem ser introduzidos na pauta da esfera pública e submetidos ao crivo da política deliberativa.

Para tanto, faz-se imprescindível contextualizar a constatação de Habermas acerca da transferência da regulamentação social para as disposições normativas postas, característica do Direito positivo dos Estados modernos, e de como isso carece de fundamentação moral-procedimental, necessariamente discursiva. Necessário, então, antes de investigar a introdução temática dos direitos coletivos na esfera pública, conceber o “sistema de direitos” proposto por Habermas em sua obra, e de que modo são fundamentados.

Por conseguinte, busca-se também avaliar se o processo judicial pode servir de ambiente para a concretização desse ideal de democracia dialógica, ou se a jurisdição estatal, por ter a característica da substitutividade e coerção, compromete necessariamente o consenso visado por Habermas. Para tanto, necessita-se antes de uma explicação preliminar, passando por etapas desse procedimento de maneira pormenorizada, o que se pretende fazer neste capítulo.

Logo, além das explicações prévias acerca da definição, reconhecimento epistemológico e histórico dos direitos coletivos, limita-se este trabalho nesse momento a verificar se é admissível a introdução de pautas coletivas no *locus* deliberativo desenhado por Habermas, e de que forma isso se ocorrerá, para, num capítulo posterior, se debruçar sobre a formação propriamente dita de um procedimento discursivo institucionalizado.

Tais hipóteses são levantadas situadas no contexto do Neoconstitucionalismo que embasa as Teorias do Direito contemporâneas, avaliando o já debatido papel da Constituição no Estado de Direito na sociologia habermasiana, especificando também a proposta

reconstrutivista adotada pelo autor na obra “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”.

Logo, este capítulo apresenta-se com a importância imediata de reconhecer a coletividade e as pautas ligadas às situações jurídicas coletivas dentro do espaço da esfera pública, ao lado de um fim mediato de delimitar um possível horizonte para desenhar o trajeto de uma situação jurídica coletiva até a formação litigiosa de uma pretensão sobre um direito coletivo, abordando necessariamente nesse último momento a possibilidade de consenso.

### 3.1 BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO E ABRAGÊNCIA DOS DIREITOS COLETIVOS: DA LEGISLAÇÃO ESPARSA NOVECENTISTA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (1990)

Didaticamente, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1999, p. 306-308) faz menção ao romance realista “Garabombo, o Invisível” do peruano Manuel Scorza, escrito em 1972, para identificar um ponto curioso sobre o surgimento dos direitos subjetivos conhecidos como “direitos coletivos” ou, contemporaneamente, “direitos fundamentais de terceira geração”, avaliando que num universo em que predominam as individualidades nos ordenamentos jurídico-positivos, tudo que seja coletivo é ou estatal, ou omitido, ou invisível.

A obra retrata a estória de uma comunidade na luta pelo reconhecimento de seus direitos enquanto grupo. Na narrativa, o líder Garabombo ficava cada vez mais invisível na medida em que reivindicava direitos da comunidade, demonstrando, assim, que os títulos e prerrogativas que o grupo detinham não podiam ser reconhecidos pelas autoridades, já que o portador era invisível. A partir disso, é possível questionar como se deu, em linhas temporais, o delineamento do itinerário dos direitos coletivos nas codificações ou leis individualizadas, observando seu reconhecimento pelos meios institucionais do Estado.

Utilizando-se da doutrina dos direitos fundamentais, quanto à tarefa de organizar e sistematizar o histórico do reconhecimento dos direitos fundamentais, primeiramente, a doutrina e a jurisprudência brasileira costumam identificá-los em “gerações”<sup>8</sup>, sendo resumidas em “direitos fundamentais de primeira geração”, caracterizando o surgimento de direitos e garantias individuais clássicos, como vida, liberdade, propriedade e alguns direitos políticos, de limitação do poder estatal; em “direitos fundamentais de segunda geração”, compreendendo

---

<sup>8</sup> Apesar de já ter havido um debate quanto às terminologias “famílias” ou “dimensões”, há consenso atualmente no uso de “gerações”, pois demonstra a ideia de que uma geração se conecta a outra, não as eliminando nem as hierarquizando, como poderia ocorrer com as outras terminologias.

os direitos sociais, culturais e econômicos que, impondo uma prestação positiva ao Estado, visavam obter o bem-estar e a igualdade material; e em “direitos fundamentais de terceira geração”, explicados adiante.

O primeiro grupo mencionado coincide com o momento histórico do final do século XVII, período de crise do Antigo Regime e do surgimento das democracias liberais representativas, destacando-se aqui as revoluções liberais inglesa e francesa, ao passo que, a “segunda geração” adveio logo após a Primeira Grande Guerra, num mundo que presenciava o surgimento das primeiras constituições dirigentes, como as constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e da República de Weimar de 1919.

A dita “terceira geração de direitos fundamentais” é mais recente, coincidente com o término da Segunda Guerra Mundial e com a demanda de uma tutela de valores universais e comuns aos sujeitos, assistência a ser desempenhada por representantes da sociedade civil, organizações não-governamentais ou mesmo o próprio cidadão, enquanto membro da sociedade.

Conforme Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 535), os direitos fundamentais de terceira geração “caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa”, sendo os direitos de “solidariedade” ou “fraternidade” na clássica classificação de Karel Vasak<sup>9</sup>.

Por conta do interesse comum aos grupos ou à coletividade titular desses direitos, e também por conta de sua implicação universal, esses direitos exigem um empenho e uma consciência em níveis expressivos para se concretizarem, não se esgotando somente com a mudança do perfil político do Estado e a forma que ele se relaciona com os cidadãos, necessitando para a compreensão dessa nova categoria de direitos fundamentais um entendimento estruturalmente novo acerca de uma sociedade massificada.

Nesse sentido, Jairo Schäfer<sup>10</sup> (2013, p.56) ilustra, em contraponto à insuficiência do positivismo jurídico dogmático, que a socialização e a coletivização característicos dos novos conflitos coletivos de massas demandam até mesmo um novo entendimento de cidadania,

---

<sup>9</sup> A classificação de Vasak foi criada em 1979 numa palestra na conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, na França. Essa classificação tem como critério a semelhança com cada um dos valores que estampam o lema da Revolução Francesa – “liberdade, igualdade e fraternidade”. Com base nesses três conceitos, os direitos fundamentais são divididos em três perspectivas históricas: primeira geração (liberdade), segunda geração (igualdade) e terceira geração (fraternidade).

<sup>10</sup> A título de curiosidade, o autor critica a classificação dos direitos fundamentais em gerações, tanto quanto no contexto histórico quanto no método utilizado, propondo classificações das seguintes formas: “direitos de dimensão negativa, de dimensão prestacional ou de dimensão difusa” ou “direitos de defesa, direitos de participação política e direito a prestações” (SCHÄFER, 2013, p.62).

apontando que as agressões contra posições jurídicas, como haviam ocorrendo em decorrência do desprezo legislativo de se considerar esse novo cenário, “só podem ser entendidas e solucionadas de forma coletiva, uma vez que as consequências de muitas condutas somente assumem relevância histórica e social se devidamente contextualizadas”.

Evidentemente, o trajeto histórico de reconhecimento normativo desses direitos passa pelas crises de cada uma das gerações passadas, superando-as no tocante à ausência de previsão não só da coletividade como titular de direitos, mas também como parte legítima para deduzir suas pretensões em juízo. No ordenamento pátrio, esse percurso é muito recente, mas bastante significativo, sobretudo em virtude do papel que a Constituição Federal de 1988 e o simbolismo do Neoconstitucionalismo desempenharam.

Demonstrando o itinerário, a tutela jurídica dos direitos coletivos se deu de maneira bastante esparsa durante o histórico do processo jurisdicional brasileiro. A doutrina de Gregório Assagra Almeida (2008, p. 422-428), em razão dessa gradual evolução, sistematiza a trajetória da normatização do processo coletivo em quatro fases: fase das ordenações do reino (I), fase da absoluta preponderância individualista da tutela jurídica (II), fase da proteção fragmentária dos direitos transindividuais (III), e, por fim, fase da tutela jurídica integral, irrestrita e ampla (IV).

No primeiro momento, somente havia a figura das chamadas “ações populares”, não com o mesmo sentido contemporâneo, sim com forte influência romanística, que objetivava defender interesses ligados ao Direito Público, em especial os bens públicos. Era uma ação coletiva genérica, que não prosperou com o advento do Código mencionado, que restringiu o direito de ação àqueles que tinham interesse próprio, daí “absoluta preponderância individualista” e deixando os interesses da coletividade sob a tutela do Direito Penal e Administrativo.

Todavia, dada a promulgação das novas leis n. 4.717/65 (a lei de Ação Popular), da lei n. 6.938/81 (a lei de Política Nacional do Meio Ambiente), e da lei n. 7.347/85 (a lei de Ação Civil Pública), passa-se a vivenciar um novo momento da tutela dos direitos coletivos, ampliando significativamente o campo de direitos transindividuais contemplados pela tutela jurisdicional, incluindo os bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, turístico ou paisagístico, além do meio-ambiente e direitos do consumidor.

Mas foi só com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que houve, de fato, uma tutela coletiva holística, conforme se verá em tópico seguinte, reconhecendo os direitos e deveres coletivos como direitos fundamentais em seu Título II, Capítulo I, trazendo garantias importantes como o acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela coletiva, além do devido

processo legal coletivo e da legitimidade concorrente e pluralista para órgãos públicos e entes privados para a propositura de ações coletivas, conforme seu art. 129, §1º.

Ainda, a importância da Constituição Federal destinar normas para regulamentar o direito coletivo não foi só perceptível no plano processual, mas nas relações jurídicas de direito material também, como o direito fundamental à moradia, saúde, previdência social, proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem, do idoso dos índios, dentre outros, colaborando com a promoção do *status* material de cada um desses valores a direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Aliás, Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1999, p. 331-334), dando continuidade à metáfora dos “direitos invisíveis”, pontua que, com a CF/88, marca-se o “envelhecimento do Estado moderno”, pois, para além de todo amparo normativo ao direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), proteção ao patrimônio cultural (art. 216), direito dos povos indígenas às terras originárias (art. 231), o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), e tantos outros exemplos previstos nos Títulos dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos e da Ordem Social, o texto constitucional reforma profundamente a estrutura do Estado, da Administração Pública e sobretudo do Poder Judiciário.

A inafastabilidade da jurisdição teve que se adaptar a um novo molde de legitimidade ativa que não individual, extraordinária e de cunho contratualista, criticando Souza Filho mais uma vez a limitação de postulação desses novos direitos transindividuais por meio de ações específicas e especiais, mas já apontando para o crédito da novidade de uma legitimação tão difusa quanto o direito tutelado em juízo, isto é, a coletividade é legitimada a defender um direito que não pertence a uma só pessoa, mas a ela como um todo.

Essa nova compreensão demandou vias processuais adequadas, não meramente administrativas, ensejando ao processo jurisdicional, antes desenvolvido num modelo marcado pelo formalismo para resolver conflitos intersubjetivos, uma adaptação, ressaltando que “sua crise atual não consiste na dificuldade ou demora da prestação jurisdicional intersubjetiva. Esta é apenas uma crise de quantidade, não de qualidade” (SOUZA FILHO, 1999, p. 328).

Nesse momento, com embasamento constitucional, destarte, consegue-se ver tanto uma relação jurídica material coletiva em concreto quanto uma relação jurídica processual coletiva com melhores contornos, surgindo, nesse cenário, um verdadeiro processo coletivo enquanto ramo da Ciência do Direito Processual.

Inicialmente, conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 30), tem-se que o processo coletivo é aquele “em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação

jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas”. Nesse mesmo sentido, pontua Daniel Neves (2020, p. 520), definido o “processo coletivo passivo” como “o processo no qual se discute esse dever ou estado de sujeição coletivo”.

Desse ponto de partida, consegue-se perceber que a utilidade de um processo coletivo está ligada às referidas situações jurídicas substanciais que compõem o seu objeto. Logo, no intento de definir cada uma daquelas situações jurídicas coletivas, sua natureza e suas peculiaridades, estabelece o parágrafo único do artigo 81 da Lei federal n. 8.078/90, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC), que:

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

É a partir dessa sistemática da legislação consumerista que a doutrina defende que o Direito Coletivo *lato sensu* é resumido em três categorias<sup>11</sup>: os direitos difusos (I), aqueles transindividuais e de natureza indivisível; os direitos coletivos *stricto sensu* (II), também indivisíveis e pertencentes a pessoas indetermináveis, mas que podem ser determináveis, enquanto grupo, categoria ou classe, ligados entre si por uma relação jurídica base; e os direitos individuais homogêneos (III), direitos de pessoas determinadas, decorrentes da massificação e padronização das relações jurídicas ou da lesão ali envolvida, sendo esta a “origem comum” que a lei especifica.

---

<sup>11</sup> Ainda nessa fase preliminar, a doutrina também destaca um contratempo legislativo na adoção de “interesses e direitos” na redação do CDC, evidenciando que tal distinção residiria no fato do direito subjetivo pertencer unicamente ao indivíduo, protegendo seu interesse individual, ao passo que os interesses diriam respeito ao interesse geral, contemplando o indivíduo apenas como componente da coletividade e do Estado (ZANETI JR., 2005, p. 237), mas que, dada a inafastabilidade da jurisdição, essa distinção tem pouca relevância prática, podendo na prática se verificar tanto um interesse geral quanto uma pretensão individual, pois ambas situações seriam tuteladas pelo microsistema processual coletivo. Num mesmo sentido, aponta Daniel Amorim Neves (2020, p. 160) que tal distinção surgiu no contexto liberal da concepção clássica de direito subjetivo, dividido entre direito privado, de titularidade de um indivíduo, e direito público, de titularidade do Estado, contexto em que não haveria um campo para outros titulares, como a coletividade, razão pela qual criou-se o termo “interesse” para se referir a essa nova pretensão subjetiva que não do Estado nem do indivíduo particularmente considerado.

Antes, porém, de adentrar em cada uma das peculiaridades dessa classificação, convém destacar o mérito do CDC no histórico do Processo Coletivo, porque a referida codificação preocupou-se de tutelar os interesses do consumidor de modo integral, em todas suas dimensões, seja na proteção contratual, na responsabilidade civil por acidentes de consumo, nos vícios dos produtos e serviços, na publicidade, etc., mas sempre prevendo, seja de maneira própria ou por equiparação, a coletividade como titular desses mesmos direitos subjetivos, justificando-se tal tutela pela massificação do mercado de consumo e pela configuração atual da sociedade (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2013, p. 472-473).

É importante destacar que a identificação processual da espécie de direito coletivo tutelada na ação coletiva em específico não mais reside na espécie de direito material discutido na lide, sim do conteúdo e extensão do pedido e da causa de pedir formulados pelo autor, podendo, dessa maneira, uma única ação coletiva tutelar os as três diferentes espécies de direitos coletivos (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2013, p. 482-483). Dessa maneira, passa-se a precisar o significado de cada uma das três modalidades.

Sob o aspecto subjetivo, os direitos difusos são transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares, haja vista que não há um titular individualmente materializado, e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato, como, por exemplo, morar na mesma região. Já sob o aspecto objetivo, eles são indivisíveis, não podendo ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares, sendo, em decorrência de sua natureza, insuscetíveis de apropriação individual.

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, são subjetivamente também transindividuais, mas com indeterminação relativa dos titulares, haja vista que não têm um titular individual, e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica base, como, por exemplo, os trabalhadores de uma mesma categoria. Sob o aspecto objetivo, eles também são indivisíveis, não podendo ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares. Mais uma vez, em decorrência de sua natureza, também são insuscetíveis de apropriação individual

Os direitos individuais homogêneos, por outro lado, já se diferenciam dos dois anteriores tanto no aspecto subjetivo, porque são individuais, havendo perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito, quanto no aspecto objetivo, pois são divisíveis, podendo ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais. Por fim, em decorrência de sua natureza, por serem individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular, diferentemente do que ocorre com os outros dois tipos acima explicados.

Retornando ao papel do CDC na linha do tempo da positivação e reconhecimento dos direitos coletivos, destaca-se que foi só com a edição dele que, ineditamente no ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a conceituar cada uma das categorias jurídicas coletivas, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que, como diz Zaneti Jr. (2012, p. 273), transformou teoria em norma e acabou por criar um “microsistema de tutela coletiva”, normatização assim denominada porque nem todas as normas de direito coletivo estavam presentes no CDC, seguindo a introdução do referido artigo 81, estando, em verdade, espalhadas pelo ordenamento, como na Lei de Ação Popular, de Ação Civil Pública, de Improbidade Administrativa, de Mandado de Segurança Coletivo, dentre outros.

Ainda que dispersas, tratam-se de um verdadeiro sistema integrado, pois “os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, (...), aderindo a uma intertextualidade intrassistemática. Esta mesma intertextualidade se dá agora com o CPC/15” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p.55). Isso demonstra que o microsistema não deve ser compreendido como um código, esgotado, permitindo com que novas e recentes leis venham a agregar ao já disposto, mas não revogar, como ocorre nas sistematizações por códigos<sup>12</sup>.

Por fim, para concluir o percurso histórico do reconhecimento dos direitos coletivos, apesar de não esgotado, importante se faz mencionar o horizonte abrangente da representação e identificação dos direitos transindividuais. Dado o avanço que a CF/88 e o CDC trouxeram ao Direito Coletivo, demonstrando a insuficiência de um modelo epistemológico de identificação do Direito pela natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou por sua utilidade, fez-se necessário também utilizar como critério para a definição a perspectiva da titularidade do direito e a forma de sua proteção e efetivação material, levando em conta, dessa forma, se a norma jurídico-constitucional se destina à proteção ou efetivação de direito ou interesse individual ou à proteção ou efetivação de direito ou interesse coletivo.

A conclusão que chegam Luiz Philippe Vieira de Mello Neto e Gregório Assagra de Almeida (2011, p. 85) é a de que, ainda que se utilizasse o critério antigo de “normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais”, observar-se-ia um retorno à necessidade de voltar-se para os critérios da proteção e efetivação e da titularidade de

---

<sup>12</sup> Daniel Amorim Neves (2020, p. 43), deparando-se sob a hipótese de conflito de leis dentro do microsistema, apresenta um filtro para tal conflito aparente de normas, a começar pela definição dentro do núcleo duro sobre qual norma deve ser aplicada no caso concreto (I); depois, fora do núcleo duro, como normas de outras leis que compõem o microsistema devem ser aplicadas (II); para, por fim, fora do microsistema, definir como devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil de 2015 (III). Especificando, na visão do autor, tem-se que o seu “núcleo duro” é composto pela Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, e dentre as demais leis, o Estatuto do Idosos, da Criança e Adolescente, da Pessoa com Deficiência, a Lei de Improbidade Administrativa, Anticorrupção, etc.

direito individual ou de direito coletivo, o que demonstra que a necessária e relevante constatação é a de que todas essas normas do direito positivo constitucional são de “interesse coletivo (difuso) de toda a coletividade”.

É esse interesse coletivo, objetivo e legítimo, verdadeira finalidade do Direito Processual Coletivo, que justifica a proteção, de forma potencializada, da Constituição, do Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais. Em razão disso, justifica-se utilizar-se do processo coletivo como espécie de “processo de interesse público” ou de “litigação de interesse público”, pois os direitos coletivos representam uma espécie de interesse público primário da Administração Pública (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p. 38), também indisponível, portanto, ainda que presente numa pretensão individualizada, mas decorrente de um interesse comum.

Nesse sentido, já se colocou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 248.869/SP, pelo relator Min. Maurício Corrêa, em que se defendeu a legitimidade do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais individuais indisponíveis:

“Já temos defendido que a tônica da intervenção do Ministério Público consiste na indisponibilidade do interesse. Hoje vamos mais além. A par dos casos em que haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier à coletividade como um todo. (...). Num sentido lato, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é acometido ao MP.”

Dessa forma, seja quando há presença do Estado, abrangendo questões previdenciárias, reivindicações de servidores públicos, fornecimento de medicamentos, moradia, questões fundiárias, entre outras, seja quando há presença de grupos da comunidade, como consumidores, idosos, crianças, pessoas com deficiência, ou ainda quando uma só pessoa, como ocorre em algumas demandas relacionadas à saúde e educação, em ambos casos haverá processo coletivo, porque o direito tutelado é um direito coletivo e permeado por um interesse público indisponível<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Não obstante o posicionamento do STF explicitado anteriormente, oportuno se faz aqui valer do questionamento feito por Teori Zavascki (1996, p. 188), no tocante à possibilidade da defesa dos direitos coletivos individuais homogêneos ser feita pelo MP e não pela coletividade propriamente dita, uma vez que tais direitos são tipicamente individuais e disponíveis, enquanto a finalidade do Ministério Público é destinada à defesa de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF/88, art. 127) e que está proibida pela Constituição até mesmo de atuar em juízo em nome de entidades públicas (art. 129, IX). Apesar dessa discussão já ter sido resolvida pelo STF, que afirmou a legitimidade ativa do MP na “litigação de interesse público”, coaduna-se com tal entendimento o posicionamento do autor sobre a legitimidade do MP “para defesa de direitos individuais poderá ser admitida apenas em situações

### 3.2 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS COLETIVOS E O “SISTEMA DE DIREITOS” PROPOSTO POR HABERMAS

Willis Santiago Guerra Filho (2008, p. 725-726), num esforço epistemológico de definir um “conceito de conceito”, como assim ele denomina, dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, os tem como a tradução, no direito posto e em sede constitucional, do que se considera direitos humanos no plano político e internacional, destacando que o esclarecimento desses direitos fundamentais no Estado de Direito é indispensável e inerente à democracia.

Para isso, o autor formula conceitos por duas vias: um naturalmente filosófico, baseado no idealismo platônico, bastante especulativo, prescritivo e normativo; e outro mais científico, com inspiração na empiria aristotélica, sendo mais realista, descritivo e empírico. Não obstante tal dicotomia, Guerra Filho destaca a importância do contexto para ambas conceituações, qual seja o sentido que o Direito Constitucional os dá no âmbito do próprio Direito.

Isso é importante para demonstrar o papel da Constituição de 1988 na trajetória histórica do pensamento jurídico, enquanto teoria e enquanto ciência, que é a configurar um marco histórico do Neoconstitucionalismo e do Pós-Positivismo no Brasil. Logo, na medida que se passa a considerar a CF/1988 como eixo referencial para o “conceito” dos direitos fundamentais, supera-se tal dicotomia de uma via prescritiva e outra descritiva do Direito, que podem ilustrar doutrinas jusnaturalistas e juspositivistas na teoria do Direito, e passa a se compreender uma concepção de direitos fundamentais desenhada num espaço intermediário entre os “imperativos ônticos” e os “juízos gnosiológicos”, um espaço deônticos – o processo.

Segundo Luiz Philippe Vieira de Mello Neto e Gregório Assagra de Almeida (2011, p. 77-78), é essa mudança de paradigma do Neoconstitucionalismo que promoveu o surgimento de uma nova “*summa divisio*” constitucionalizada, não mais pautada na diferença “público *versus* privado”, por eles considerada incompatível com a nova teoria dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe de maneira inédita a inserção do Direito Coletivo, amplamente considerado, ao lado dos direitos individuais, no Título II, Capítulo I da previsão dos direitos fundamentais, contemplando, assim, todas as espécies de direitos ou

---

especiais, quando a lesão ao conjunto dos direitos venha representar, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, não apenas a soma dos interesses particulares, mas sim o comprometimento de interesses relevantes da sociedade como um todo” (ZAVASCKI, 1996, p. 191).

interesses coletivos. Essa previsão bastante ampla, sem delimitações, do Direito Coletivo representa uma cláusula constitucional aberta sobre o próprio Direito Coletivo, como direito fundamental, maximizando a própria dimensão constitucional de tais interesses, em consonância com a cláusula geral aberta dos direitos e garantias constitucionais do § 2º do art. 5º da CF/88.

Como afirmaram os autores, “a nova *summa divisio* constitucionalizada no país é Direito Individual e Direito Coletivo” (MELLO NETO, ALMEIDA, 2011, p. 81), o que importa a inserção de novos princípios e diretrizes no Direito, além da construção de novos paradigmas sobre a relação entre Estado e indivíduo(s). Num Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro por expressa previsão constitucional (art. 1º da CF/88), tornam-se inseparáveis, de um lado, os direitos do próprio Estado e da Administração Pública, o “Direito Público” da antiga *summa divisio*, e, do outro, os Direitos Coletivos e os Individuais, porque o Estado, e todo o aparato de Direito Público decorrente dele, só existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu.

Ademais, foi com a evolução da sociedade caracterizada pela crescente complexidade das relações intersubjetivas, decorrentes do pluralismo e das contradições da sociedade contemporânea, que a ética individualista que permeava a tradicional teoria dos direitos fundamentais não conseguiu se sustentar, entrando em “colisão com uma sociedade que exige macroética, na qual as responsabilidades e as relações se revelam essencialmente coletivas” (SCHÄFER, 2013, p.55).

Isso tudo remonta ao contexto da modernidade o qual Habermas se debruçou para avaliar o positivismo, a legitimação pela via formal da legalidade, e o agir estratégico que permeava algumas interações sociais que não baseadas por um *medium* linguístico. Após analisar o surgimento e reconhecimento normativo dos direitos coletivos, avaliando-os como direitos fundamentais de terceira geração, procura-se agora fundamentá-los dentro da teoria pós-positivista de Habermas, objetivando, ao final, investigar o modo como esses direitos podem ser introduzidos na esfera pública e submetidos a um procedimento institucionalizado de deliberação política, legitimando-se o Direito por essa via discursiva.

Como dito antes, Habermas se aproxima da linha teórica do construtivismo ético-normativo, particularmente a um “reconstrutivismo racional”<sup>14</sup>, se diferenciando da perspectiva

---

<sup>14</sup> Entender esse traço metodológico em seu trabalho significa prever um método de realização de um procedimento racional orientado pela universalização do discurso cujo resultado se dá numa resolução normativa, também universal, pressuposta pragmaticamente, que permita aos agentes comunicativos chegarem ao consenso. Curiosamente, como Daniel Oitaven (2015, p. 36), contudo, demonstra, “nenhum consenso empírico é completamente racional”, a ponto de se tornar possível atualmente uma leitura desconstrutiva do construtivismo

desconstrutiva de Jacques Derrida, por exemplo, que se presta a desconstruir a suposta naturalidade e inevitabilidade de dicotomias, descentrando a estrutura do objeto em análise, no caso, o Estado e, em especial, a justiça. Ora, Habermas, dentro do paradigma “sistema/mundo da vida”, e de sua visão acerca da Constituição e do Estado de Direito, ambos explanados no Capítulo 1 deste trabalho, não se preocupou em desconstruí-los, sim em fundamentá-los num cenário de complementariedade na relação entre Direito, Moral e Política.

Referindo a esse novo contexto de relações entre Direito, Moral e Política, em que se marca uma “moral pós-convencional”, o Direito assume um sentido universalista, valendo-se para a prática pública comum a todos, sendo que é através do código do Direito, as leis, códigos, decisões judiciais, que a Moral obtém efetividade nas sociedades complexas, complementando-se (NOGUEIRA, 2015, p. 24).

Habermas, dessa forma, oferece um diagnóstico da modernidade contrário aos moldes fragmentários, relacionando ao agir comunicativo uma racionalidade discursiva, não subordinada a determinações sistêmicas. Essa é a Moral pós-convencional e universalista, diferenciando-se da concepção sociológica da modernidade compreendida na diferenciação racional-finalística weberiana dos sistemas econômico, político e jurídico, que implicava a neutralização moral dessas esferas.

Constatando que o Direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e transfere para as leis a tarefa de regulamentação das interações intersubjetivas – a Moral convencional<sup>15</sup> –, leis essas que obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo regular, seguindo um rito procedimental e realizado por uma autoridade competente, Habermas colhe desse processo que o processo legislativo se apoia no denominado “princípio da soberania do povo”.

---

habermasiano, justamente para dar subsídio à concretização de um consenso racional. Este trabalho, entretanto, se limita a observar como reconstrutivismo normativo-teórico de Habermas sobre a Justiça e um consenso racional permite a compreensão de um “sistema de direitos” a ponto de fundamentar a existência dos direitos fundamentais de 3ª geração.

<sup>15</sup> Interessante é o comentário de Marcelo Neves (2006, p. 54-55) de que “o Direito acompanha os três estádios de consciência moral (pré-convencional, convencional e pós-convencional), avançando em direito revelado, tradicional e positivo/formal. O revelado também se apoiando nas expectativas de comportamentos particulares, não havendo ainda uma expectativa generalizada de comportamento, não se distinguindo norma e ação nem havendo um procedimento de aplicação normativa. Só com o direito tradicional, que corresponde ao nível moral convencional e a uma ética da lei, a norma como expectativa generalizada de comportamento torna-se a categoria fundamental de orientação da conduta, distinguindo-se, assim, ação de norma e introduzindo-se procedimentos diferenciados de aplicação e execução jurídica. Entretanto, o ordenamento normativo ainda não se encontra diferenciado juridicamente, de maneira que direito, moral e ética constituem um amálgama sacramente fusionado. Apenas com a positivação do direito que as normas jurídicas deixam de se fundamentarem em princípios de natureza metajurídica, sim em princípios especificamente jurídicos, alteráveis, reflexíveis e mutáveis, daí necessitando de uma fundamentação racional nos termos de procedimentos”.

Incorporando a teoria do discurso a tal análise, torna-se uma demanda do processo legislativo democrático confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, pois é do próprio entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência que a legislação ganha força legitimadora, devendo, por conseguinte, o Direito conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo, no intuito de preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas (HABERMAS, 1997a, p. 114-115).

Logo, Habermas (1997a, p. 138) irá entender a autonomia política como uma realização autoconsciente da essência ética de uma comunidade, que depende da legitimação de uma forma discursiva da opinião e vontade, “utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção”.

Nesse contexto, o nexos interno entre soberania popular e direitos humanos que compete ao Direito realizar, se estabelecerá se o “sistema dos direitos”, conceito trabalhado por Habermas quando da análise da tensão entre facticidade e validade na (re)construção do Estado de Direito sobre a fundamentação dos direitos subjetivos que embasam a autonomia política dos cidadãos.

O “sistema de direitos”, então, é o resultado, do ponto de visto metodológico, da relação entre Direito, Moral e Política, inseridos numa teoria reconstrutiva da evolução social, consistindo na gênese lógica dos direitos fundamentais de um Estado de Direito. É a partir dele que se constrói uma interseção entre o fundamento constitucional dos direitos coletivos e a democracia procedimental formulada por Habermas, a ponto de se afirmar que o “sistema de direitos” é o resultado dos direitos da coletividade tratados como o cerne do Estado de Direito, que será essencialmente democrático, uma vez adotado o meio discursivo-procedimental criado por Habermas.

Claudia Albagli Nogueira (2015, p. 69), analisando tal intrínseca relação entre Direito e Moral, aponta o chamado “Direito Discursivo”, evidenciando de que maneira a Teoria do Discurso habermasiana, agora fio condutor da Moral pós-convencional que adentra ao Direito, colabora com a percepção de que “alteridade é construída a partir do discurso que autoriza e, ao mesmo tempo, conscientiza o sujeito participante de que, na convivência com o outro, através do discurso é ele corresponsável pelas consequências de todos” (NOGUEIRA, 2015, p. 77).

Quando o Direito é introduzido como complementar à Moral, a facticidade da normatização e da imposição das normas jurídicas positivas, bem como a sua auto-aplicação

(re)construtiva pelos próprios agentes comunicativos, passam a pressupor direitos subjetivos que definem o *status* de pessoas como portadoras de direitos em geral, o conceito de “sujeito de direito”. O resultado dessa introdução da teoria do discurso no sistema de direitos, como se verá adiante em tópico específico, a nível normativo, se mostra na percepção dos agentes comunicativos serem, simultaneamente, os destinatários e 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 vontade, na qual a soberania do povo assume forma jurídica” (HABERMAS, 1997a, p. 139), devendo o sistema contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do Direito Positivo.

Objetivando fundamentar um sistema de direitos que faça jus tanto à autonomia privada quanto pública dos cidadãos, deve-se contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. A gênese desses direitos fundamentais forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo atuam concorrentemente, ou seja, a legitimação pelos próprios agentes comunicativos por meio do espaço procedimental do discurso é indispensável à elaboração das normas jurídicas.

Exemplificando categorias possíveis de direitos fundamentais que podem surgir do “sistema de direitos” que origina o Estado de Direito, Habermas (1997a, p. 158-159) lista cinco possibilidades, a saber: direitos fundamentais que resultam das liberdades subjetivas de ação (I), os que resultam do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito (II), os que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (III), os direitos fundamentais a participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade (IV) e os direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos previstos nas quatro anteriores categorias (V).

As três primeiras categorias resultam da inserção do princípio do discurso ao *medium* do Direito, garantindo a autonomia privada dos sujeitos, na medida em que eles se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis e, simultaneamente, o papel de autores de sua ordem jurídica pela previsão das duas últimas categorias.

Como Luiz Repa (2010, p. 148) explica, essas categorias são introduzidas em abstrato, variando conforme o contexto sociopolítico, sendo somente com a quarta categoria que todos os direitos fundamentais recebem uma positivação jurídica concreta, pois ela

representa um momento de transição na formulação do sistema de direitos que fundamentariam o Estado de Direito e a ordem jurídica, “uma etapa introduzida pelo teórico reconstrutivo para uma etapa em que os próprios cidadãos se entendem sobre a melhor interpretação e configuração dos direitos fundamentais”, significando, portanto, a passagem do papel de destinatário para o papel de autor do direito positivo<sup>16</sup>.

Contextualizando esse aparo teórico com o desempenho da Constituição nos moldes habermasianos, vê-se o papel da CF/88 de assegurar os direitos fundamentais, materializando o fundamento apontado por Habermas para os direitos humanos no Estado de Direito – o seu sistema de direitos –, sendo ela a responsável pelo maior diálogo possível entre o Constitucionalismo brasileiro e a teoria habermasiana.

Segundo Cecília Lois (2005, p. 139) o Neoconstitucionalismo que permeia a CF/88 renova o discurso sobre o Direito, lhe demandando uma fundamentação e justificação incompatível com o juspositivismo. estabelecendo Habermas daí uma justificação adequada em termos de legitimidade para o sistema de direitos, desempenhando a Constituição papel fundamentação nessa organização.

Logo, percebe-se que os direitos coletivos, por terem fundamento constitucional, guardam intrínseca relação com o “sistema de direitos” desenhado por Habermas. A CF/88, ao assumir a tarefa de assegurar o sistema de direitos fundamentais, deve ser compreendida como uma “instância de análise e reflexão sobre as relações entre Constituição, Estado e Sistemas de Justiça, traz para seu epicentro a procura da consolidação de uma democracia constitucional, considerando-a a única forma de garantir a igualdade na diversidade” (LOIS, 2005, p. 125).

Observar o fundamento do direito coletivo no sistema de direitos proposto por Habermas implica na compreensão do Estado de Direito como um Estado necessariamente democrático, e que a CF/88 tem o destaque de instituir uma verdadeira democracia

---

<sup>16</sup> Aqui reside outra diferença entre Habermas e as linhas liberais e comunitaristas que o precedem, pois “no papel de autores, os cidadãos já não dispõem mais de nenhuma outra linguagem que não envolva as três primeiras categorias do direito. É nesse sentido que elas possibilitam a autonomia pública, sem restringi-la, ao mesmo tempo em que, por meio da autonomia pública, as três primeiras recebem uma positividade jurídica concreta. Com isso se tornaria compreensível a co-originariedade de autonomia pública e privada. Enquanto linguagem própria do direito, as categorias dos direitos privados não podem ser vistas “como direitos naturais ou morais, que apenas esperam ser colocados em vigor”, nem podem “ser meramente instrumentalizados para fins de uma legislação soberana”. A ideia fundamental da co-originariedade se revela então na impossibilidade de que a autodeterminação política dos cidadãos se exercite no *medium* do direito, sem as três primeiras categorias do direito, já que, nesse caso, a própria participação política se daria sem a liberdade comunicativa necessária para que o princípio da democracia seja fonte de legitimação. Por sua vez, essas categorias não podem ser legitimadas e ganhar uma forma jurídica positiva, sem o direito de comunicação e participação no processo de formação da vontade” (REPA, 2010, p. 149)

constitucional, possibilitando que os direitos coletivos, espalhados no “mundo da vida”, possam se valer da esfera pública para sua proteção.

### 3.3 CONTORNOS PARA A DEFESA DA COLETIVIDADE EM JUÍZO À LUZ DE HABERMAS

Após reconhecer o fundamento constitucional para os direitos transindividuais, deve-se formular também de que modo a sistemática constitucional organiza a defesa e a efetividade de tais direitos, incrementando, por conseguinte, contributos da teoria habermasiana para tais formulações. Antes, entretanto, de ver o processo judicial coletivo sob a ótica da teoria do discurso, há de se deparar com dois delineamentos, um deles desenhado pelo próprio Habermas em sua teoria, e outro imposto pela própria Ciência do Direito Processual brasileiro.

Quanto ao primeiro deles, deve-se ter em mente como garantir, segundo o procedimentalismo democrático de Habermas, que uma pauta coletiva, seja política, econômica, moral ou ideológica, chegue ao Direito, ou seja, de que modo a coletividade enquanto agente comunicativo pode demandar perante o Judiciário brasileiro. Essa tarefa merece atenção porque, baseando-se na teoria habermasiana, o agir comunicativo inserido no mundo da vida é naturalmente esparso, ao passo que a esfera pública é um meio organizado e ligado a institucionalizações políticas e jurídicas, levantando-se, assim, o questionamento sobre o mecanismo útil à introdução temática de um agir comunicativo espontâneo no campo da esfera pública.

Em segundo lugar, há de se prever que a própria Ciência do Direito Processual cria certos conceitos para formular, organizar e sistematizar o meio processual, e, na tentativa de observar o meio discursivo habermasiano no processo judicial, há de respeitar tais fórmulas. Sendo assim, deve-se atentar para o fato de que, mesmo a coletividade sendo legítima titular do direito, nem sempre ela terá capacidade para ser parte num processo, sobretudo pela representação subjetiva que se impõe.

Torna-se oportuno, desse modo, após investigar qual o meio mais eficaz para a coletividade demandar seus direitos subjetivos no campo da esfera pública, avaliar também a representação da coletividade nessa tarefa, atentando-se para os modelos de legitimidade por representação ou de legitimidade por participação.

#### **3.3.1 Contornos jusfilosóficos: do agir comunicativo espontâneo à introdução temática na esfera pública**

O poder comunicativo constitui-se mediante os meios discursivos dispersos de uma opinião pública que pode chegar a um consenso sobre metas políticas em discursos pragmáticos, valores compartilhados em discursos éticos ou normas de ação em discursos morais, assim como sobre seus interesses em negociações equitativas.

Este poder comunicativo, que surge discursivamente nas instâncias da opinião pública, tem de penetrar nas estruturas do Estado de direito de tal modo que possa orientar as ações do poder administrativo. Dado isso, à esfera pública incumbe a mediação entre as liberdades para expor argumentos e escolher as leis que se aplicam à vontade da coletividade, orientando-as.

No contexto da democracia procedimental, a esfera pública tem que reforçar a “pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar” (HABERMAS, 1997b, p. 91). Isso evidencia a ligação entre a esfera pública e as possíveis pautas que podem surgir decorrentes de problemas surgidos no mundo da vida, ligados à colonização dele mesmo pelo sistema e pela reificação das esferas de ação comunicativa.

Nesse ponto, Daniel Oitaven (2015, p. 221) destaca a importância dos movimentos sociais para a introdução de certas pautas na esfera pública, uma vez que, “se a esfera pública deliberativa apresenta exigências igualitárias, os movimentos sociais cumprem o papel de desafiar as estruturas normativas que legitimam a estratificação social”, lutando por inclusão e poder no espaço político-institucional, mas também influenciando atores quanto à constituição de políticas que abram espaço para novas identidades coletivas.

O papel do Direito nesse momento é integrador, pois, no contexto da democracia deliberativa, ele passa a ser responsável por traduzir a linguagem comunicativa e transportá-las às estruturas comunicativas presentes em arranjos institucionais de interação, transporte reconstruído pelas vias discursivas da democracia procedimental habermasiana. É através do Direito que será possível desenhar o caminho a ser percorrido pelo agir comunicativo espontâneo para sua introdução temática na esfera pública.

Ressalta-se aqui novamente o caráter integrador, pois a formação discursiva da opinião e da vontade não deve se restringir, todavia, aos arranjos institucionais, ligando-se também aos contextos informais de formação da opinião. Funciona, dessa forma, a esfera pública como um “espaço fundamental de ressonância, a qual pode captar os problemas que

emergem da sociedade civil, e conduzi-los para as instâncias formais do sistema político e administrativo” (LUBENOW, 2007, p. 152).

Conforme Jorge Adriano Lubenow (2007, p. 152-154), a esfera pública se utiliza das suas “estruturas comunicativas, que formam uma ampla rede de sensores que reagem à pressão dos problemas que emergem da sociedade e que são condensadas em opiniões públicas, transformando-se em poder comunicativo capaz de influenciar as esferas de decisão”, sendo o Direito o agente que viabilizará o transporte das estruturas de reconhecimento recíproco para outros campos institucionalizados na sociedade.

Destarte, dentro desse processo, ao se apoiar numa racionalidade procedimental, conceder-se-á normatividade ao conteúdo da deliberação proposta na esfera pública, uma vez que “o Direito não consegue seu sentido normativo por si mesmo, através de sua forma, mas através de um procedimento que instaura o direito gerado legitimamente” (LUBENOW, 2007, p. 154).

Retornando à dimensão da esfera pública, as garantias constitucionais precisam ser complementadas com a atuação de um dado tipo de ator para fins de proteção da esfera pública e da sociedade civil. A organização da coletividade em movimentos sociais colaboraria com a pressão sobre as instituições dos poderes estatais, influenciando a formação da vontade política organizada. Os atores que realizam proferimentos públicos estão a praticar atos dotados do sentido performativo de materializar a função de uma esfera pública política sem distorções.

Isso porque, dado que a esfera pública não é um mero agregado de indivíduos que formam o público, sim um palco de exposições formado por grupos organizados para uma deliberação, todos os assuntos são tidos como passíveis de debate na esfera pública, desde que ganhem *status* político de um tema de interesse geral, algo que pode ser melhor alcançado quando a coletividade está organizada.

Porém, mesmo se observando que a introdução temática de uma pauta, esparsa no mundo da vida, no campo da esfera pública, é melhor desenvolvida quando coordenada por um ente sistematizado, passa-se a outro questionamento: como garantir que tal representação continue garantindo a efetiva participação da coletividade ali refletida, além de, especificadamente, como o Direito atualmente regula tal representação, por meio das previsões de legitimidade ativa nas ações judiciais coletivas.

### **3.3.2 Contornos jurídico-positivos: a legitimidade *ad processum* no processo coletivo e a questão da participação**

Outro contorno que também se faz importante atentar refere-se à legitimidade processual da coletividade para postular em juízo. Não a legitimidade defendida pela Teoria do Discurso de Habermas até agora, sim a legitimidade como conceito lógico-jurídico da Teoria Geral do Direito Processual, e, em específico, “legitimidade ativa” como um conceito jurídico-positivo adotado pelo ordenamento brasileiro.

Conforme conceitua Daniel Amorim Assumpção Neves (2020, p. 195), a legitimidade para agir (legitimidade *ad causam*) “é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda”, ao passo que a legitimidade para ser parte (legitimidade *ad processum*) diz respeito à capacidade de titularizar ativa ou passivamente uma relação jurídica processual, ser considerado parte para fins de estabilização subjetiva da demanda levada a juízo.

Quanto à primeira, para a Ciência do Direito Processual brasileira, ordinariamente, considera-se legitimado o titular do direito que será discutido no processo, e, extraordinariamente, um terceiro que, em nome próprio, defenderá direito alheio, desde que nas hipóteses previstas e autorizadas no ordenamento<sup>17</sup>, sendo, portanto, uma das condições para procedibilidade da ação; já quanto à segunda, tratar-se-ia, em verdade, de pressuposto de validade para o desenvolvimento regular do processo. É inegável que a coletividade é a efetiva titular dos direitos transindividuais, sendo, portanto, legitimada para defender seus direitos, porém o debate persiste para essa defesa na hipótese de ela poder ser parte numa relação jurídico-processual, se possui legitimidade *ad processum* ou não.

Tais considerações são relevantes para traçar os contornos necessários para defender a coletividade em juízo e, então, fazer as considerações do procedimento de tal defesa à luz de Habermas. Para tanto, é preciso avaliar um problema referente à legitimação ativa nos processos coletivos, pois o direito de ação é um direito individual e personalizado, requerendo uma compreensão mais adequada para realizá-lo coletiva ou difusamente.

---

<sup>17</sup> O referido autor, apesar de não concordar, comenta sobre um debate doutrinário sobre se seria adequado afirmar que a legitimidade *ad causam* coletiva tratar-se-ia de hipótese de legitimidade extraordinária, defendendo uma corrente doutrinária alemã que “a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo. Trata-se, segundo essa corrente doutrinária, de legitimação diversa da extraordinária porque não se podem identificar os titulares do direito e na qual a lei elege determinados sujeitos para defenderem o direito daqueles que não poderão fazê-lo individualmente. No tocante à tutela jurisdicional coletiva do direito individual homogêneo, a maior parte da corrente doutrinária que defende a existência dessa terceira espécie de legitimidade acredita ser aplicável a legitimação extraordinária para explicar a legitimidade dos autores coletivos. Sendo a indeterminação dos titulares e a impossibilidade de tutelá-los individualmente a justificativa de adoção da legitimação autônoma para a condução do processo, é uma consequência natural a exclusão dessa espécie de legitimação nas ações coletivas que buscam a tutela de direito individual homogêneo” (NEVES, 2020, p. 197)

Como visto no percurso histórico do reconhecimento dos direitos transindividuais, o sistema processual coletivo brasileiro iniciou-se com a lei da Ação Popular (lei nº. 4.717/65), a qual elegeu o cidadão como legitimado a sua propositura, acompanhada posteriormente pela lei da Ação Civil Pública (lei nº. 7.347/85) que outorgou legitimidade concorrente aos órgãos públicos e as associações civis, perfazendo-se o modelo misto de legitimidade, admitindo tanto pessoas físicas e associações como também entes públicos.

Logo, a solução adotada pela sistemática processualista brasileira difere-se dos sistema norte-americano das *class action*, em que qualquer indivíduo pode ser autor de uma ação coletiva, desde que observe todos os requisitos que o fazem um adequado representante dos interesses da classe, fazendo-se necessária, contudo, uma aferição em concreto da representativa adequada pelo magistrado. O sistema das *class actions* qualifica-se, desse modo, como *ope judicis*, sendo realizado de forma casuística pelo órgão julgador, em que a legitimidade para intentar uma ação coletiva, apesar de ser bastante ampla, se submete a um exame mais restrito de certificação pelo órgão julgador de que o autor, de fato, apresenta todas as qualidades para representar os interesses da coletividade.

O sistema brasileiro não adota expressamente a representativa adequada como pré-requisito de admissibilidade das ações coletivas, inclinando-se muito mais para um modelo *ope legis* de controle de legitimação por parte do Estado ou um órgão público especialmente criado para esse fim, como o Ministério Público, por exemplo, já debatido anteriormente com a sua prerrogativa reconhecida constitucionalmente. Entretanto, valendo-se mais uma vez da abordagem crítica que fez Carlos Frederico Marés de Souza Filho (1999, p. 330-334), a crise que demandou tal plano, não se exauriu com a adoção de um modelo *ope legis* ou *ope judicis* de controle de legitimidade, pois é uma crise da estrutura institucional do Poder Judiciário, que não demanda somente a reavaliação da legitimidade ativa que está joga, mas o fundamento contratualista e intersubjetivo do direito de ação do processo judicial.

O autor aponta alguns dos dogmas que devem ser combatidos para trazer uma profunda transformação no direito processual ligado ao direito de ação e à coletividade, como o da própria legitimação ativa, pois não se mostra adequado só um órgão do Estado com o monopólio da ação, como no Processo Penal, mas pessoas em nome próprio postulando direitos que são de todos, além do devido processo legal, que tem de ser revisitado.

Isso é o que faz com que a doutrina já pense sobre uma melhor forma de legitimação nos processos coletivos que não a legitimidade por representação, sim por participação. Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 434) expõem que a legitimação pela participação se consubstancia na real participação das partes na formação da decisão, pois só proclamar o

direito de participação, sem conceder efetivas oportunidades para tanto, implica negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação, além de que, “a noção de democracia está intimamente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 441).

Ainda, fazendo menção à legitimidade da norma pela participação do sujeito no discurso procedimental que a originou, para que os cidadãos reconheçam a importância das normas e das decisões coletivas é de fundamental importância que participem da sua construção, pois, como principais destinatários delas, precisam antes de tudo de informação e de tomada da consciência. Os interesses permeados só serão possíveis mediante processos bem informados, que garantam participação pública e democrática no momento da seleção das escolhas adequadas.

Nesse ínterim, cabe o contributo de Edilson Vitorelli (2019, p. 400) no sentido de que a representação pode até funcionar melhor para a instrumentalidade do processo, sua razoável duração e economia, mas deve ser necessária uma equação entre representação e participação, porque, ao identificar e tutelar os interesses coletivos, o legitimado *ad processum* deve considerar as possibilidades e demonstrar por qual razão adotou a proposta refletida na pretensão posta em juízo, devendo, para isso, promover um diálogo com a sociedade, especialmente com os especialistas na matéria, que constituem momentos participativos no processo representativo, para colher subsídios, debater estratégias e justificar suas opções.

Como se verá no capítulo seguinte, a realização de audiências públicas e a intervenção do *amicus curiae* podem exemplificar a instituição de estruturas deliberativas no processo coletivo, de modo a se tornar possível conceber o processo judicial coletivo como um procedimento discursivo, tal qual o formulado por Habermas.

Nesse sentido, a referida equação entre participação e representação também demanda, no tocante ao legitimado coletivo poder firmar compromissos ou acordos com o causador do ilícito, uma efetiva demonstração de que, dadas as circunstâncias e sugestões recebidas em audiência pública, a reparação acordada é a mais adequada para a tutela do direito material violado, pois a promoção da audiência pública, a sua condução e a decisão sobre o aproveitamento das conclusões lá formadas cabe ao legitimado coletivo, ressaltando que ele tem não só a prerrogativas mas também o ônus de fomentar o debate significativo com a sociedade titular do direito (VITORELLI, 2019, p. 400).

A defesa da coletividade em juízo importa, então, a criação de etapas procedimentais para inserção de determinados assuntos no bojo da deliberação e a criação de momentos para que o legitimado se volte aos representados, no intuito de garantir efetiva

participação, cabendo ao legitimado depois o ônus da justificativa, perante a sociedade titular do direito, em relação à proposta escolhida e às descartadas. No próximo capítulo, após a compatibilização entre o processo judicial coletivo com o discurso habermasiano, discutir-se-á a criação de espaços deliberativos para aferir se, mesmo com a preponderância da representação sobre a participação, essa última pode se fazer igualmente presente, observando, ao final, se é possível falar em processo coletivo como um procedimento discursivo à luz do entendimento de Jürgen Habermas.

#### **4 O PROCESSO COLETIVO SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO DISCURSIVO HABERMASIANO**

Neste capítulo, pretende-se transferir a visão sobre o “sistema de direitos”, Política Deliberativa e Teoria do Discurso para o espaço jurisdicional, avaliando-o como um espaço procedimental-discursivo, tal como Habermas propõe os espaços institucionalizados para formação da vontade pública. Dessa maneira, será pontuada a Jurisdição estatal como um campo fértil para a democracia procedimental, bem como, de maneira particularizada, se o processo judicial contempla as demandas da Teoria do discurso.

Contextualizando todo o exposto até aqui, conforme Willis Santiago Guerra Filho (2008, p. 729) destacou, nas transformações históricas que a epistemologia jurídica dos direitos fundamentais passou, ao superar o positivismo e ampliar o objeto da norma para o sistema jurídico, evidenciou-se uma via que foi capaz de convergir o “ser” empírico e descritivo e o “dever-ser” normativo e prescritivo – a dimensão processual<sup>18</sup>.

Nesse contexto, após reconstruir o sistema de direitos e o Estado de Direito, Habermas passou a teorizar como as normas jurídicas podem ser legitimamente reguladas por meio de uma relação intersubjetiva inserida num procedimento adequado e institucionalizado – o discurso. No tocante à ética do discurso, esta não trata de reproduzir fatos, mas de encontrar normas dignas do reconhecimento de todos, fornecendo uma teoria moral procedimental que informe aos indivíduos as melhores formas de reagir diante de um problema causado na sociedade.

Como visto, a esfera pública emerge do mundo da vida em forma de interesses, valores e discursos à medida que se constroem procedimentos constitucionais para viabilização, intermediação e absorção do dissenso, procedimentos estes que pretendem, através de sua institucionalização, se generalizar politicamente, fundada numa decisão coletivamente vinculante, tornando-se, assim, norma jurídica vigente (NEVES, 2006, p. 131).

No Direito da sociedade moderna, as possibilidades de espaços de reflexão e crítica sobre as normas jurídicas, sobretudo quanto sua validade, legitimidade e cumprimento, passam a ser agregados aos próprios procedimentos formais responsáveis por sua criação legislativa, o

---

<sup>18</sup> Ele desenvolve essa ideia ilustrando o momento de aplicação da norma jurídica, informando que ela não é aplicada nem como um imperativo, “uma manifestação volitiva, algo da ordem ôntica, do “ser”, nem um juízo, resultante de uma manifestação cognitiva, de natureza gnosiológica, mas sim algo, por assim dizer, “intermediário” entre ambos: uma “expressão deôntica”, uma prescrição de determinado tipo, que adquire seu caráter especificamente jurídico quando inserida no contexto (...)” (GUERRA FILHO, 2008, p. 730). Esse “contexto” seria o espaço processual.

que demonstra a carência de uma expectativa de validade advinda da implementação de processos de formação democrática da vontade estatal que ratificam a legitimidade por participação, não pela força coercitiva do direito.

A regulamentação de tais processos de formação democrática da vontade estatal possibilita a estruturação de condições de formação discursiva da opinião e da vontade, que passariam a incorporar o campo normativo, institucionalizando-se, suprimindo os déficits organizacionais do agir comunicativo espontâneo do mundo da vida. Segundo Habermas (1997a, p. 61), o procedimento democrático revela a única fonte de legitimidade adequada aos contextos pós-modernos, pois o Direito das sociedades modernas não pode mais prosperar com a lógica de extrair a aceitabilidade de suas normas da incorporação direta de valores e significados tradicionais, pela tensão que isso resultou na facticidade das relações do mundo da vida.

Com isso, o Direito é considerado por Habermas um instrumento capaz de aliviar os sobrecarregados processos de entendimento das tarefas de integração social sem anular, em princípio, os potenciais comunicativos liberados na modernidade. Isto porque, primeiramente, a positividade do Direito estabiliza as expectativas de conduta por meio de coerções impostas faticamente a seus destinatários, e, em segundo lugar, pela pretensão de legitimidade resultante da expectativa de terem sido criadas pelos próprios destinatários segundo processos democráticos inclusivos.

Dessa forma, a legitimação das normas jurídicas tem de resultar de processos discursivos inclusivos, através da pluralidade das vozes e opiniões, como frisa Felipe Gonçalves Silva (2013, p. 142), que emergem socialmente mostrando-se aptas a gerar consensos e acordos motivados pela “força de convencimento” dos melhores argumentos disponíveis. A coletividade, logo, depende de tais processos promovidos pelo Estado para exercer sua liberdade comunicativa em condições de participação igualitária em processos legislativos democráticos, como na participação em partidos políticos e votações na tomada de decisões das instituições parlamentares (BARROS, 2008, p. 28).

Mesmo sendo o processo legislativo o espaço procedimental habermasiano mais preponderante para a institucionalização da democracia dialógica e de todos os pontos expostos anteriormente, há outros processos de aplicação normativa transcorridos nos tribunais e nas agências administrativas que também se comportam como espaços procedimentais discursivos, pois o Direito tem de cumprir certas exigências de sua legitimidade discursiva tanto no processo legislativo quanto administrativo e jurisdicional, em que todas as decisões devem ser submetidas àquele exame de fundamentação racional e justificação moral argumentativamente

demonstradas perante toda a comunidade jurídica, além de, é claro, ser calcada em pressupostos ideais universalizantes que venham a contemplar todos ali inseridos.

Sob o reconstrutivismo ético, Habermas (1997b, p.27) diz que “a operacionalização da democracia não esgota o conteúdo normativo do processo democrático, do modo como ele se apresenta na visão reconstrutiva da Teoria do Direito”, pois as controvérsias temáticas inseridas na esfera pública só serão genuinamente procedimentais se consistirem num processo democrático que institucionaliza discursos e negociações presentes na esfera pública, por meio de formas de comunicação procedimentalistas, as quais devem fundamentar a suposição de racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo.

Avaliar, pois, tais formas de comunicação procedimentalistas no âmbito do processo judicial é o que se pretende neste capítulo.

#### 4.1 O ESPAÇO JURISDICIONAL COMO POSSÍVEL PALCO PARA A DEMOCRACIA DIALÓGICA

Transmutando tal concepção procedimentalista do Legislativo para a Jurisdição, busca-se observar se a Jurisdição pode ser também um *locus* para o desenvolvimento e exercício do agir comunicativo. Apesar de notório o fato que ela pode se dar em moldes procedimentais – daí o processo judicial – uma leitura habermasiana da Jurisdição não se esgota aí, devendo também se analisar possíveis adequações entre as figuras e etapas processuais e os momentos de exercício do agir comunicativo, além dos valores que circundam os litigantes com as demandas de racionalidade de fundamentação e justificação moral do Discurso.

Vale lembrar que “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao Direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas” (HABERMAS, 1997a, p. 245), devendo servir o Direito aqui também como um estabilizador da tensão que impacta a facticidade das relações do mundo da vida, incorporando uma noção de validade ligada à legitimidade democrática.

Tido isso, interessante notar o questionamento formulado por Marcos César Botelho (2008, p. 225) sobre a legitimidade das decisões emanadas pelas Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, indagando-se, uma vez que o juiz aplica uma norma jurídica da qual não é autor, “se a sua atividade de interpretação da lei pode ser vista como criação do Direito?”, pontuando, desse modo, uma carência de influência na formação de vontade estatal, aqui na formação da lei que justifica a decisão judicial.

Ampliando tal questionamento, para a atuação do judiciário como um todo, seja em sede de controle de constitucionalidade ou não, é possível constatar tal tensão entre a validade e facticidade do Direito, maculando-se a participação e o contraditório dos litigantes que podem se ver apenas como um expectador do órgão jurisdicional, ao revés de, numa Democracia Procedimental, a legitimidade das decisões se dar com a participação dos agentes comunicativos e atores sociais potencialmente afetados pela decisão.

Diferentemente da democracia liberal, em que a legitimidade seria construída pela decisão da maioria, a democracia procedimental possibilita uma construção racional das decisões, através da razão comunicativa. Levando tal premissa para o espaço jurisdicional, deve-se adotar uma base normativa consensual para o exercício das faculdades argumentativas no processo judicial, isto é, não somente a institucionalização do espaço procedimental da esfera pública e do mundo da vida, mas também a previsão de possibilidades de exercício do agir comunicativo dentro do processo judicial.

O mencionado autor, ainda, irá pontuar que as Cortes Constitucionais, nesse contexto, seriam o “espaço público adequado para discussões relativas ao controle de constitucionalidade, pois possibilita a defesa dos direitos fundamentais, entendidos por Habermas como necessários para possibilitar o desenvolvimento do agir comunicativo” (BOTELHO, 2008, p. 227), possibilitando uma decisão final construída racionalmente, com base num consenso assumido acerca das pretensões de validade ali presentes, e que, portanto, teria maior eficácia e aceitação social.

Na esteira da tentativa de transição da teoria habermasiana do campo do legislativo para o âmbito judicial, consegue-se vivenciar algo muito mais efetivo do que a legitimação por sufrágio universal do Legislativo, fato que, por si só, não é capaz de legitimar o parlamento, sobretudo quando se vê uma dissociação entre eleitos e eleitores.

A legitimidade que a Jurisdição adquire quando fundada numa democracia procedimental é construída pelo fato de que as Cortes tornam-se espaços públicos em que as decisões afetam à interpretação e aplicação de importantes direitos e normas que tutelam as relações sociais de um grupo específicos são submetidas a amplo debate, possibilitando a produção de decisões racionalmente construídas pelos próprios agentes comunicativos, capazes, portanto, de se verem como autores e destinatários da decisão judicial ali formulada (BOTELHO, 2008, p. 227-228).

Dessa forma, objetiva-se analisar as formas de maximização da racionalidade comunicativa nos processos judiciais coletivos, destacando as possíveis considerações que se

mostram fundamentais para viabilizar o ideal democrático de Habermas, no intento de harmonizar o processo judicial como o discurso desenhado pelo autor.

#### 4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO DISCURSO NO PROCESSO JUDICIAL COLETIVO

Além dos contornos ligados à legitimidade, uma fidedigna releitura do processo judicial pela Teoria do Discurso implica em considerar momentos e condições aptos para o exercício do agir comunicativo, demandando situações no curso do processo em que as partes possam prever consequências das normas validamente legitimadas na deliberação, além de considerar válidas somente as normas consensualmente assentidas por todos os possíveis atingidos na condição de participantes de discursos racionais.

Como visto na análise do “sistema de direitos”, objetivando reconstruir a autocompreensão das ordens jurídicas modernas, Habermas toma como ponto de partida os direitos que os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua convivência com meios de direito positivo. Nesse ponto, o conceito de direito subjetivo desempenha um papel central na moderna compreensão do Direito, pois, além de corresponder à liberdade de ação subjetiva de cada um dos cidadãos, representa também o conteúdo a ser identificado e considerado nesse momento de atribuições recíprocas.

Habermas (1997a, p. 113) observa que esses limites só podem ser estabelecidos através de leis, como Kant pontuou<sup>19</sup>, “estabelecendo os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade” e definições de liberdades de ação iguais para todos os indivíduos portadores de direito. Introduce-se, a partir disso, o pressuposto inicial da teoria do discurso: a noção do “público”, a qual Habermas parte dos ensinamentos kantianos, mas quanto a esse, difere-se, como já visto.

Por conta da estrutura dialógica do espaço público, o espaço discursivo demandaria a formalização e institucionalização de condições universais que possibilitem uma

---

<sup>19</sup> Nesse diapasão, Habermas complementa: “seja em Kant, em que o princípio geral do Direito é o de que toda ação é equitativa quando sua máxima permite uma convivência entre a liberdade de arbítrio de cada um e a liberdade de todos, conforme uma lei geral; seja em Rawls, em que todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais, essas determinações conceituais esclarecem porque o Direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedades econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares orientados pelo sucesso próprio. Porém o Direito não pode satisfazer apenas as exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social que se realiza, em última instância, através das realizações de entendimento de sujeitos que agem comunicativamente, isto é, através da aceitabilidade de pretensões de validade” (HABERMAS, 1997a, p. 114).

comunicação, devendo a esfera pública se comportar como um conceito normativo que, além de representar uma “pragmática universal”, num Estado Democrático de Direito, incorpore ideais universais da atividade comunicativa nas práticas políticas, éticas e também no Direito, com base em condições igualmente universais de possibilidade de entendimento mútuo.

Nessa linha, passando de um cenário de “ética monológica kantiana” para um de intersubjetividade habermasiana, aprimorando a perspectiva de racionalidade ético-política monológica por meio de uma nova estrutura necessariamente dialógica e discursiva, e ainda deontológica, tornando-se possível pontuar as próximas etapas da teoria do discurso: a “situação ideal de fala” e os denominados princípios “U” e “D”.

A “situação ideal de fala” seria uma característica do Discurso que marca um estágio em que o agente comunicativo estivesse plenamente livre de fatores externos, ou coações internas inerentes à própria estrutura da comunicação, como o agir estratégico, por exemplo, vivenciando quando houvesse uma distribuição simétrica de oportunidades para todos. É uma exigência do Discurso de que todos os que ali participem sejam capazes de não só interpretar, problematizar, contestar ou justificar suas asserções, mas também de praticar os seus próprios atos de fala, só se admitindo no espaço discursivo agentes que tenham as mesmas possibilidades de praticar esses atos.

Quanto aos princípios “U” e “D”, fazendo menção à “universalização” e “discurso”, respectivamente, tem-se que ambos são fundamentais para compreender a passagem que aqui se propõe de um agir comunicativo, informal, presente na esfera pública, para o campo do discurso, institucional. Segundo o princípio da universalização (princípio “U”), os resultados e consequências das normas validamente legitimadas na deliberação têm que poder ser aceitos sem coação por todos, isto é, o consenso alcançado pelo agir comunicativo implica que a todos, voluntariamente, sejam aplicados os resultados daquela deliberação.

Esse princípio, umbilicalmente relacionado à situação ideal de fala, que garante a fundamentação necessária para a legitimidade e validade das normas, se faz presente juntamente com o princípio do discurso (princípio “D”), segundo qual só são válidas as normas consensualmente assentidas por todos os possíveis atingidos na condição de participantes de discursos racionais. Enquanto o primeiro torna possível uma melhor fundamentação para a norma, o segundo incorpora ao procedimento uma justificação adequada de que os agentes comunicativos só devem fundamentar seus atos de fala de acordo com o reconhecimento da igualdade de direitos entre os participantes.

Transmutando a Teoria do Discurso para o Direito, Habermas vai além, incorporando além de seu princípio do discurso, o chamado princípio da democracia, que é a

própria institucionalização jurídica daquele (HABERMAS, 1997a, p. 158). De maneira mais detalhada, compreender o Direito de forma discursiva implicaria dois resultados: primeiro, que a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos se transfere para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente, e, em segundo lugar, a juridicização da liberdade comunicativa significaria também que o Direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor (HABERMAS, 1997a, p. 168).

Dessa forma, os espaços discursivos são essenciais para o fortalecimento das estruturas deliberativas, e o Direito, reconstruído pela óptica do discurso e acompanhando do princípio da democracia, deve aumentar esses espaços de deliberação. De acordo com Habermas, a autonomia política está atrelada aos processos de formulação dos direitos e das políticas sociais, podendo aqueles inseridos no procedimento determinar quais políticas sociais são mais consistentes e respondem mais adequadamente às suas demandas, levando-se em conta o contexto cultural, econômico e social em que produzem suas relações e seu auto-entendimento, além de participar das deliberações públicas sobre essas políticas, de modo a assegurar uma coerência entre suas necessidades e os resultados das decisões produzidas.

Transcrevendo tais considerações para o espaço procedimental dos processos coletivos, deve-se num primeiro momento, examinar se há e quais são os espaços possíveis para esse momento de considerações mútuas e de identificação e exercício dessas liberdades de ação individuais. Isto é, para que o processo judicial contemple todas as expectativas que a Teoria do Discurso demanda, ele deve absorver os princípios “U” e “D” e isso só é possível com a maximização das possibilidades de exercício do agir comunicativo. Em razão disso, surgem os ambientes das audiências públicas e as hipóteses de participação do *amicus curiae* como momentos decisivos para a concretização do ideal dialógico habermasiano no processo judicial.

Contextualizando, para conseguir efetivar a Jurisdição como palco da Democracia Deliberativa, antes de se verificar a questão da legitimidade das decisões judiciais, deve-se primeiramente analisar as hipóteses institucionais de exercício do agir comunicativo pela coletividade. Ante o exposto, sabendo da exigência do Discurso de um procedimento que se legitime pela participação e pela universalização dos pressupostos ideais de validade que contemple a situação ideal de fala e o fortalecimento dos agir motivado por um entendimento intersubjetivo, surgem os espaços discursivos como ambientes essenciais para o fortalecimento das estruturas deliberativas, devendo o Direito, reconstruído pela óptica do discurso e acompanhando do princípio da democracia, aumentar esses espaços de deliberação.

De acordo com Habermas, a autonomia política está atrelada aos processos de formulação dos direitos e das políticas sociais, podendo aqueles inseridos no procedimento determinar quais políticas sociais são mais consistentes e respondem mais adequadamente às suas demandas, levando-se em conta o contexto cultural, econômico e social em que produzem suas relações e seu autoentendimento, além de participar das deliberações públicas sobre essas políticas, de modo a assegurar uma coerência entre suas necessidades e os resultados das decisões produzidas.

Daí a importância de ampliar os espaços de deliberação: assegurar a autonomia política para a formulação dos direitos das políticas sociais. Migrando tal ideia para o processo judicial, pode-se observar o papel importantíssimo que uma audiência pública pode desempenhar na construção de uma norma, justamente porque não há como defender direitos coletivos e difusos por meio de mecanismos individuais e excludentes (BODNAR, STAFFEN, UVOBODNAR, 2019, p. 220).

Como visto no tópico 3.3.2, destinado a analisar a legitimidade *ad processum* e seu impacto na defesa da coletividade em juízo, há de se defender uma ideia de legitimação pela participação da coletividade na formação da decisão, concedendo efetivas oportunidades para que o grupo de titulares do direito ameaçado ou violado consiga exercer seus atos de fala no discurso judicial.

A Doutrina processualista fala, dessa maneira, em “participação no processo” e em “participação pelo processo” como adequações necessárias para viabilizar o contraditório, princípio garantido constitucionalmente no art. 5º, inc. LV da CF/88, nos processos coletivos, devendo eles, conforme Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno (2011, p. 40), superarem a contraditório exercido por uma dialética entre as partes nos limites formais da lide para alcançar a efetiva participação da coletividade, ainda que nos limites de representação adequada adotada pelo ordenamento.

Ainda, fazendo menção à legitimidade da norma pela participação do sujeito no discurso procedimental que a originou, para que os cidadãos reconheçam a importância das normas e das decisões coletivas é de fundamental importância que participem da sua construção, pois, como principais destinatários delas, precisam antes de tudo de informação e de tomada da consciência. Os interesses permeados só serão possíveis mediante processos bem informados, que garantam participação pública e democrática no momento da seleção das escolhas adequadas (AYALA, LEITE, 2004, p. 220).

Wolkmer (*apud* BODNAR, STAFFEN, UVOBODNAR, 2019, p. 221) conclui ser inegável, portanto, que só uma perspectiva jurídica mais democrática, pluralista e participativa

expressa a prática efetiva de subjetividades sociais, compositores do chamado “novo modo de vida”, em alusão a Habermas, projetando-se, por conseguinte, “não só como fonte inovadora de legitimação de uma pluralidade emancipatória de direitos diferenciados, mas também como potencialidade privilegiada de resistência radical e contra-hegemônica aos processos de exclusão e desconstitucionalização do “mundo da vida”.

Por outro lado, outro inteligente caminho de ampliar as estruturas deliberativas no espaço jurisdicional coletivo é a implementação do *amicus curiae* no curso das ações coletivas. O *amicus curiae* representa um forte colaborador ao processo democrático, especialmente na corroboração com maior legitimidade às decisões judiciais, já que possibilita que todos aqueles que podem ser atingidos por determinada decisão judicial possam nela influir apresentando argumentações e estudos que garantem ao magistrado um conteúdo decisório bem mais robusto (MENEZES, PEDRON, SOUZA, 2020, p. 19).

Essa figura de intervenção de terceiros, que existia de forma bastante dispersa antes do Código de Processo Civil de 2015, também pode ser fundamentada nos trabalhos de Peter Häberle (*apud* MENEZES, PEDRON, SOUZA, 2020, p. 26) sobre os vários intérpretes da constituição, que, assim como Habermas também trata na legitimação na jurisdição constitucional, se refere a um procedimento que potencialmente interliga vários atores, como os órgãos estatais, cidadãos, grupos, dentre outros, devendo a interpretação constitucional ser mais aberta quanto mais pluralista for a sociedade, razão pela qual se começou a permitir a intervenção de terceiros nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, o que, com o CPC/15, consolidou a figura do *amicus curiae* ou “amigo da corte”.

Essa é uma medida que, inicialmente, veio para pluralizar o debate constitucional, trazendo ao conhecimento do órgão julgador os elementos informativos e as razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Ademais, objetiva-se alcançar um nível mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter a demanda de apreciar e dar a devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade (BINENBOJM, 2017, p. 04).

Com a constitucionalização dos direitos, deve-se passar a observar regramentos processuais à luz do modelo constitucional de processo, “almejar uma aplicação do direito que garanta uma percepção dinâmica das normas constitucionais, de modo a permitir uma participação dos interessados e, conseqüentemente, atingir maior legitimidade em todas as decisões proferidas” (MENEZES, PEDRON, SOUZA, 2020, p. 29).

Percebe-se, pois, que tanto a implementação de audiências públicas quanto a presença do *amicus curiae* mostram-se como meios concretos de avaliar o processo judicial coletivo como um meio discursivo habermasiano e a Jurisdição como um espaço para a Democracia Deliberativa, concretizando um verdadeiro procedimento discursivo no bojo do processo.

#### 4.3 DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS PARA ADAPTAR O ESPAÇO JUDICIAL EM CONFORMIDADE COM HABERMAS

Ante o exposto, para se compreender o espaço jurisdicional como um espaço procedimental-discursivo, em conformidade com Habermas, torna-se imprescindível que o processo judicial se adeque às demandas da “situação ideal de fala” e dos denominados princípios “U” e “D”, bem como implemente e garanta a todos envolvidos oportunidades concretas que lhe permitam exercer o agir comunicativo, como as audiências públicas e a intervenção do *amicus curiae*.

Mas não só isso, é igualmente necessário que o processo judicial, ao final, possibilite um resultado racionalmente justificável com base em normas de validade intersubjetivamente legitimadas, isto é, o processo judicial tem que alcançar uma decisão que seja fundamentada de acordo com a racionalidade comunicativa e no reconhecimento mútuo de todos os sujeitos.

Uma última delimitação necessária para se ver a Jurisdição como palco da Democracia Deliberativa, então, implica avaliar se a sentença consegue cumprir essa tarefa, satisfazendo de maneira suficiente a questão da racionalidade e do consenso da decisão entre as partes.

##### **4.3.1 A racionalidade da jurisdição é compatível com a teoria do discurso?**

Retomando, Habermas irá tratar como racional aquela pretensão que possa ser “fundamentada, expondo as relações internas entre o teor do significado, as condições de validade e as razões que necessariamente precisam ser acrescentadas, seja em prol de sua validade, da verdade do enunciado ou da eficácia da regra de ação” (HABERMAS, 2012, p. 35-36). É, mais uma vez, o conceito de “razão comunicativa” que se diferencia da racionalidade instrumental que orientaria um saber proposicional em ações orientadas por um fim.

Ao se adotar a razão comunicativa, há um reforço à experiência central da força espontaneamente responsável pelo consenso, em que os agentes superam suas concepções “inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital” (HABERMAS, 2012, p. 36).

Paralelamente, a noção de racionalidade adotada está também ligada à possibilidade de agir seguindo uma norma vigente, justificando as possíveis asserções em face das expectativas comportamentais legítimas que essa norma prevê. O agente comunicativo, dessa forma, tem a pretensão que seu comportamento esteja correto, válido e racional por conta da referência a um contexto normativo e legitimamente reconhecido, constituído sob o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis.

Todas as exteriorizações, atos de fala, discursos, uma vez ligados a tais pretensões de validade e correção normativa, desempenham o pressuposto central da racionalidade – a possibilidade de serem fundamentadas e criticadas, expressando uma expectativa de comportamento generalizada, um discurso universalizante (HABERMAS, 2012, p. 45).

Os atos de fala regulados por pretensões de validade e correção normativa fundamentados discursivamente, então, possibilitam uma prática comunicativa voltada à manutenção e renovação do consenso, resultado fim este que tem sua racionalidade revelada nas possibilidades de exercício da capacidade dos agentes comunicativos de fundamentar suas razões sob condições apropriadas, como visto neste capítulo.

Transmutando tais considerações para o Direito, especificamente sobre a racionalidade da jurisdição, Habermas (1997a, p. 247) a define como a possibilidade de aplicação interna e de fundamentação externa do Direito, de modo a garantir simultaneamente a segurança jurídica, exigindo que as decisões sejam tomadas conscientemente em conformidade com a ordem jurídica positiva, e a correção, adequando essa decisão à uma demanda de fundamentação moral.

Como visto anteriormente, a pretensão de legitimidade da ordem jurídica, e mais especificamente da decisão judicial, não é sustentável pela adequação típica com a forma prevista na legislação ou pela concordância com o tratamento de casos semelhantes na esteira dos precedentes, sim de uma fundamentação racional e universal, a fim de que possa ser aceita como uma decisão racional pelos agentes ali inseridos. A jurisdição, assim, só é racional na medida em que possa ser fundamentada pelo órgão jurisdicional com base em justificativas internas ao próprio código do Direito e externas referente à moralidade e aceitabilidade dos demais envolvidos ou potencialmente atingidos.

Dessa maneira, para analisar se a racionalidade da jurisdição é compatível ou não com a Teoria do Discurso, não basta somente transmutar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas, isto é, deduzir uma pretensão resistida em juízo, e decidi-las obrigatoriamente perante o órgão jurisdicional. Torna-se necessária, dessa forma, para uma adequada compatibilização entre os dois temas, a tomada de uma pretensão de legitimidade do Direito pela função socialmente integradora da ordem jurídica em que os juízos emitidos num processo judicial têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e universal e de uma decisão consistente.

Para viabilizar isso, deve-se atualizar a compreensão sobre o papel do juiz num processo judicial. Com a percepção de elementos morais no discurso jurídico, principalmente por meio da Teoria dos direitos de Ronald Dworkin, a função integradora do Direito foi naturalmente destinada ao juiz que escolhe a figura mitológica de Hércules como modelo de atuação, em um agir solipsista e monológico. Porém, uma vez se distanciando do paradigma liberal de democracia, essa figura do juiz singular torna-se insustentável nos moldes procedimentalistas do Direito, em que há de haver uma construção dialógica da decisão judicial.

Pelo Procedimentalismo, “a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política” (HABERMAS, 1997a, p. 290), alcançando aí não somente a correção de aceitabilidade racional e universal dos juízos morais pertinentes ao caso, como também a adequação da disponibilidade, relevância, pertinência e escolha das pretensões postas em deliberação.

Logo, na tentativa de se ver na Jurisdição um palco para a Democracia deliberativa de Habermas, impõe-se avaliar se o procedimento do processo jurisdicional é coadunável com o procedimento discursivo proposto pelo autor, submetendo a análise de tal conformação, primeiramente, ao nível de racionalidade que esse procedimento oferece. Isso porque, como visto, a legitimidade de uma norma produzida argumentativamente ao final da deliberação advém da racionalidade que o procedimento possibilita, racionalidade esta que não tem a ver com a troca de informações, experiências ou direcionar ações, mas sim procurar argumentos e oferecer justificações (PINZANI, 2009, p. 68).

Tendo como base algumas normas já previstas na atual sistemática processual civil brasileira, especialmente a norma de comunhão das provas extraída do comando do art. 371 do CPC/15<sup>20</sup>, é possível afirmar que os atuais moldes do processo judicial cumprem a demanda de racionalidade a qual Habermas se refere, pois o referido dispositivo legal, além de estabelecer

---

<sup>20</sup> “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

que as provas produzidas sob o contraditório do processo vão conduzir a valoração das alegações do litigante, dispõe também o art. 371 do Código Instrumental que o juiz tem liberdade para valorar as provas, desde que fundamentação à liberdade de sua decisão, justificando as razões que levaram o seu convencimento com base nessas provas produzidas e valoradas por cada uma das partes.

É o que Elpídio Donizetti (2017, p. 509) aponta, quando comenta que a norma extraída desse dispositivo é o princípio da persuasão racional, o magistrado tem liberdade para formar seu convencimento dentre os argumentos apresentados pelas partes, mas sempre vinculado à prova e aos demais elementos existentes nos autos, bem como às regras legais porventura existentes e às máximas de experiência, pois estes figuram como os pressupostos ideais de validade reconhecidos intersubjetivamente quando inseridos os litigantes no discurso refletido no processo judicial.

Percebe-se, em decorrência disso, que a racionalidade da jurisdição é, em tese, compatível com a teoria do discurso, pois o juiz está adstrito às provas produzidas no processo, não podendo ele extrapolar aos elementos de prova produzidos nos autos, para evitar que se julgue com base em fatos que não foram produzidos sob contraditório, o que implicaria justificações com base em parâmetros não reconhecidos intersubjetivamente pelos demais agentes ali envolvidos.

Uma vez que o juiz só pode conhecer de fato novo se constar prova deles nos autos, garantindo assim a justificativa e a fundamentação adequada para sua escolha, resta garantida a racionalidade da jurisdição, porque as partes são também as destinatárias das provas, elas também têm liberdade e legitimidade de definir previamente quais serão as provas a serem utilizadas no processo, por meio de negócios jurídicos processuais, por exemplo, participando elas dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada forma.

#### **4.3.2 A substitutividade coercitiva da decisão judicial é compatível com a ética do consenso?**

Não obstante a delimitação necessária acerca da racionalidade do procedimento jurisdicional, deve-se igualmente adequar a postura do juiz ao se deparar com a lide, compatibilizando seus poderes instrutórios e decisórios com os princípios da Teoria do Discurso e, conseqüentemente, com a ética do consenso.

Quanto aos ônus instrutórios das partes e do juiz, especificadamente, convém contextualizar que a relação entre um fato e sua “verdade” sofreu, ao longo da história, diversas

mudanças, desde o paradigma do séc. XVIII em que toda coisa teria uma essência por meio do qual sua verdade poderia ser atingida e compreendida até um momento em que se passou a perceber muito mais que a “verdade” da coisa não estaria somente em sua essência, sim em razão daquele que a interpreta.

Tal percurso, que ilustra a mudança de paradigma do “objeto” para o “ser”, foi igualmente superado pelo paradigma da “verdade-dialética”, não sendo mais a verdade absoluta como uma consequência da existência do ser, sim como um consenso em determinado ambiente (COSTA, 2008, p. 146-148). Todo esse movimento gradativo sobre noções consensuais acerca do fato e de sua interpretação influenciou muito a noção de prova e a própria noção do processo, seja quando se quer perceber e recriar a realidade dos fatos para alcançar a verdade, como usualmente ocorre no processo penal e processo do trabalho, ou quando se quer criar uma compreensão de processo que constrói uma noção autônoma de verdade dentro de seus autos, a chamada verdade formal, como ocorre comumente no processo civil, por exemplo.

Em realidade, o processo, bem como a atividade judicial, não são instrumentos capazes de atingir verdades absolutas, tais quais elas ocorrem, afastando a verdade material e a formal, pois são modelos de verdade constituídos muitas das vezes unilateralmente. A “verdade” no processo é construída dialeticamente a partir da relação entre os sujeitos processuais em contraditório. Essa “verdade” possível de ser conhecida.

Retomando aos paralelos com a Teoria de Habermas, e afastando-se de qualquer ótica juspositivista de legitimidade e aceitação unicamente por uma competência definida em lei e atribuída a um órgão decisório, deve-se agora ter em mente um critério de legitimidade com base na justificação racional mediante o discurso, o que implica associar os enunciados prescritivos da deliberação, ou da lide deduzida em juízo, às pretensões de validade definidas e pressupostas intersubjetivamente, isto é, a verdade constituída dialeticamente no processo.

Isso demonstra que a ética do Discurso tem que ser, necessariamente, a ética do consenso, o entendimento formulado no bojo do processo, baseando-se no reconhecimento mútuo de todos os sujeitos, pois, “no muno da vida, os atores guiam-se pelas certezas da ação, intuitivamente obtidas, enquanto nos discursos, as certezas decorrem do processo de justificação em condições ideais” (BOTELHO, 2010, p. 45-47).

Conforme Vitor Gonçalves Machado (2015, p. 42), Jürgen Habermas adota a “verdade” do conteúdo discutido nos autos de um processo judicial como “o resultado a que se chega por meio do consenso entre os sujeitos em determinado tempo, num diálogo aberto e abrangente visando a busca de um entendimento mútuo racional”. A verdade constituída dialeticamente atingida no processo é uma verdade atingida em razão do consenso entre os

sujeitos processuais, além de que os fatos no processo são os fatos construídos também em razão da cooperação deles, regidos pelo contraditório durante o procedimento-discursivo do processo judicial.

Outrossim, o autor pontua que o consenso está fundamentado no reconhecimento recíproco de certas pretensões de validade, como a pretensão de compreensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo, pretensão de correção do conteúdo normativo e pretensão de sinceridade e autenticidade relativas ao mundo subjetivo, verificadas no processo quando “concernem à compreensibilidade da expressão linguística, à verdade do seu elemento proposicional, à legitimidade do seu elemento performativo e à veracidade da intenção expressa pelo falante” (HABERMAS *apud* PINZANI, 2009, p. 91).

Em sendo assim, poder-se-ia falar que a dialeticidade presente no curso do procedimento asseguraria o entendimento intersubjetivo entre as partes, uma vez que os atos postulatórios dar-se-iam como resposta uns aos outros, construindo, assim, uma narrativa processual própria. Surge o problema, contudo, ao deparar-se com o pronunciamento final de tal itinerário e seus impactos em tal construção dialética, isto é, se o consenso construído ao longo do percurso dos atos processuais permaneceria assegurado quando da prolação de uma sentença judicial ao final, já que tal ato é unilateralmente formulado pelo juiz.

Isso porque, ainda que ele esteja obrigado a fundamentar seu convencimento com base na persuasão racional ofertada pelas provas e alegações feitas pelas partes, a própria característica de substitutividade das decisões contamina a “situação ideal de fala” e os princípios “U” e “D”. Ainda que seja uma mera mitigação, a função jurisdicional do Estado é caracterizada pelo fato de que o Estado-juiz se substitui à vontade das partes, subvertendo, com sua atividade, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação.

Tal cenário resta ainda mais prejudicado quando se observa um procedimento em que a coletividade é um sujeito interessado na lide e está envolvida na controvérsia, pois, mesmo com a representatividade adequada de um legitimado processual, fica notória a desproporcionalidade entre as razões comunicativas que a coletividade pode expor com as razões singularmente escolhidas pelo juiz. A sentença, ainda que cumpra com a expectativa de reconhecimento das alegações de cada uma das partes, já que tem que ser devidamente e racionalmente justificada, não é o melhor instrumento para concretizar o ideal consensual de Habermas, restando agora o exame de outros atos jurídico-processuais para satisfazer tal objetivo.

Logo, cabe agora a este trabalho indagar-se sobre o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e se ele comporta um melhor espaço para o exercício do agir comunicativo da coletividade.

## **5 A POSSIBILIDADE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) ILUSTRAR O CONSENSO PROPOSTO POR HABERMAS**

Retomando todo o exposto, apesar de ser possível transmutar a Teoria do Discurso de Habermas para o espaço judicial, concebendo, dessa forma, a Jurisdição como palco igualmente útil para a Democracia deliberativa, deve-se ter em mente o balizamento de certas demandas da Teoria do Discurso, sobretudo quanto à racionalidade e quanto ao consenso que o processo judicial coletivo pode oferecer.

Intervém-se neste momento, ainda, para frisar que só aumentar os espaços de estruturas deliberativas não é suficiente para alcançar o ideal democrático habermasiano, como já visto, pois, na medida em que o autor desenha um procedimento voltado para um entendimento comum entre os sujeitos, surge o Termo de Ajustamento de Conduta como uma alternativa para a atuação da racionalidade comunicativa e ética discursiva.

Atualmente, dada a própria atribuição constitucional, é o Ministério Público o principal órgão na defesa de interesses coletivos ou transindividuais, seja pela investigação do inquérito civil, seja pelos mecanismos extrajudiciais de defesa de interesses difusos, podendo-se citar os ajustamentos de condutas, mas, de qualquer modo, ainda que seja outro o ente legitimado a celebrar o TAC com o réu do processo, o mais importante é destacar a implantação de um momento para “regulação do modo como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, a concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p. 306).

Logo, todos os agentes do discurso, já considerando o processo como um meio procedimentalizado à luz de Habermas, devem se propor a chegar a esse entendimento comum de reparação do dano, não devendo o TAC ser visto com uma etapa de constrição ou plena submissão ou concordância do administrado aos termos propostos pelo legitimado coletivo; ele não é mais uma fase de imposição (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p. 307), sim uma etapa útil para a autonomia política na previsão dos direitos ali tutelados.

É por isso que os órgãos legitimados devem mudar sua postura na condução dos TACs no curso do processo coletivo, pois não se deve desejar obrigar de maneira excessivamente onerosa o causador do dano ambiental, o que levaria a um verdadeiro “Termo de Imposição de Conduta” (COSTA, MACHADO, 2020, p. 52), altamente inquisitorial. Deve-se defender, então, a procedimentalização do termo de ajustamento de conduta, seja ele mesmo um procedimento discursivo próprio ou ainda momento de um procedimento discursivo maior.

Todo o exposto aqui é para concretizar um novo ideal de processo coletivo, em que tais recursos, como as audiências públicas, *amicus curiae* e os TACs permitam a efetivação da legitimidade democrática da atividade jurisdicional, pela existência de um espaço procedimental argumentativo vocacionado à garantia de participação de todos os interessados na reconstrução discursiva das questões fáticas, reconstruídas a partir do contraditório.

## 5.1 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) ENTRE A FACTICIDADE E VALIDADE DO DIREITO

Conferir as peculiaridades deste Acordo e sua inserção na linha teórica da filosofia procedimental habermasiana envolve perceber o TAC no mencionado cenário de tensão entre “facticidade” e “validade”, a tensão entre a ideia de validade correspondente às pretensões idealizadas pelos atores da comunicação e a própria realidade fática de formas de vida estruturadas linguisticamente.

Como dito, “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao Direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas” (HABERMAS, 1997a, p. 245), mostrando-se tal emblema no nível pragmático da prática da decisão judicial, ante a necessária harmonização entre as exigências ideais feitas ao processo de argumentação e as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática contidas nas normas jurídicas processuais.

Porém, a Jurisdição não deve se limitar a meras formas de organização e ordenamento positivo, classificando atribuições e funções dos magistrados e serventuários da Justiça e delimitando espaços de exercício de competências, sem introduzir verdadeiros procedimentos discursivos como componentes dos processos judiciais, dentre eles o TAC.

Com expressa previsão no art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/85, a Lei das Ações Civil Públicas, o qual diz que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”, e no art. 14 da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, que determina que o Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, visando a adequação da conduta às exigências legais e normativas, o TAC consiste em um ato<sup>21</sup> no qual um

---

<sup>21</sup> Vale aqui fazer referência às lições de Hugo Nigro Mazzilli (2006, p. 12) acerca da natureza jurídica do TAC, uma vez que ele não tem uma natureza propriamente contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição sobre o próprio direito material controvertido, vez que somente os titulares de um direito

compromissário assume uma obrigação, perante os órgãos públicos legitimados à propositura de ação civil pública, de cumprir as avenças lá determinadas, seja uma obrigação de fazer, não fazer ou de indenizar, visando adequar ou compensar danos e prejuízos causados.

Trata-se de um título executivo extrajudicial que permite antecipar a resolução de um conflito, adequando desde sua celebração condutas consideradas irregulares pela legislação de regência ou contrárias ao interesse público, sendo pelas possibilidades criados pelo cenário de deliberação multilateral instaurado que se pode visualizar o TAC entre a facticidade e a validade do Direito.

Marcelo Lemos Vieira (2019, p. 15), nesse ponto, tratando exclusivamente do direito transindividual ao meio-ambiente, destaca que há a necessidade de instrumento procedimental como o plano instrumental a viabilizar a cidadania e democracia ambiental, e que, por conta de dificuldades no acesso e de limites do Poder Judiciário, pode o espaço extrajudicial apresentar tal utilidade, sobretudo por se basear na voluntariedade dos indivíduos, na alteridade dos envolvidos e principalmente pelo consenso que ali é formulado.

Na medida em que o órgão legitimado e o compromissário, na tentativa de equalizar os interesses ao máximo possível, atribuem-se reciprocamente a consciência de seus atos, orientando seu agir por pretensões de validade que considerem o impacto em todos os envolvidos, infere-se que estão ali exercendo o agir comunicativo, ou simplesmente, agindo comunicativamente. Esse acordo obtido comunicativamente torna possível a coordenação de ações e a estrutura complexa de interações, constituindo todo projeto de obrigações para reparar ou prevenir um dano ou um ilícito, medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões criticáveis.

Pode-se afirmar, assim, que o TAC se ajusta ao princípio da democracia e ao “sistema de direitos”, sendo desenvolvido a partir da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, que são reconhecidos pelas partes ali presentes que desejam regular o acordo em comum. Inclusive, em respeito à Teoria do Discurso, as pretensões de validade formuladas quando da celebração do TAC, uma vez que o Compromissário já manifestou interesse em aderi-lo, convergem para “o reconhecimento intersubjetivo por parte de todos os participantes no ato de comunicação, desempenhando uma função pragmática na dinâmica da oferta dos atos

---

poderiam assim fazer. Não podem os órgãos legitimados a firmar TAC, então, realizar transação que recaia sobre a disposição ou renúncia de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos da coletividade ali envolvida. Em sendo assim, para o autor, o TAC é um ato administrativo negocial, um negócio jurídico de Direito Público, que contém uma declaração de vontade do órgão público que o toma coincidente com o da pessoa em ajustar a conduta desta última às exigências legais.

de fala e da tomada de posição do ouvinte através do seu sim ou não” (HABERMAS *apud* BOTELHO, 2008, p. 224).

## 5.2 ANÁLISE DO CASO “SAMARCO” (2015) NO MUNICÍPIO DE MARIANA (MG): ESTUDO APLICADO DO TAC COMO MEIO DISCURSIVO-CONSENSUAL

No intuito de uma aplicação prática do quanto exposto aqui, convém tratar do caso “Samarco”, um desastre ambiental ocorrido no município de Mariana (MG) na data de cinco de novembro de 2015. Ocorreu à época o rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro conhecida como Fundão, pertencente à empresa Samarco Mineração S.A. (“Samarco”), empresa controlada pelas sociedades Vale S.A. e BHP Billinton Brasil LTDA., provocando a liberação de aproximadamente 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração no vale do Rio Doce, atravessando o território de 39 municípios até atingir o oceano Atlântico.

Considerado o maior desastre ambiental do Brasil, até o momento, o rompimento da referida barragem destruiu o patrimônio arquitetônico e histórico de diversas comunidades locais, interrompeu o abastecimento de água de inúmeras cidades, atingiu comunidades indígenas e causou danos ambientais na Bacia hidrográfica do Rio Doce que afetarão diversas gerações. Os dejetos da barragem atingiram os Rios Doce, Gualaxo do Norte, do Carmo e Piracicaba, além de destruir o vilarejo de Bento Rodrigues, desalojando os moradores do local, um importante centro de mineração nos séculos XVII e XVIII fundado em 1698 e reconhecido pelo Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional como patrimônio cultural nacional.

Alcançou, ainda, áreas afastadas como o município de Governador Valadares (MG), o Estado do Espírito Santo (ES) e o Oceano Atlântico. Thaisa Toscano Tanus e Elder Antônio Lunardi (2020, p. 4265) apontam que uma área devastada é estimada em 1.500 hectares, além de quase 700 km de corpos hídricos impactados em 39 municípios: 35 em MG e 4 no ES.

Antes de se analisar o TAC formulado para reparação de tal cenário, contudo, convém fazer um esclarecimento. Como visto, o TAC cumpre com as demandas da Teoria do Discurso e se mostra até preferível, em tese, para a resolução ou inibição do ilícito à coletividade. O que se busca problematizar neste tópico é a condução do TAC pelos órgãos e entidades envolvidas no caso Samarco, evidenciando pontos específicos em que não fora respeitado o agir comunicativo de todos os envolvidos, não criticando a adoção do TAC como a primeira tentativa de solução, sim o seu desenvolvimento aquém das expectativas para um caso daquela magnitude.

Afinal, como Marcelo Lemos Vieira (2019, p. 18) afirma, “não é qualquer procedimento extrajudicial ambiental de mediação que deve ser implementado na promoção das questões ambientais”, sim um que forneça à coletividade e aos cidadãos que sejam parte, já que legítimos titulares do meio-ambiente em questão, possibilidades de se engajarem e participarem do processo deliberativo democrático, especialmente em condições de liberdade e igualdade.

Assim como no processo judicial, o procedimento discursivo do TAC, que muitas das vezes se dá extrajudicialmente, também garante “o potencial racionalizador decorrente da deliberação normativamente balizada que pode provocar a convergência das decisões públicas com o bem comum” (VIEIRA, 2019, p. 19), o que se distingue de uma vinculação puramente positivista e da mera adesão a uma sentença coercitiva proferida por um órgão competente. O que aconteceu na celebração do TAC desse caso, no entanto, foi a formalização do instrumento de maneira adiantada, com um gerenciamento insuficiente dos atingidos pelo rompimento da Barragem, de modo que não se oportunizou a todos as legítimas e equitativas condições de participação.

Isso porque, ao lidar com um fato de proporções transindividuais tão grandes, era esperado a participação ampla de toda a coletividade envolvida. Conforme Laudo Técnico do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), os efeitos do desastre vão desde impactos socioeconômicos de comunidades locais, como as mortes de trabalhadores da empresa e moradores das comunidades afetadas, ou o desalojamento de populações e destruição de edificações, pontes, ruas, áreas agrícolas e pastos, à destruição de áreas de preservação permanente, da fauna local, da qualidade da água e de ecossistemas de vários municípios, atingindo também, além do próprio MG, o ES e o oceano que segue em sua direção (BRASIL, 2015, p. 2-4).

O IBAMA, em página específica do seu sítio eletrônico destinada a publicar os documentos relacionados ao desastre da SAMARCO em Mariana, aponta que:

“O nível de impacto foi tão profundo e perverso ao longo de diversos estratos ecológicos que é impossível estimar um prazo de retorno da fauna ao local. O desastre causou a destruição de 1.469 hectares, incluindo Áreas de Preservação Permanente (APPs). Os poluentes ultrapassaram a barragem de Santarém, percorrendo 55 km no rio Gualaxo do Norte até o rio do Carmo, e outros 22 km até o rio Doce. A onda de rejeitos, composta principalmente por óxido de ferro e sílica, soterrou o subdistrito de Bento Rodrigues e deixou um rastro de destruição até o litoral do Espírito Santo, percorrendo 663,2 km de cursos d'água.

Dezenove pessoas morreram na tragédia. Foram identificados ao longo do trecho atingido diversos danos socioambientais: isolamento de áreas habitadas; desalojamento de comunidades pela destruição de moradias e estruturas urbanas; fragmentação de habitats; destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa; mortandade de animais domésticos, silvestres e de produção; restrições à pesca; dizimação de fauna aquática silvestre em período de defeso; dificuldade de geração de energia elétrica pelas usinas atingidas; alteração na qualidade e quantidade de água; e sensação de perigo e desamparo da população em diversos níveis” (IBAMA, 2016).

Considerando as proporções gigantescas dos problemas causados pelo rompimento da barragem do Fundão em Mariana, várias pessoas físicas e jurídicas dos estados de MG e ES adotaram medidas judiciais e extrajudiciais objetivando a responsabilização da Samarco e suas controladoras para obter a reparação dos prejuízos sofridos pelas vítimas e causados ao meio ambiente, sendo necessário delimitar o escopo deste trabalho para a Ação Civil Pública (ACP) nº 0069758-61.2015.4.01.3400, ajuizada em dezembro de 2015 por órgãos da União e dos Estados de MG e do ES, sobretudo porque foi a partir dessa ação que se instaurou o debate da regulamentação da responsabilidade da Samarco pelo TAC.

Na peça inicial da referida ação, segundo Salinas (2016, p. 36-37), contava como pedidos: a condenação da rés ao pagamento de mais de 20 bilhões de reais em 10 anos, para custear medidas reparatórias, compensatórias e indenizatórias; a adoção pela Samarco de medidas de urgência para impedir o agravamento dos danos, sob pena de multa diária de 100 mil reais para cada obrigação não cumprida; a responsabilização das empresas controladoras Vale e BHP por serem consideradas poluidoras indiretas e corresponsáveis pelos danos ambientais; a desconsideração da pessoa jurídica da Samarco e a responsabilização de suas acionistas, em caso de óbice ao ressarcimento dos prejuízos; e a caracterização da Vale como poluidora direta, por ter celebrado contrato com a Samarco em que esta permitia àquela despejar rejeitos (lama) na barragem do Fundão.

De maneira breve, sem adentrar no mérito da responsabilidade civil das mencionadas rés na ACP, mas narrando a marcha processual do procedimento, em dezembro de 2015, recebida a ACP, o órgão jurisdicional determinou várias medidas cautelares, como a suspensão de licenças da Samarco para a exploração de mineração, além do depósito judicial de dois bilhões de reais para cobrir ações reparatórias. Em março de 2016, por conseguinte, houve uma autocomposição judicial composta por dois TACs, celebrados entre, de um lado, diversas entidades governamentais e, noutro, a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A. e a BHP

Billinton Brasil LTDA., empresas controladoras da Samarco, com o objetivo de estabelecer medidas de curto, médio e longo prazo de reparação, compensação e remediação dos danos ambientais e socioeconômicos provocados pelo desastre, além de dar fim às Ações Civis Públicas que as referidas empresas eram rés.

O acordo foi assinado em 2 de março de 2016 e homologado em 05 de maio pela Seção Judiciária da Justiça Federal (JF) a qual tramitava a ação, estabelecendo 14 programas socioeconômicos e 11 programas socioambientais a serem executados ao longo de 15 anos pelas partes signatárias do acordo. Ele é composto por um TAC chamado de Termo de Ajustamento Preliminar, apelidado de TAP, que foi aditado quando da homologação judicial, e outro Termo de Ajustamento de Conduta apelidado de TAC-Governança.

Ambos TACS são extremamente criticáveis por, além de cláusulas falhas, não conterem como partes signatárias o Ministério Público e vários Municípios diretamente atingidos, o que resultou na suspensão da decisão homologatória da Justiça Federal pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), já que “a não participação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencionado do litígio” (*apud* SALINAS, 2016, p. 43). Em 18 de agosto de 2016, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF -1) confirmou a decisão liminar do STJ e anulou a homologação dos TACs.

Bruno Milanez e Raquel Giffoni Pinto (2016, p. 1-2) listam, exemplificadamente, que os problemas que circundam a formação daquele TAC se dão na ausência de certos grupos na assinatura do acordo, na criação de uma fundação a ser instituída pela Samarco com o objetivo de elaborar e executar todas as medidas previstas pelos programas socioambientais e programas socioeconômicos, na decisão de prazos para execução dessas metas, na escolha de agentes de monitoramento e controle das ações e programas listados e principalmente na definição de impactados e na formação do chamado Programa de Negociação Coordenada

Aprofundando, o TAC, assinado três meses após a data da propositura da ACP, foi concluído num prazo bastante apressado, insuficiente para precisar a real dimensão dos danos, além de que não foi oportunizado aos entes federativos, órgãos legitimados e às comunidades envolvidas a chance de participarem da deliberação, por meio da realização de mais audiências públicas com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos.

Da mesma forma, não participaram da assinatura do Acordo o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, bem como as agências ou instituições públicas da área social, seja do governo federal, seja dos governos

estaduais. Mesmo o Acordo prevendo a organização de programas socioeconômicos e socioambientais, “com exceção da Funai, não estão presentes instituições com conhecimento e habilidade para definir questões associadas, por exemplo, a comunidades ribeirinhas, pescadores artesanais, ou mesmo promoção social” (MILANEZ, PINTO, 2016, p. 4).

A partir disso, já é possível questionar o nível de legitimidade do mencionado TAC à luz da Teoria do Discurso de Habermas, visto que a legitimidade das normas jurídicas se mede pela “resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais” (HABERMAS, 1997a, p. 50), uma resgatabilidade discursiva que só é possível segundo pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente por todos os potenciais afetados pela norma ali debatida, conforme a “situação ideal de fala” e “inclusão do outro” vistos no capítulo 4.

Isso porque uma decisão formulada na edição daquele TAC, impactando alguém que não fez parte de sua deliberação, como é o caso de tais órgãos e entidades representativos, viola a ética do discurso. Ademais, ainda no tocante à interação da coletividade no referido acordo, a forma prevista nas avenças contemplam as vítimas de forma bastante restritiva, transferindo àquela fundação originalmente prevista para acompanhar a execução de alguns programas do TAC a atribuição de classificar quais pessoas seriam consideradas impactadas ou atingidas, lhe cabendo definir a elegibilidade e os parâmetros de indenização aos atingidos dentro dos limites já previstos no próprio termo, como se vê:

“CLÁUSULA 21: O cadastro se refere às pessoas físicas (...) famílias e comunidades, devendo conter o levantamento das perdas materiais e das atividades econômicas impactadas.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: Para cadastro, o IMPACTADO deverá apresentar, por meio de documentos públicos ou privados, ou outros meios de prova, comprovação de dados pessoais, idade, gênero, composição do núcleo familiar, local de residência original, ocupação, grau de escolaridade, renda familiar antes do EVENTO, número de documento de identidade e CPF, se houver, fundamento do enquadramento como IMPACTADO, comprovação dos prejuízos sofridos, por meio de documentos públicos ou privados, ou outros meios de prova, e outros dados que venham a se mostrar necessários.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Em casos excepcionais, a FUNDAÇÃO poderá aceitar que os IMPACTADOS que não possuam os documentos mencionados no parágrafo anterior poderão comprovar as informações requeridas mediante declaração escrita a

ser feita, sob as penas da lei, conforme PRIMEIRO TERMO ADITIVO AO TERMO DE COMPROMISSO SOCIOAMBIENTAL PRELIMINAR celebrado com o Ministério Público Federal, do Trabalho e do Estado do Espírito Santo em 4 de dezembro de 2015. (...)

PARÁGRAFO SEXTO: A elegibilidade para o PROGRAMA DE NEGOCIAÇÃO COORDENADA será determinada na forma da CLÁUSULA 34, de modo que a inclusão no cadastro não implica o reconhecimento automático da elegibilidade e da extensão dos danos alegados. (...)

CLÁUSULA 34: A FUNDAÇÃO elaborará os parâmetros de indenização considerando as condições socioeconômicas dos IMPACTADOS na SITUAÇÃO ANTERIOR, bem como os princípios gerais da lei brasileira e os parâmetros existentes na jurisprudência brasileira. (...)

PARÁGRAFO SEGUNDO. A determinação da elegibilidade dos IMPACTADOS para o PROGRAMA DE NEGOCIAÇÃO COORDENADA e dos parâmetros de indenização a serem estabelecidos no âmbito do mesmo, será proposta pela FUNDAÇÃO e submetida à validação do COMITÊ INTERFEDERATIVO.” (apud MILANEZ, PINTO, 2016, p. 7-8)

Tal Comitê Interfederativo mencionado no último dispositivo, conforme o Juízo Federal da 12ª Vara Cível/Agrária de Minas Gerais pontuou, na Sentença Conjunta de Homologação Conjunta do TAC Governança e do Termo Aditivo, presente nos autos nº 23863-07.2016.4.01.3800 e 69758-61.2015.4.01.3400, seria o sistema de governança responsável por orientar, acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução das medidas impostas à Fundação Renova pelo TAC, “promovendo a interlocução permanente entre os atores envolvidos. O CIF, composto de representantes da União, dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, dos Municípios, das Defensorias Públicas e do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce” (BRASIL, 2018, p. 21), funcionando como uma instância decisória na esfera administrativa.

Ocorre que o restante das cláusulas acima indicadas, contudo, fornecem verdadeiros óbices para a efetiva reparação de todos os potencialmente atingidos, representando a monopolização de quase todos os assuntos no ente previsto no TAC para fiscalização de sua execução, sufocando o agir comunicativo de outros entes e da própria coletividade em participar do procedimento, além das exigências previstas no parágrafo primeiro da Cláusula 21, que dificilmente seria atendida por aqueles que tiveram sua moradia destruída e seus documentos perdidos, transferindo também à fundação a incumbência de decidir se outras formas de comprovação serão aceitas ou não.

De fato, não adianta prever o referido Comitê, bem como outros conselhos criados no bojo do TAC, se a sistemática em que eles estão inseridos não irá permitir a participação da

coletividade em alguma de suas competências, como a tomada de decisão acerca de quem foi atingido ou não. Outrossim, interessante também notar que certas previsões do TAC acabam por limitar a responsabilidade da Samarco com uma alocação insuficiente de recursos financeiros para o cumprimento das ações planejadas, impedindo a atuação completa e eficaz das empresas compromissárias, o que foi bastante benéfico às empresas, uma vez que prioriza a proteção do patrimônio delas em detrimento da proteção das populações afetadas e do meio ambiente (TANUS, LUNARID, 2020, p. 4268-4269).

Da análise da referida sentença homologatória, tem-se que os custos de funcionamento da fundação, das despesas do comitê, foram disciplinados por “programação orçamentária estabelecida entre os interessados”, como assim se dispõe:

“O acordo disciplinou, ainda, as regras de CUSTEIO, pela Fundação Renova, das despesas do CIF, das CÂMARAS TÉCNICAS, das COMISSÕES LOCAIS DOS ATINGIDOS, das CÂMARAS REGIONAIS e do FÓRUM DE OBSERVADORES, mediante a adoção de programação orçamentária estabelecida entre os interessados. Havendo qualquer impasse, a matéria deve ser submetida a este juízo federal para deliberação.

O acordo prevê, ademais, a garantia do juízo, mediante a disponibilização de recursos financeiros da ordem de R\$ 2,2 bilhões (dois bilhões e duzentos milhões de reais), já depositados em juízo. O valor constitui garantia necessária para assegurar o cumprimento das obrigações impostas à Fundação Renova e às sociedades empresárias rés (VALE, BHP e SAMARCO)” (BRASIL, 2018, p. 22).

Tal previsão orçamentária, estabelecida somente entre os entes ali mencionados, em curto espaço de tempo para assinatura do TAC, ainda mais destinando à fundação a elaboração dos parâmetros de indenização, como visto anteriormente na cláusula 34, só reforça também que o TAC não foi acessível a todos, não se podendo falar de uma deliberação em conformidade com a ética do discurso. Verifica-se também na estipulação dessas cláusulas no acordo, então, o predomínio do agir estratégico, servindo tal acordo como um espaço de conexão de ações racionais com respeito a fins mediatizadas por dinheiro e poder como meios deslinguistizados (NEVES, 2006, p. 74-75), não podendo se afirmar que o agir comunicativo dos envolvidos foi respeitado.

O que já é possível destacar daqui é que essas medidas não têm permitido a plena participação dos afetados, eis que litígios de interesse público dessa magnitude apresentam uma polifonia de atingidos que dificilmente conseguem ver seus interesses apresentados pelo legitimado ativo, o que demandaria uma nova postura pelos entes pactuantes, inclusive quanto

a técnica das medidas estruturantes, a partir de uma abordagem participativa (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 305).

Em um caso como este, de uma dimensão transindividual gigantesca, somente o engajamento de todos na gestão dos recursos naturais e do potencial ecológico do planeta é que garantirá um projeto civilizatório mais promissor para o futuro do município de Mariana, Bento Rodrigues, da população nativa do local, dos Estados envolvidos, da Bacia hidrográfica do Rio Doce e dos demais ecossistemas afetados. A construção de uma norma enquanto solução para o conflito em matéria ambiental depende, por essência, da efetiva participação da coletividade, especialmente considerando as suas necessárias imbricações dos fatores econômicos, políticos e sociais. A interação destes fatores potencializa o interesse da população na construção das decisões quer seja no plano legislativo, administrativo ou judicial (BODNAR, STAFFEN, UVOBODNAR, 2019, p. 221).

Em litígios decorrentes de dano ambiental, como o relacionado ao outro caso de desastre ambiental por barragem de mineração no município de Brumadinho (MG) em 2019, a proposição de termos de ajustamento de conduta é uma inteligente alternativa de solução do caso, ainda que eventualmente fixe a mesma obrigação de fazer que seria estipulada numa sentença judicial, mas é preferível, como demonstrado, que essa obrigação seja fruto de uma deliberação discursiva dentro do processo, para legitimá-la da melhor forma possível. Ocorre que a experiência brasileira com o exemplo deste TAC mostra que eles não têm conduzido a verdadeira participação dos afetados, muito menos tal fator tem sido levado em consideração pelos magistrados que homologam os acordos.

Na prática, o que ocorre é a mera fixação de medidas que serão seguidas por todos os afetados, o que não se coaduna com a visão de processo democrático a que se deve existir em qualquer procedimento ligado aos direitos transindividuais. Daí a demanda de implementação pelos tribunais envolvidos de plataformas que “permitiriam a todos os atingidos acompanharem e participarem efetivamente dos rumos empreendidos permitiria uma abordagem policêntrica e participativa” (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 318).

Nessa esteira, o CPC/15, que também integra o microsistema processual coletivo, em decorrência dos arts. 139 e 190, possibilita estabelecer as medidas que sejam capazes de promover as reformas estruturais necessárias, além da negociação do próprio procedimento com instrumentos que viabilizem a monitoração da performance das partes, utilizando-se da fiscalização, tanto por parte do juiz como pela atuação de outros colaboradores, e da aplicação de medidas de planejamentos executivos estruturantes, mediante a promoção de diálogos interinstitucionais com os grupos atingidos e em participação, havendo, dessa forma,

efetivo diálogo com debate dinâmico e dialógico entre as partes para a melhor construção da decisão (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 318).

Só assim, vendo o TAC como uma decisão estrutural, *locus* de uma política deliberativa e de uma democracia dialógica, é que é possível concretizar o consenso habermasiano e fazer jus ao interesse da coletividade que permeia o processo coletivo. A proposta constitucional sobre os direitos coletivos deve ser afirmada numa interação deliberativa entre o Direito e a Democracia, buscando por uma concepção altamente participativa na tomada de decisão do processo.

## 6 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como escopo investigar como garantir que a tutela jurisdicional seja a melhor para todos os titulares do direito transindividual objeto do processo coletivo, haja vista que, de um modo geral, a legislação prioriza que um só um legitimado processual pudesse representar tantas titularidades diferentes, utilizando, para tanto, da contribuição doutrinária de Habermas para fundamentar o processo judicial coletivo como um procedimento-discursivo norteado por sua Teoria do agir comunicativo.

Para cumprir com tal objetivo, foi necessário realizar uma contextualização preliminar acerca dos estudos habermasianos sobre o Direito, com um enfoque na Filosofia Processual, para, após, verificar quais são as interseções possíveis entre a sua Teoria do Discurso e o Direito Material e Processual Coletivo, justificando, assim, a Jurisdição como um possível palco para uma democracia dialógica.

A análise da democracia nas obras de Habermas tem como pressuposto a delimitação teórica entre duas esferas sociais, o “mundo da vida”, cuja reprodução se daria pelas ações comunicativas, pautadas num novo modelo de razão diferente da razão instrumental clássica iluminista, e a segunda corresponde ao “sistema”, cuja reprodução se dá predominantemente por meio de ações instrumentais funcionalmente coordenadas.

É essa razão comunicativa que, ao contribuir com as possibilidades de emancipação dos agentes sociais, acaba por promover um efeito de integração social, e que, quando levada a meios institucionalizados de poder, corrobora com um ideal de democracia deliberativa. Tal processo deve ser mediado pelo Direito, que, uma vez construído discursivamente, garante um modelo de democracia dialógica resultante das interações comunicativas no ambiente da esfera pública. A institucionalização desses espaços acaba por transformá-los em ambientes de formação discursiva da opinião e da vontade oficializados, em que as ações recíprocas entre as esferas informais do mundo da vida com as esferas formais dos processos de tomadas de decisão constituem a chamada política deliberativa.

Ainda, num Estado Democrático de Direito, a Constituição deve mediar esse esforço procedimental-discursivo em seus processos, sejam eles legislativo ou jurisdicional, permitindo que esses dois campos sejam carregados de estruturas deliberativas que viabilizem o agir comunicativo de cada um dos sujeitos que podem ser atingidos pela norma ali debatida, estando eles na condição de produtores e destinatários da norma.

Adentrando no tema deste trabalho, quando a CF/88 inseriu os direitos coletivos ao lado dos direitos individuais, no Título II, Capítulo I da previsão dos direitos fundamentais,

também viabilizou à mesma coletividade os espaços procedimentais que a permitam exercer seu agir comunicativo, possibilitando sua influência nas deliberações tomadas.

Fez-se oportuno, então, no intento de verificar a compatibilidade da Teoria de Habermas com o Direito Coletivo, explorar de que modo o direito coletivo encontra-se na esfera pública e, após ser introduzido nos meios procedimentais-discursivos institucionalizados pelo Direito, como a coletividade pode influir, de fato, nas decisões ali formuladas. Considerando isso, este trabalho monográfico buscou analisar a possibilidade da coletividade, enquanto sujeito de direito, exercer seu agir comunicativo em tais processos, pois não basta afirmar a coletividade como parte em processos judiciais, sendo necessário pensar em que medida a coletividade efetivamente participa ou tem seus direitos representados no processo judicial e em que medida a decisão contempla os seus interesses.

Isso porque os atores comunicativos, exercendo suas ações com base nesse modelo racional de entendimento intersubjetivo, necessitam de um espaço que lhes possibilitem influir e participar em condições equitativas, prevendo tanto pressupostos de validade como critérios fundamentadores da deliberação, bem como reconhecendo-se uns aos outros como criadores e destinatários da norma. A esfera pública representa o início desse projeto maior, de uma democracia deliberativa, viabilizada por procedimentos discursivos institucionalizados, que permitem que uma decisão política, além de mediada por um *medium* linguístico, alcance um consenso entre os integrantes.

Tal consenso representa o principal fator de legitimidade na Teoria do Discurso, pois implica o reconhecimento de uma concordância mútua e de um entendimento intersubjetivo entre os participantes. Essas providencias, quando olhadas no âmbito da jurisdição, demandam observá-la como um procedimento discursivo, adaptando-a, sendo também aplicável a noção de agir comunicativo aos processos judiciais, transmutando-se tais condições de liberdade e igualdade, pressupostos da ética do discurso, para o processo judicial, de modo a permitir a exposição pelos envolvidos de seus argumentos de maneira livre, sem qualquer coerção ou constrangimento, fato que, ainda que em tese, é mitigado pelas características de substitutividade e coercibilidade da decisão judicial.

Considerando os contributos da Teoria de Habermas sobre a democracia dialógica e vendo sua aplicação refletida em resultados mais consensuais e efetivos nos processos coletivos, têm-se que este deve ser construído sob o ideal da ética do consenso, por meio do qual o juiz abre mão da centralidade no processo para se tornar apenas um agente entre os demais, devendo ele realizar todas as medidas necessárias para trazer ao processo todos os envolvidos, inclusive a sociedade civil, reconhecendo a todos eles a devida legitimidade

enquanto interessado direto e titular do direito envolvido na lide, além de assegurar a todos o efetivo contraditório (no sentido de um *status* ativo de participação), para a delimitação de um programa de resolução do conflito.

As audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae* são exemplos de institutos a serem consolidados no processo coletivo, permitindo-se, dessa forma, idealizar os entendimentos habermasianos da norma jurídica construída discursivamente por meio da ação comunicativa dos indivíduos, mostrando-se necessárias para a formação de um processo coletivo democrático e deliberativo, tal qual o Direito idealizado por Jürgen Habermas.

Por conseguinte, no tocante à compatibilização da sentença com o ideal consensual defendido pelo autor, têm-se que, mesmo a sentença sendo um instrumento de força, há outro instrumento de decisão no processo coletivo, o Termo de Ajustamento de Conduta, que permite concretizar o ideal consensual de Habermas, o qual vê na ação comunicativa presente no momento de participação da construção de uma decisão, o principal fator para validá-la. Dessa maneira, não só adequado e compatível, se mostra fundamental o TAC para a conclusão de um procedimento democrático e público como o processual, bem como deliberativo, alcançando um entendimento comum na matéria. Assim como a sentença judicial, o TAC também pode ser visto como uma decisão política, inclusive preferível à democracia, pois, para Habermas, é na deliberação e no consenso que reside a legitimação da norma jurídica, não em sua coerção.

Logo, a proposta de procedimentalização do Termo de Ajustamento de Conduta, isto é, analisa-lo dentro da teoria do discurso de Habermas, não só se mostra somente como um meio hábil a assegurar a efetividade processual, mas também contribui com a qualidade da jurisdição nos litígios coletivos, permitindo maior legitimidade na decisão, tendo em vista que seguiria aqueles moldes do discurso de Habermas dos agentes como destinatários da norma produzida ali.

Todavia, para o TAC conseguir ilustrar o consenso formulado por Habermas, é imprescindível que ele forneça à coletividade e aos cidadãos que sejam parte possibilidades de se engajarem e participarem do processo deliberativo democrático, especialmente em condições de liberdade e igualdade, o que não ocorreu na celebração do TAC no caso “Samarco”, um desastre ambiental ocorrido no município de Mariana (MG) na data de cinco de novembro de 2015, utilizado como exemplo nesse trabalho para conferir uma aplicação prática a todo o conteúdo desenvolvido e às hipóteses levantadas.

O que se verificou naquele episódio, diferentemente do que se poderia esperar à luz do entendimento de Habermas, foi a formalização do instrumento de maneira adiantada, com um gerenciamento insuficiente dos atingidos pelo referido desastre ambiental, de modo que não

se oportunizou a todos as legítimas e equitativas condições de participação de toda a coletividade.

O referido TAC apresenta problemas na ausência de certos grupos na assinatura do acordo, na criação de uma fundação a ser instituída pela Samarco com o objetivo de elaborar e executar todas as medidas previstas pelos programas socioambientais e programas socioeconômicos, na decisão de prazos para execução dessas metas, na escolha de agentes de monitoramento e controle das ações e programas listados e principalmente na definição de impactados e na formação do chamado Programa de Negociação Coordenada, sobretudo pela ausência de adequado debate para o desenlace convencionado das referidas avenças.

Dessa forma, é possível questionar o nível de legitimidade do mencionado TAC à luz da Teoria do Discurso de Habermas, visto que a legitimidade das normas jurídicas ali previstas só seria possível segundo pretensões de validade normativas reconhecidas intersubjetivamente por todos os potenciais afetados pela norma ali debatida. Ademais, verifica-se também em determinadas cláusulas o predomínio do agir estratégico, servindo tal acordo como no que se refere a esses dispositivos como um espaço de conexão de ações racionais com respeito a fins mediatizadas por dinheiro e poder, não pelo agir comunicativo e pelo consenso.

Logo, retornando ao tema em seu caráter geral, tem-se que compreender o processo coletivo pela via deliberativa à luz de Habermas contribui para afirma-lo enquanto uma verdadeira garantia democrática de autonomia política dentro da efetivação de direitos. Nesse modelo de processo, é imprescindível uma verdadeira participação daqueles que estarão sujeitos à coisa julgada e também aqueles que podem cooperar para o julgamento do modo mais propínquo possível do ordenamento jurídico-constitucional.

A participação ampla da coletividade, muito mais que sua representação por órgãos ou entidades, trata-se de uma autêntica colaboradora para a legitimidade decisória, pressuposto indissociável do processualismo constitucional democrático. Consoante a necessidade de tais mudanças estruturais do Processo, defende-se que a procedimentalização do processo coletivo, nos moldes sustentados por Habermas, se torna um intermediador constitucional-democrático na execução dos direitos fundamentais, em especial os transindividuais, aqueles chamados de “3ª geração”, podendo, a partir do processo coletivo enquanto um procedimento discursivo, realizar melhores e mais condizentes propostas de satisfação dos interesses coletivos permeados no processo.

Por fim, considerando a coercibilidade e substituitividade da sentença judicial, além da desproporcionalidade entre as razões comunicativas que a coletividade pode expor, as expostas pelo seu órgão representativo, e as singularmente escolhidas pelo juiz, defende-se, de

igual modo, a adoção dos Termos de Ajustamento de Conduta nos processos coletivos porque comportam um melhor espaço para o exercício do agir comunicativo da coletividade ao permitir uma maior legitimidade com base na justificação racional mediante o discurso, associando os enunciados prescritivos da deliberação às pretensões de validade definidas e pressupostas intersubjetivamente entre os pactuantes, dentre eles a coletividade.

Afirma-se, assim, que o TAC se ajusta ao princípio da democracia e ao “sistema de direitos” explanado por Habermas, pois as normas consensualmente assentidas por todos os possíveis atingidos na condição de participantes de discursos seriam válidas e racionalmente justificáveis com base na ética do consenso. Inclusive, em respeito à Teoria do Discurso, as pretensões de validade formuladas quando da celebração do TAC, uma vez que as partes compromissárias já manifestaram interesse em aderi-lo, convergindo para o reconhecimento intersubjetivo por parte de todos os participantes no ato de comunicação.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da *Summa Divisio*** Direito Público e Direito Privado por uma Nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARAÚJO, Jéssica Helena Braga; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; NUNES, Dierle. A aplicação compartilhada de medidas estruturantes nos processos coletivos de Mariana e Brumadinho. In: COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. NUNES, Dierle (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 299-326.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AYALA, Patryck; LEITE, José Rubens Morato. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004. p. 99-126.

BAUMGARTEN, Maíra. Habermas e a Emancipação: Rumo à Democracia Discursiva? **Cadernos de Sociologia**. Porto Alegre, v. 10, 1998, p. 137-178.

BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos. A importância do conceito de esfera pública de Habermas para a análise da imprensa - uma revisão do tema. **Universitas: Arq. e Comun. Social**, Brasília, v. 5, n. 1/2, 2008, p. 23-34.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do AMICUS CURIAE no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/266499379\\_A\\_dimensao\\_do\\_amicus\\_curiae\\_no\\_processo\\_constitucional\\_brasileiro\\_requisitos\\_poderes\\_processuais\\_e\\_aplicabilidade\\_no\\_ambito\\_estadual](https://www.researchgate.net/publication/266499379_A_dimensao_do_amicus_curiae_no_processo_constitucional_brasileiro_requisitos_poderes_processuais_e_aplicabilidade_no_ambito_estadual). Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Juízo Federal da 12ª Vara Cível/Agrária de Minas Gerais. **Autos Principais nº 23863-07.2016.4.01.3800 e 69758-61.2015.4.01.3400**. Juiz: Mário de Paula Franco Júnior. Julgado: 08 ago. 2018. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2018/09/SENTENC%CC%A7A-CONJUNTA-HOMOLOGACAO-JUDICIAL-08-DE-AGOSTO-DE-2018-10.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Laudo Técnico Preliminar: Impactos Ambientais Decorrentes do Desastre Envolvendo o Rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais**. Novembro de 2015. Disponível em:

[http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo\\_tecnico\\_preliminar\\_ibama.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf). Acesso em: 4 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 248.869/SP**. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Romeu Luiz Franchini. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DJ 12 mar. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRESSIANI, Nathalie. Entre Sistema e Mundo da Vida: Teoria Social e Diagnóstico de Patologias Sociais em Jürgen Habermas. In: PINZANI, Alessandro. SCHMIDT, Rainer (org.). **Um Pensamento Interdisciplinar: Ensaios Sobre Habermas**. Florianópolis: Nefipoline, 2016, p. 13-44.

BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo; UVOBODNAR, Roberta Terezinha. Audiência Pública no Processo Coletivo. In: COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. NUNES, Dierle (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 209-230.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2010. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=hyprDwAAQBAJ&lpg=PT10&ots=pOW97o4nxxg&dq=habermas%20filosofia%20processual&lr&hl=pt-BR&pg=PT77#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BOTELHO, Marcos César. Democracia e jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas. **Teorias e Estudos Científicos**. Distrito Federal, n. 19, jan./fev. 2008, p. 218-233.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Direito, Moral e Política: o debate entre as correntes procedimentalista e sistêmica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 42, n. 49, jan./jun. 2008, p. 117-136.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus Curiae* e o Processo Coletivo: uma Proposta Democrática. **RePro**. São Paulo, n. 192, fev. 2011, p. 13-45.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília. Orientador: Prof. Dr. Miroslav Milovic.

COSTA, Fabrício Veiga; MACHADO, Júlia Alves Almeida. O termo de ajustamento de conduta ambiental: possibilidade de utilização como medida alternativa à ação civil pública. In: COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. NUNES, Dierle (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 48-66.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: Os Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia**. São Paulo, v. 32, n. 1, 2009, p. 119-137.

FERREIRA, Carlos Roberto Bueno. Democracia Deliberativa como Procedimento de Legitimação Normativa: O Modelo de Habermas. In: BAVRESCO, Agemir. OLIVEIRA, Nythamar de. KONZEN, Paulo Roberto (org.). **Justiça, Direito e Ética aplicada: VI Simpósio Internacional sobre a Justiça**. Porto Alegre: Editora Fi, 2013, p. 23-40.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas Para uma Epistemologia Jurídica dos Direitos Fundamentais (na Constituição Federal Brasileira de 1988, por ocasião de seus vinte anos). **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 3, n. 3, 2008, p. 723-733.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a, vol.1

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b, vol.2.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da Ação e Racionalidade Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, vol.1.

IBAMA. **Rompimento da Barragem de Fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG**. Publicado: 16 mar. 2016. Atualizado em: 13 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg#laudostecnicos>. Acesso em: 10 jul. 2021.

LOIS, Cecília Caballero. A filosofia constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 26, n. 50, 2005 p. 121-142.

LUBENOW, Jorge Adriano. A Categoria de Esfera Pública em Jürgen Habermas: Para uma Reconstrução da Autocrítica. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. São Paulo, v. 1, n. 10, 2019, p. 103-124. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/cefp/article/view/164031>. Acesso em: 01 nov. 2020.

LUBENOW, Jorge Adriano. **A categoria de esfera pública em Jürgen Habermas**. 2007. Tese (Doutorado em Filosofia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. Orientador: Prof. Dr. Marcos Nobre.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e Democracia Deliberativa em Habermas: Modelo Teórico e Discursos Críticos. **Kriterion: Revista de Filosofia**. Belo Horizonte, v. 51, n. 121, 2010, p. 227-258.

MACHADO, Vitro Gonçalves. **Verdade, Prova e Processo**: Esboço de uma Teoria da Construção da “Verdade” no Processo Civil Brasileiro. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. Orientador: Prof. Dr. José Pedro Luchi.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 41, jan. 2006, p. 93-112. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>. Acesso em 18 jun. 2021.

MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova *summa divisio* adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, v. 77, n. 3, jul./set. 2011, p. 77-97.

MENEZES, Rafael Filipe Fonseca; PEDRON, Flávio Quinaud; SOUZA, Breno Fernandes. O *amicus curiae* e sua contribuição para o processualismo democrático. In: COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. NUNES, Dierle (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 18-47.

MILANEZ, Bruno; PINTO, Raquel Giffoni. Considerações sobre o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta firmado entre Governo Federal, Governo do Estado de Minas Gerais, Governo do Estado do Espírito Santo, Samarco Mineração SA, Vale SA e BHP Billiton Brasil LTDA. **PoEMAS: Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade**. Rio de Janeiro: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016, p. 1-11. Disponível em: <https://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2016-Coment%c3%a1rios-Acordo-Samarco.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma Relação Difícil. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **A Institucionalização da Ética no Espaço Procedimental-discursivo**: um Estudo das Audiências Públicas no STF. 2015. Tese (Doutorado em Direito) –

Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientadora: Profa. Dra. Marília Muricy.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

OITAVEN, Daniel. **A Luta Estratégica dos Movimentos Sociais por Reconhecimento e a Contradição Performativa**: Entre Conflitos Honnetihianos e Consensos Habermasianos. Salvador: JusPodivm, 2015.

REPA, Luiz. A Teoria Reconstitutiva do Direito. Notas sobre a Gênese Lógica do Sistema dos Direitos Fundamentais em Habermas. **Dois pontos**. Paraná, v. 7, n. 2, 2010, p. 141-156.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Caso Samarco**: implicações jurídicas, econômicas e sociais do maior desastre ambiental do Brasil. Estudo de caso. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24889/caso\\_de\\_ensino\\_mariana\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24889/caso_de_ensino_mariana_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 20/09/2020.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**: Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário. Uma Proposta de Compreensão. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Felipe Gonçalves. Habermas e Ambiguidade do Direito Moderno. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. SILVA, Felipe Gonçalves (org.). **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 133-153.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de. PAULI, Maria Célia (org.). **Os sentidos da Democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 307-334.

TANUS, Thaisa Toscano; LUNARDI, Elder Antônio. A Tríplice Responsabilidade Ambiental no Brasil e na Alemanha: o Caso Mariana–Samarco e o Caso Dieselgate–Volkswagen. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 1, 2020, p. 4262-4285.

VIEIRA, Marcelo Lemos. Uma Nova Racionalidade Ambiental: A Mediação na Solução das Questões Ambientais no Âmbito do Ministério Público. **III Congresso Brasileiro da Magistratura e do Ministério Público para o Meio-Ambiente**. Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente: Araxá (Minas Gerais), 2019. Disponível em: [https://abrampa.org.br/abrampa/magistraturaemp/palestras/marcelo\\_lemos\\_veira.pdf](https://abrampa.org.br/abrampa/magistraturaemp/palestras/marcelo_lemos_veira.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

WERLE, Denilson Luís. A Moralidade da Democracia: Ensaio em Teoria Habermasiana e Teoria Democrática. **Cadernos de Filosofia Alemã**. São Paulo, n. 6, dez. 2000, p. 103-112. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/69482>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Rio Grande do Sul, v. 11, n. 11, 1996, p. 177-192.

ZANETI JR., Hermes. Da Lei à Constituição: a Positivação dos Direitos Difusos e Coletivos na Constituição Brasileira. *In*: JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). **Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 267-295.

ZANETI JR., HERMES. Direitos Coletivos Lato Sensu: a Definição Conceitual dos Direitos Difusos, Dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais Homogêneos. *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (coord.). **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: Uma Homenagem ao Prof. José Maria Rosa Tesheiner**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 227-244.